



**UNIVERSIDAD DE PANAMA  
VICERRECTORIA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO**

**LA EXTERNALIZACIÓN LABORAL Y SUS EFECTOS EN LAS  
RELACIONES DE TRABAJO**

**ROBERTO WILL GUERRERO**

**TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS PARA  
OPTAR POR EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO CON  
ENFASIS EN DERECHO LABORAL**

**PANAMÁ, REPÚBLICA DE PANAMÁ  
2016**

57

## AGRADECIMIENTO

Agradezco, en primer lugar a DIOS, quien guió nuestros pasos, inspirándonos a través de la fe, dotándonos de sabiduría, paciencia, prudencia y tolerancia ante los desafíos que se nos presentaron en las diversas etapas del Programa del Doctorado. Dios nos brindó la fuerza necesaria para iniciar, elaborar y culminar nuestra investigación, pese a las limitaciones de diversa naturaleza que se nos presentaron durante el desarrollo de la misma. GRACIAS DIOS MIO

A mis padres, **MARGARITA GUERRERO** (q.e.p.d.) y **JACOBO WILL DOLANDE** (q.e.p.d.), por la formación sólida que recibí de ellos, en materia de principios y valores, bases sobre las cuales he construido mi vida familiar, profesional, académica y social y que han sustentado ese ánimo constante de superación hacia nuevos horizontes de libertad plena, material y espiritual. MI ETERNO AGRADECIMIENTO A ELLOS

Las horas, días, semanas, meses y años dedicados al Programa del Doctorado, con Énfasis en el Derecho del Trabajo, redujeron parcelas importantes de la convivencia familiar, en especial, con mi esposa **DAYSI MAGALI MARTÍNEZ**, la cual significó un punto de apoyo decisivo en nuestra pretensión de concluir nuestra investigación de manera satisfactoria, por la paciencia, comprensión y colaboración que recibí durante todo el tiempo que estuve abocado a la ejecución de este trabajo doctoral. Para ella mi más profundo agradecimiento.

El Programa del Doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas ha implicado el esfuerzo y sacrificio de muchos actores, entre ellos, el cuerpo docente del Programa, a quienes les estamos profundamente agradecidos por su dedicación, profesionalismo y comprensión, dada las vicisitudes que durante el desarrollo de los diversos cursos doctorales tuvimos que enfrentar de manera conjunta, administrativos, docentes y doctorandos, superando uno u otro obstáculo con el objetivo de lograr la culminación exitosa de la última etapa de nuestro ciclo académico.

A nuestro Director de la Investigación Doctoral, **DR. LUIS ADAMES**, quien con mucho entusiasmo, dedicación y profesionalismo académico, desde el inicio de nuestro quehacer investigativo, nos brindó su apoyo incondicional, intercambiando conocimientos, debatiendo opciones teóricas, sugiriendo ajustes y cambios argumentativos, no obstante respetando nuestras elaboradas posiciones, aun discrepando de éstas, propiciando un debate crítico y reflexivo en torno a las instituciones jurídicas descritas, analizadas y propuestas en el presente trabajo. MUCHAS GRACIAS MAESTRO.

Finalmente, y no menos importante, expreso mi agradecimiento a todo el personal administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, en especial, a la Coordinación y personal secretarial del Programa del

31 ENE 2017

*Diego C. Muñoz*

Doctorado, quienes nos brindaron su apoyo oportuno y desinteresado en los momentos cuando lo necesitamos, aportando soluciones a las diversas situaciones que se nos presentaron durante el desarrollo del Programa. ¡MUCHAS GRACIAS A TODOS!

## DEDICATORIA

A mis padres, **MARGARITA GUERRERO** (q.e.p.d.) y **JACOBO WILL DOLANDE** (q.e.p.d), quienes sentados juntos a nuestro señor JESUS, me siguen iluminando y guiando mis pasos y que seguro estarán presentes en todas las etapas que siguen hasta la culminación de este importante ciclo académico.

La presente investigación doctoral se la dedico, a mis hijos, Verónica, Gina, Roberto, Tito, José, Reissel, Bernardo y, en especial, a mi nieto Dereck, quienes han sido el motor que me ha impulsado a proseguir haciendo frente a los desafíos que en la vida se me han presentado y los cuales, en función de su formación ética, profesional y espiritual, he ido superando progresivamente, hasta encontrarme ante la culminación de este importante ciclo académico que es el Doctorado en Derecho.

Mis hijos, mi sobrina Rosa y Dereck, a quienes adoro más que a mi vida misma, ocupan especial lugar en la elaboración de este trabajo, porque han sido mi fuente de inspiración en los momentos difíciles cuando las fuerzas físicas se van deteriorando con el transcurso del tiempo y las mentales tienden a replegarse en busca de un descanso justo y necesario, pero inoportuno por el reto que hemos asumido y que pretendemos culminar, como obligación académica, profesional y personal, consciente del mensaje que pretendo proyectar hacia ellos de que la formación, el estudio y la dedicación constante deben ser las herramientas que combinadas con una alta escala de valores y principios éticos contribuyan a su éxito profesional y paz espiritual.

Dedico este trabajo a mis hermanos, Serafina, Mary, Zuleyka, Olga, Marquela, Jacobo, Ángel y Antonio, y muy especialmente a Mireya, de quienes siempre he recibido esa voz de aliento necesaria para continuar con los objetivos y planes trazados, cuya materialización representa la ubicación de nuestra familia en un “pedacito” de la historia de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

A mi familia en general, primos, Yadira, Yaya, Chela, Eric, Marisol, Maribel, Silka, sobrinos, en especial a mi Tía Raquel; la familia de mi esposa, Toli, Adriano, Erika, Lisell, Carmen, Chavi, Dalía y todos los amigos de Pesé, quienes nos dieron fuerzas con sus oraciones y nos brindaron siempre su apoyo y cariño.

Finalmente, dedico este trabajo a mis hijas Karim, Anita y sus hijos (mis nietos), a los cuales les tengo un gran cariño y de los cuales siempre he recibido igual sentimiento y respeto. A mis amigos todos, a mi tierra natal Pedregal, de la cual **orgullosamente soy oriundo** y a todos aquellos que de una u otra forma contribuyeron a que este proyecto fuera una realidad.

## INDICE

RESUMEN.....	1
SUMMARY.....	2
<b>ASPECTOS METODOLÓGICOS</b>	
I. Antecedentes del Problema.....	4
II. Planteamiento del Problema.....	5
III. Marco Teórico.....	10
IV. Justificación.....	12
V. Hipótesis.....	14
VI. Objetivos.....	15
A. Objetivos Generales.....	15
B. Objetivos Específicos.....	16
VII. Introducción.....	
<b>CAPÍTULO PRIMERO: EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN Y LA FLEXIBILIDAD LABORAL</b>	
<b>SECCIÓN PRIMERA</b>	
1. EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN.....	23
1.1 Concepto y Precisión terminológica.....	23
1.2 Multidimensionalidad del proceso globalizador.....	29
1.3 Origen y Evolución del Proceso de Globalización.....	41
1.3.1 Origen.....	41
1.3.2 Evolución.....	43
1.3.2.1 Primera Globalización.....	43
1.3.2.2 Segunda Globalización.....	44
1.3.2.3 Organización Científica del Trabajo.....	46
1.3.2.4 El Modelo de Producción Fordista.....	48
1.3.2.5 Crisis y ruptura del paradigma Taylorista-Fordista...	49
1.3.2.6 Modelo Toyotista de Producción.....	50
2. LA FLEXIBILIDAD LABORAL.....	50
2.1 Concepto y Origen de la Flexibilidad Laboral.....	50

2.2 Dimensiones y Formas de la Flexibilidad Laboral.....	61
2.2.1 Flexibilidad de la Organización Productiva.....	61
2.2.2 Flexibilidad de la Organización del Trabajo.....	61
2.2.3 Flexibilidad de la Gestión Productiva.....	62
2.2.4 Flexibilidad del Mercado Laboral.....	63
2.2.5 Flexibilidad Laboral Interna.....	64
2.2.5.1 Flexibilidad Salarial.....	64
2.2.5.2 Flexibilidad en los horarios de trabajo.....	65
2.2.5.3 Flexibilidad Funcional.....	66
2.2.6 Flexibilidad Laboral Externa.....	66
2.3 Efectos de la Flexibilidad Laboral.....	67

## **SECCIÓN SEGUNDA**

### **EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES EN EL CONTEXTO GLOBALIZADO**

3. EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES EN LA GLOBALIZACIÓN.....	69
3.1 Características del Sistema de Relaciones Laborales en el contexto Globalizado.....	72
3.1.1 Cambios en el proceso de producción de bienes y servicios.....	72
3.1.2 Cambios en la actividad económica.....	72
3.1.3 Cambios en la Estrategia Empresarial.....	73
3.1.4 Cambios en la estructura y composición de la clase trabajadora.	73
3.1.5 Cambio en el comportamiento de las organizaciones sindicales.....	73
3.1.6 Otras características.....	74
3.1.6.1 Descentramiento Laboral.....	74
3.1.6.2 Segmentación de Mano de Obra.....	74
3.1.6.3 Inestabilidad en el Empleo.....	75

3.1.6.4 Tendencia a la individualización de la relación de trabajo.....	75
3.1.6.5 Tendencia al abaratamiento de costos.....	76
3.2 Perspectivas analíticas en torno a la preconfiguración de las relaciones laborales en la globalización.....	76
3.2.1 La Perspectiva Neo-Marxista.....	77
3.2.2 La Perspectiva Neoliberal.....	80
3.2.3 La Perspectiva Postmoderna.....	81
3.2.4 Síntesis de los tres enfoques.....	82

### **SECCIÓN TERCERA**

#### **LA LEGITIMIDAD DE LOS PODERES EMPRESARIALES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO**

4. La Legitimidad de los Poderes Empresariales en la Relación de Trabajo.....	84
4.1 Naturaleza Jurídica de los Poderes Empresariales.....	86
4.1.1 Teorías Comunitaristas o Institucionalistas.....	87
4.1.1.1 Tesis Comunitarista y Poder de Dirección.....	87
4.1.1.2 Tesis Comunitarista y Poder Disciplinario.....	94
4.1.1.3 Tesis Comunitarista y Teoría de la Potestad Delegada.....	95
4.1.1.4 Otras Teorías Afines a la Tesis Comunitarista.....	96
4.1.2 Teorías Contractualistas.....	98
4.2 Legitimidad de los Poderes Empresariales en el Derecho Laboral Panameño.....	100
4.2.1 Doctrina Nacional.....	100
4.2.2 Nuestra Posición.....	103

#### **CAPÍTULO SEGUNDO: LA EXTERNALIZACIÓN LABORAL O DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA**

##### **SECCION PRIMERA**

1. Aspectos Generales.....	112
1.1 Delimitación Conceptual.....	112
1.2 Definición y Tipología.....	116

1.3 Origen de la Externalización Laboral o Descentralización Productiva...	126
1.4 Objetivos de la Externalización Laboral.....	130

## **SECCIÓN SEGUNDA**

### **MODALIDADES CONTRACTUALES DE LA EXTERNALIZACIÓN LABORAL**

2. Modalidades Contractuales de la Descentralización Productiva.....	133
2.1 Descentralización Productiva a través de las Empresas de Trabajo	134
2.1.1 Concepto y Definición de las ETT.....	134
2.1.2 Poder de Dirección en las ETT.....	146
2.1.3 Régimen Jurídico de las ETT en España.....	146
2.1.4 Tesis de la Titularidad Delegada del Poder de Dirección.....	151
2.1.5 El Poder de Dirección y los Derechos Fundamentales del Trabajador en la esfera de las ETT.....	161
2.1.6 Requisitos de Constitución y Funcionamiento de las ETT.....	164
2.1.7 Registro de las ETT.....	167
2.1.8 Información que debe figurar en el Registro de ETT.....	167
2.1.9 Efectos del incumplimiento de las obligaciones de la ETT.....	168
2.1.10 El Contrato de Puesta a Disposición.....	169
2.1.10.1 Características.....	169
2.1.10.2 Deberes de Información.....	171
2.1.11 El Contrato de Trabajo entre la ETT y su personal para cesión	171
2.1.11.1 Contenido del contrato.....	172
2.1.11.2 Facultades de la ETT frente a su personal.....	173
2.1.11.3 Suspensión del contrato de trabajo.....	176
2.1.11.4 Extinción del contrato de trabajo.....	177
2.1.11.5 Relaciones Colectivas de Trabajo.....	178
2.1.11.6 Competencia de los Comités de Empresa y Delegados...	179
2.1.12 Relaciones entre el trabajador y la Empresa Usuaria.....	180
2.1.12.1 Facultades de Dirección y Control Laboral.....	181

2.1.12.2	La Movilidad Funcional.....	182
2.1.12.3	La Movilidad Geográfica.....	183
2.1.12.4	Modificaciones de las condiciones de trabajo.....	184
2.1.12.5	Otros derechos del trabajador en el ámbito de la EU.....	185
2.2	Descentralización Productiva a través de la Subcontratación Laboral....	186
2.2.1	Introducción.....	186
2.2.2	Definición y alcance conceptual.....	189
2.2.3	La Subcontratación como expresión de Descentralización.....	198
2.2.4	Implicaciones del trabajo en régimen de subcontratación.....	199
2.2.5	Modalidades emblemáticas de subcontratación laboral.....	201
2.2.5.1	Las Empresas de Trabajo Temporal.....	202
2.2.5.2	Los Contratistas y Subcontratistas.....	203
2.2.5.3	Las Cooperativas.....	205
2.2.6	Indicios de subordinación en la subcontratación.....	209
2.2.7	La subcontratación laboral en el Derecho Comparado.....	211
2.2.7.1	En el Derecho Laboral Uruguayo.....	211
2.2.7.1.1	Concepto Legal.....	211
2.2.7.1.2	Régimen de Responsabilidad Laboral.....	219
2.2.7.1.2.1	Alcance y Objetivo temporal.....	220
2.2.7.2	En el Derecho Laboral Español.....	222
2.2.7.2.1	La subcontratación como opción organizativa.....	222
2.2.7.2.2	Concepto de “propia actividad” empresarial.....	228
2.2.7.2.3	Subcontratación empresarial y cesión ilegal.....	229
2.2.7.2.4	Delimitación Legal de la cesión ilegal de trabajadores.....	230
2.2.7.2.5	Delimitación Jurisprudencial.....	230
2.2.7.2.6	Cesión Ilegal entre empresas con actividad propia...	233
2.2.7.2.7	Efectos Jurídicos de la cesión ilegal de trabajadores.	234

2.2.7.2.8	Responsabilidad Solidaria del empresario principal y el contratista en el Estatuto de Trabajadores.....	238
2.2.7.2.8.1	Ámbito de aplicación del artículo 42 del ET.....	238
2.2.7.2.8.2	Responsabilidad Solidaria. Comitentes y contratistas, en las contrata referidas a la propia actividad.....	240
2.2.7.2.8.3	Ámbito temporal para exigir la corresponsabilidad.....	243
2.2.7.2.8.4	Efectos jurídicos de las contrataciones y subcontrataciones sucesivas.....	243
2.2.7.2.8.5	Supuestos excluidos de responsabilidad.....	245
2.2.7.2.9	Deberes de Información del empresario principal y del contratista.....	246
2.2.7.2.10	Subcontratación de servicios de carácter transnacional.....	248
2.2.7.2.11	Subcontratación en el sector de la construcción.....	260
2.2.7.3	La Subcontratación en el Derecho Internacional del Trabajo.....	269
2.2.7.4	La Subcontratación en el Derecho Laboral Panameño.....	272
2.2.7.4.1	Delimitación conceptual.....	272
2.2.7.4.2	Teorías en torno al alcance del concepto.....	276
2.2.7.4.3	Tesis subyacente en nuestra legislación.....	276
2.2.7.4.4	Rol de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo.....	278
2.2.7.4.5	Subcontratación en el sector de la construcción.....	281
2.3	Descentralización Productiva a través del Teletrabajo.....	286
2.3.1	Reflexiones preliminares.....	286
2.3.2	Concepto y definición de Teletrabajo.....	289
2.3.3	Características del Teletrabajo.....	295
2.3.4	Tipología del Teletrabajo.....	301

2.3.4.1	Según la intensidad de la conexión utilizada.....	302
2.3.4.2	Según el lugar donde se desarrolla la actividad.....	303
2.3.4.3	Según la frecuencia del Teletrabajo.....	304
2.3.4.4	Según el grado de dependencia.....	305
2.3.4.5	Según la naturaleza del sujeto prestador del servicio.....	305
2.3.5	Los Poderes Empresariales en el Teletrabajo.....	306
2.3.5.1	El Poder de Dirección.....	307
2.3.5.2	El Poder de Vigilancia y Control del Empleador.....	308
2.3.6	Panorama del Teletrabajo en el Derecho Comparado.....	309
2.3.6.1	El Teletrabajo en España.....	310
2.3.6.1.1	Concepto y definición.....	310
2.3.6.1.2	Configuración Jurídica del Teletrabajo.....	314
2.3.6.1.3	Características del Teletrabajo.....	319
2.3.6.1.4	El Teletrabajo Autónomo.....	330
2.3.6.1.5	Proyecto de regulación del Teletrabajo.....	335
2.3.6.1.6	El Teletrabajo subordinado.....	340
2.3.6.1.7	Recepción Jurisprudencial.....	343
2.3.6.1.8	El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, 2002.	347
2.3.6.1.8.1	El carácter voluntario del Teletrabajo.....	347
2.3.6.1.8.2	Organización del Trabajo.....	350
2.3.6.1.8.3	Informaciones que debe facilitar el empresario.	352
2.3.6.1.8.4	Condiciones de empleo y formación.....	353
2.3.6.1.8.5	Protección de Datos y Vida privada del Teletrabajador.....	355
2.3.6.1.8.6	Equipamiento y gastos de la actividad.....	359
2.3.6.1.8.7	Derechos Colectivos.....	360
2.3.6.1.8.8	Repercusiones del Acuerdo Marco Europeo....	367
2.3.6.1.9	Tipología del Teletrabajo en España.....	372

2.3.6.1.9.1	Según la intensidad de la conexión.....	373
2.3.6.1.9.2	Según el lugar donde se desarrolla la actividad.	379
2.3.6.1.10	Los Poderes empresariales en el Teletrabajo español	408
2.3.6.1.10.1	El Control del espacio virtual.....	414
2.3.6.1.10.2	Mecanismos de control, según las formas de teletrabajo.....	417
2.3.6.1.10.3	Límites y condiciones a la facultad de vigilancia y control empresarial en el Teletrabajo.....	419
2.3.6.1.10.4	Los Principios fundamentales en la Protección de Datos y su incidencia en el poder de control empresarial en el Teletrabajo.....	437
2.3.6.2	El Correo Electrónico Laboral.....	451
2.3.6.2.1	Delimitación conceptual.....	452
2.3.6.2.2	Clases de correo electrónico.....	455
2.3.6.2.3	Correo Electrónico y Correo Postal.....	456
2.3.6.2.4	Formas de introducir el correo electrónico en la empresa.....	458
2.3.6.2.4.1	Como condición de trabajo.....	458
2.3.6.2.4.2	Como Política de uso del sistema.....	460
2.3.6.3	El Teletrabajo en Colombia.....	463
2.3.6.3.1	Concepto legal.....	463
2.3.6.3.2	Modalidades de Teletrabajo reguladas en la Ley 1221.....	465
2.3.6.3.3	Obligaciones Gubernamentales contempladas en la ley.....	466
2.3.6.3.4	Garantías Laborales y de la Seguridad Social.....	467
2.3.6.3.5	Situación contractual de los Teletrabajadores.....	468
2.3.6.4	El Teletrabajo en Venezuela.....	468
2.3.6.5	El Teletrabajo en Panamá.....	471

2.4	Modalidades Patológicas de Descentralización Productiva.....	484
2.4.1	La Cesión Ilegal de Trabajadores.....	484
2.4.2	Doctrinas. Diferencia entre contratas y cesión ilegal.....	485
2.4.2.1	Doctrina de la Jurisprudencia de Indicios.....	485
2.4.2.2	Doctrina del carácter ficticio de la empresa contratista.....	486
2.4.2.3	Doctrina del empresario efectivo.....	487
2.4.3	Efectos de la Cesión Ilegal de mano de obra.....	493
2.4.4	La Simulación como expresión patológica de la Descentralización.....	495
2.5	La Descentralización Productiva en las Empresas Multinacionales.....	506
2.5.1	Conceptualización de Empresa Multinacional.....	506
2.5.2	Características de la Empresa Multinacional.....	514
2.5.3	Empresa Multinacional y Grupo de Empresas.....	519
2.5.4	Origen y Evolución de la Empresa Multinacional.....	532
2.5.5	Naturaleza Jurídica de la Empresa Multinacional.....	539
2.5.6	Fuentes formales laborales en las Empresas Multinacionales....	542
2.5.7	Responsabilidad Jurídica de los Estados por la actividad de las empresas multinacionales.....	543
2.5.8	Normas Internacionales y Empresa Multinacional.....	547
2.5.9	Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT.....	552
2.5.10	Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales.....	561

**CAPÍTULO TERCERO:EFECTOS JURÍDICOS DE LA  
DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LA RELACIÓN DE TRABAJO  
SECCIÓN PRIMERA**

1.	<b>EFECTOS JURÍDICOS EN LAS RELACIONES INDIVIDUALES</b>	566
1.1	La deconstrucción de la noción de empleador.....	566
1.2	La deconstrucción del Estatuto Jurídico del trabajador.....	569
1.3	Reformulación del término intermediario... ..	572

1.4 Vigencia de los Principios Generales del Derecho del Trabajo...	573
1.5 Vigencia de los Principios Generales del Derecho del Trabajo en la estructura de la Externalización Laboral.....	579
1.5.1.1 Relacionada con el Principio Protector.....	580
1.5.1.2 Relacionada con el Principio de Primacía de la realidad.	585
1.5.1.3 Relacionada con el Principio de Irrenunciabilidad.....	586
1.5.1.4 Relacionada con el Principio de Continuidad.....	587
1.5.1.5 Relacionada con el Principio de Razonabilidad.....	588
1.5.1.6 Relacionada con el Principio de Buena Fe.....	589
1.6 Efectos relacionados con la Estabilidad en el Empleo.....	590
1.7 Efectos de la Descentralización Productiva planificada, en el empleo.....	591
1.8 Efectos de la Descentralización Productiva fundada en bajar costos, en el empleo.....	592
1.9 Efectos jurídicos en la estructura de la relación individual de trabajo.....	594
1.10 Efectos jurídicos relacionados con la Seguridad Ocupacional...	596

## **SECCIÓN SEGUNDA**

<b>2. EFECTOS JURÍDICOS EN LAS RELACIONES COLECTIVAS...</b>	<b>598</b>
2.1 Descentralización Productiva y Libertad Sindical.....	601
2.2 Actos antisindicales derivados de la externalización laboral.....	602
2.3 Comité de Libertad Sindical y Prácticas antisindicales derivadas de la descentralización Productiva.....	609
2.4 Propuestas normativas frente a los actos lesivos a la libertad sindical derivados de la Externalización Laboral.....	611
2.5 Descentralización productiva y Eficacia de la negociación colectiva.....	615
2.6 La externalización laboral y su incidencia en el Derecho de Asociación Sindical.....	618
2.7 La Estrategia Sindical ante la Externalización Laboral.....	622

## **SECCIÓN TERCERA**

<b>3. PROPUESTAS Y ALTERNATIVAS FRENTE AL PARADIGMA ACTUAL.....</b>	<b>624</b>
3.1 Promoción de Políticas Públicas que privilegien el Trabajo Decente.....	624
3.2 Adopción del Modelo Neoconstitucionalista como Opción interpretativa.....	631
3.3 Redimensionamiento de las Estructuras Sindicales.....	637
3.4 Potenciación del Diálogo Social.....	637
3.4.1 Amplitud e Imprecisión del término “Diálogo Social”.....	638
3.4.2 Tipología del Diálogo Social.....	639
3.4.3 Presupuestos del Diálogo Social.....	640
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>643</b>
<b>RECOMENDACIONES</b>	<b>650</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>653</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>683</b>

## RESUMEN

La investigación doctoral que hoy sometemos al escrutinio público aborda, con alto rigor científico, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, el análisis de las transformaciones que se han operado en el mundo, derivadas del fenómeno de la globalización económica y su variante más importante, la flexibilidad laboral, sustentadas en la ideología neoliberal, doctrina que postula un conjunto multidimensional de procesos sociales que intensifica intercambios e interdependencias sociales y culturales a nivel global, cuyo motor principal lo constituyen el comercio internacional y los flujos de capitales.

Tales transformaciones han incidido en la configuración de las instituciones paradigmáticas del Derecho del Trabajo, y sus efectos se han traducido en el rompimiento del esquema clásico del sistema de relaciones laborales y en el surgimiento de nuevas modalidades contractuales de prestar el servicio. En ese sentido, nuestro estudio se centra, en primer término, en la identificación de las diversas formas que adquieren los supuestos contractuales generados por el fenómeno y en la precisión de sus principales características, privilegiando, en el estudio, sin pretensiones de exhaustividad, la Descentralización Productiva a través de la Subcontratación, del Contrato de Suministro de Mano de Obra Temporal, del Teletrabajo y del Régimen Laboral en las Empresas Multinacionales, desentrañando, paralelamente, la opción doctrinal que subyace en las estructuras de las relaciones triangulares derivadas de la descentralización productiva en materia de legitimación de los poderes empresariales.

En congruencia con los objetivos planteados en nuestra investigación, analizamos los efectos jurídicos derivados de la descentralización productiva o externalización laboral, tanto en las estructuras de las relaciones individuales como en las colectivas de trabajo, destacando, la reformulación de las nociones de trabajador y empleador, la precarización, desregulación, la tendencia al predominio de la autonomía individual, deslocalización e incertidumbre jurídica, en sede individual, y, en sede colectiva, la dispersión de la mano de obra, la fragmentación del proceso productivo, la reformulación de las prácticas antisindicales, la prevalencia de la negociación colectiva en el ámbito de la empresa, todo ello propiciando la ineffectividad, en general, de las Instituciones Fundamentales del Derecho Colectivo de Trabajo.

Finalmente, presentamos una visión crítica en la Tutela de los Derechos Humanos fundamentales del Trabajador, de naturaleza individual y de naturaleza colectiva, apoyándonos en los Principios Generales del Derecho del Trabajo, las nuevas corrientes del pensamiento que postulan un moderno enfoque del Constitucionalismo y una reconstrucción de los derechos sociales, en el nuevo contenido del Bloque de la Constitucionalidad y en los lineamientos, aunque incipientes, de la doctrina de la Eficacia Horizontal de los Derechos Humanos fundamentales en el ámbito privado y la aplicación de los principios de ponderación y proporcionalidad, como instrumentos idóneos en la solución ante los supuestos de colisión de derechos fundamentales. Concluimos con las conclusiones y recomendaciones pertinentes, poniendo el fruto de la presente investigación a disposición de los sinodales respectivos, a fin de que realicen la valoración correspondiente.

## SUMMARY

Doctoral research today submit to public scrutiny deals with high scientific rigor, from the perspective of labor law, the analysis of the transformations that have taken place in the world, stemming the phenomenon of economic globalization and its most important variant, labor flexibility, underpinned by neoliberal ideology, doctrine posits a multidimensional set of social processes that intensifies social and cultural exchanges and interdependencies at the global level, the main engine constitute international trade and capital flows.

Such transformations have affected the configuration of the flagship institutions of labor law, and its effects have resulted in the breaking of the classical scheme of industrial relations system and the emergence of new contractual arrangements provide the service. In that sense, our study focuses, first, on the identification of the various forms that acquire contractual assumptions generated by the phenomenon and the accuracy of its main features, privileging, the study unpretentious completeness, Decentralization production through outsourcing, the Supply Agreement temporary labor, Telework and Labor System in Multinational Enterprises, unraveling, in parallel, the doctrinal option underlying structures of triangular relationships resulting from productive decentralization matter of legitimizing corporate powers.

Consistent with the objectives set in our research, we analyze the legal effects resulting from productive decentralization or labor outsourcing, both in the structures of individual relations and collective work, highlighting the reformulation of the concepts of worker and employer, casualization, deregulation, the tendency to the predominance of individual autonomy, relocation and legal uncertainty, in single seat, and in collective based in the field of business, all favoring the ineffectiveness generally Fundamental Institutions law collective Labor.

Finally, we present a critical view on the protection of fundamental human rights of workers, individual nature and collective nature, relying on the General Principles of Labour Law, the new currents of thought which posit a modern approach to constitutionalism and reconstruction of social rights in the new content of the Bloc of Constitutionality and guidelines, although incipient, of the doctrine of the horizontal effect of fundamental human rights in the private sector and the application of the principles of weighting and proportionality, as suitable instruments in the settlement by the alleged collision of fundamental rights. We conclude with the relevant conclusions and recommendations, putting the fruits of this research available to the respective Synod, in order to perform the relevant valuation.

## **ASPECTOS METODOLÓGICOS**

## **ASPECTOS METODOLÓGICOS**

### **I. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA**

Los cambios que se han operado en el mundo, en especial, respecto a la organización del proceso productivo, producto del fenómeno de la globalización, complementada ésta con el desarrollo del comercio internacional y la ciencia de la informática, promovieron, en el sector académico y de especialistas de diversas disciplinas, la elaboración de una profusa producción doctrinal, en torno a las características, ventajas y desventajas, que, para la estructura de la sociedad, representó y representa, el proceso de globalización, cuya matriz económica, incursiona, en sus efectos, en todos los ámbitos de la realidad social.

En ese contexto, han surgido expresiones contractuales, inéditas unas, reformuladas otras, que han trastocado el esquema clásico o tradicional del ordenamiento jurídico, en especial, del derecho del trabajo, disciplina que debe asumir el desafío de articular, tanto contenidos materiales o sustantivos, como un eficaz cauce legal, que coadyuven a la solución de las eventuales situaciones o controversias que se generen, ante la conformación de aquellas opciones contractuales.

Paralelamente, se ha consolidado el paradigma que privilegia la vigencia y tutela de los derechos fundamentales, cuya esencia radica en dotar al ser humano de las herramientas necesarias para procurarse una existencia digna y decorosa, detalle que implica la adopción de nuevos criterios interpretativos que solucionen la tensión entre los

postulados inmersos en la globalización y aquellos que garantizan la paz y la convivencia de la sociedad en general.

Tales antecedentes, operan como señales de advertencia, en el sentido de avocarnos, reflexiva y críticamente, al estudio serio y profundo de la temática en cuestión, con el propósito de afrontar con éxito los retos que plantea su inserción en la realidad jurídica local e internacional. Se trata de un problema complejo que va a requerir soluciones de igual complejidad, soslayando la improvisación y la indiferencia y, por el contrario, abordar el estudio de esos antecedentes, desde una perspectiva de equidad y justicia social.

## **II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

El mundo actual está experimentando vertiginosos cambios que se manifiestan en todos los ámbitos del quehacer social, tanto en los aspectos económicos, sociales, políticos, culturales, éticos y morales, los cuales vienen caracterizados, entre sus notas sobresalientes, por un desarrollo extraordinario del comercio internacional y por la introducción de nuevas formas de organización del proceso productivo, aspectos que analizados en profundidad, tanto por la doctrina nacional como la internacional, han generado serias disputas conceptuales e ideológicas, en función, por una parte, de destacar los aspectos positivos o ventajas derivadas del fenómeno y, por la otra, resaltando sus detractores las consecuencias negativas que subyacen ante tal acontecimiento.

Reconociendo la interdependencia entre ambos aspectos, la controversia o problemática que cobra interés, para los efectos de nuestro trabajo doctoral, aparece

especialmente referido al segundo de ellos, el cual, como veremos posteriormente, incursiona directamente dentro del ámbito del derecho del trabajo, erosionando la concepción clásica del trabajo, construida en torno a su eje central, el contrato individual de trabajo y complementada con instituciones puntuales, como la jornada de trabajo, la duración indefinida de la relación de trabajo y la empresa como escenario regular de la prestación de servicios.

Destacaremos, desde diversas perspectiva la polisemia de la cual son objeto las modalidades novedosas de organizar el proceso productivo, las cuales adoptan diversas expresiones para referirse al mismo fenómeno. En este sentido, se le atribuyen la calificación de descentralización productiva, subcontratación laboral, intermediación laboral, outsourcing, externalización productiva, descentralización empresarial, tercerización, externalización laboral, entre otras, detalle que, como primer problema, pone de manifiesto el carácter poliédrico del término y la aparente necesidad de su delimitación conceptual, como presupuesto necesario para el análisis y determinación de su naturaleza jurídica.

Por otro lado, la introducción del moderno contractualismo, bajo la figura de la externalización o la descentralización productiva, tiende –según apuntan algunos autores– a la desregulación laboral, esto es, a sustraer del ámbito de aplicación del derecho del trabajo, algunas de las formas de servicios externalizados o descentralizados, fenómeno que implica un aparente retroceso respecto al carácter expansivo que ha caracterizado esta disciplina jurídica. Nos preguntamos, entonces: ¿El progresivo avance de la externalización laboral o descentralización productiva va en detrimento del carácter

expansivo del derecho del trabajo? ¿Y, de ser afirmativa la respuesta, existen fórmulas en el derecho del trabajo que puedan revertir tal proceso?

Adicionalmente, se ha planteado que las iniciativas a externalizar o descentralizar han degenerado en lo que doctrinalmente se conoce como “formas patológicas” de descentralización, las cuales centran sus objetivos, no en la eficiencia ni en la competitividad, sino exclusiva o principalmente en la reducción de costos, cuestionándose, así, si además de esta finalidad, en realidad ¿Persiguen la evasión de las responsabilidades laborales, derivadas del nexo contractual?

El escenario descrito, coloca, una vez más, en entredicho, la capacidad de respuesta que puede brindar el ordenamiento jurídico laboral, ante los cambios que se suscitan en la realidad social. No obstante, se argumenta, que el derecho del trabajo, pese a las vicisitudes que ha sufrido, ha conservado su esencia tuitiva, materializada a través de los principios fundamentales que informan su contenido, contraste que, frente a las nuevas formas de organización y de contratación del proceso productivo, hace surgir las interrogantes siguientes: ¿Se torna necesario abandonar los principios tradicionales y esenciales que inspiran al derecho del trabajo? ¿Pierden o no su eficacia frente a las modalidades externalizadoras de la relación de trabajo?

Por otro lado, surge la problemática referida a la vigencia y aplicación de las instituciones fundamentales del Derecho Colectivo de Trabajo. Se ha descrito la tendencia a la singularización de los vínculos laborales como nota distintiva de las nuevas formas de organizar el trabajo, lo cual plantea diversos problemas, entre ellos:

¿Si la externalización, por la fragmentación y dispersión que ocasiona de la mano de obra, constituye en sí misma un acto antisindical?

¿Deben las organizaciones sindicales resistirse al cambio o adecuarse a las nuevas formas de organización del trabajo?

¿Cómo conciliar la colisión de dos garantías de rango constitucional: por un lado, el ejercicio de la libertad sindical; y, por el otro, el ejercicio legítimo del derecho de propiedad y de libertad de empresa, sustentadores del poder de dirección y organización empresarial?

A lo anterior, agregamos los efectos que sobrevienen, relacionados con la articulación de la negociación colectiva, debido al fraccionamiento de las unidades productivas y a la dispersión de la mano de obra, escenario dentro del cual nos preguntamos si:

¿La externalización laboral facilita o no la articulación en los diversos niveles de negociación colectiva?

Finalmente, precisa abordar el funcionamiento de las Empresas Multinacionales, cuyo funcionamiento ha propiciado trascendentales transformaciones, tanto de naturaleza económica como social y jurídica. Estos organismos unidas al capital financiero se han convertido en el motor fundamental del proceso globalizador, modificando el orden hegemónico internacional y trastocando, a la vez, la normativa protectora estatal, reduciendo o eliminando los compromisos sociales, acuñando el concepto de la no intervención del Estado por la suficiencia del mercado.

En el plano nacional, en congruencia con el modelo descrito, la estrategia económica y social delineada por el Gobierno Nacional, promueve políticas económicas tendientes a la captación de la inversión extranjera, incrementando la participación del capital transnacional en la economía local, incentivado por las ventajas que ofrece nuestro país

en materia fiscal, laboral, migratoria, etc. En efecto, la **VISIÓN** del Plan de Gobierno de la Administración actual, plantea el respaldo “al sector privado y a la **inversión extranjera**, para mejorar la calidad de vida de todos los panameños...” y, adicionalmente, insertada dentro de la Política Exterior al Servicio del Desarrollo (Eje 5), se propone velar “(...) para que la presencia en Panamá de Multinacionales sea respetuosa de las normas nacionales, los convenios internacionales, los derechos humanos y el desarrollo sostenible”.

Las propuestas contenidas en el Plan de Gobierno de la Administración Varela, en materia de establecimiento de Empresas Multinacionales, constituye parte del problema a dilucidar en la presente investigación, por cuanto, nos preguntamos:

¿Si el establecimiento de las Empresas Multinacionales, desde la perspectiva de la externalización laboral o descentralización productiva, conlleva o no la afectación de las condiciones de trabajo?

¿La Estructura organizativa actual de las Empresas Multinacionales vulneran o no la eficacia de la libertad sindical?

La pertinencia del tema resulta consustancial con la posición asumida por la Organización Internacional del Trabajo, a través de la Declaración Tripartita sobre las Empresas Multinacionales, aprobada en 1977 y relanzada en 2006, los Principios de Trabajo Decente y el Pacto Mundial por el Empleo de 2009, además de la Declaración de la OIT, sobre los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de 1998, instrumentos jurídicos adoptados por nuestro país, cuya vigencia permea el ordenamiento jurídico nacional.

Todas las interrogantes formuladas, tanto referidas al Derecho Individual como al Colectivo, **integran la problemática** que pretendemos dilucidar con la presente investigación y que, sin lugar a dudas, está revestida de gran actualidad, por las implicaciones que acompañan la implementación de las nuevas formas de organizar y contratar el trabajo.

### **III. MARCO TEÓRICO**

Con relación al Marco Teórico, el contenido de nuestra investigación doctoral, ha sido estructurado en cuatro Capítulos y éstos a su vez, divididos en Secciones, cuya descripción y metodología de estudio y desarrollo, seguidamente explicamos. El primer Capítulo, lo titulamos **ASPECTOS GENERALES**, en el cual analizamos los antecedentes, causas, evolución histórica y características del fenómeno de la **“GLOBALIZACIÓN”** y su variante denominada **“FLEXIBILIDAD LABORAL”**, en el cual resaltamos los diversos enfoques conceptuales de los cuales han sido objeto e identificamos los elementos, tipología, procesos y modelos de organización productiva que se han derivado de su implementación, en las etapas discurridas durante su evolución y desarrollo. Destacamos, en este capítulo, desde la perspectiva analítica, la reducción economicista de su delimitación conceptual y su contenido estructural esencialmente mercantilista, con predominio de la expansión del comercio internacional, los avances de las ciencias de la comunicación y la información, la sumisión a las exigencias del mercado y la reconversión empresarial, sustentadas ideológicamente en las teorías de un neoliberalismo, cuyos postulados y efectos abordamos, en diálogo con los exponentes doctrinarios, tanto detractores como favorecedores del fenómeno en cuestión.

Caracterizamos, además, la fisonomía del **SISTEMA DE RELACIONES LABORALES** en el contexto globalizado y agregamos variados enfoques del trabajo, en función de plasmar los recursos argumentativos de las diversas opciones ideológicas que pretenden configurar la noción de trabajo, en el escenario de la globalización. Dedicamos el Capítulo Segundo al estudio del tema central de nuestra investigación, denominado **“LA EXTERNALIZACIÓN LABORAL O DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA”**, cuyas notas sobresalientes radican en el análisis de sus componentes fundamentales y las expresiones contractuales que se han configurado en torno a ella, privilegiando el estudio detallado de las figuras del Trabajo en Régimen de Subcontratación, el Contrato de Suministro de Mano de Obra Temporal, el Contrato de Teletrabajo y el Régimen Laboral de las Empresas Multinacionales, por considerarlas que abordan la generalidad de los aspectos relevantes de esta investigación, sin perjuicio, de que reseñemos algunas características de otras formas de contratación que guardan relación con nuestro tema central. Seguidamente, en el Capítulo Tercero, denominado **“EFECTOS JURÍDICOS DE LA EXTERNALIZACIÓN LABORAL EN LAS RELACIONES DE TRABAJO”**, parte esencial de nuestro trabajo, nos adentramos al estudio de las incidencias que generan las modalidades de externalización o descentralización productiva, tanto en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo como de las colectivas, enfatizando, desde una perspectiva crítica y reflexiva, los efectos en la vigencia de los principios y derechos fundamentales del derecho del trabajo y la incidencia del fenómeno en torno a la estructura y ejercicio de la libertad sindical. En el Capítulo Cuarto, desde una perspectiva propositiva, elaboramos diversas propuestas, como alternativas aplicativas o interpretativas, sin pretensiones de exhaustividad, pero

con vocación de aportar opciones que contribuyan a fortalecer el debate académico y encontrar soluciones, en sede legislativa o jurisprudencial, a las situaciones complejas que se derivan de la temática, objeto del presente trabajo doctoral.

Finalizamos con las **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**, a las cuales hemos arribado, con la esperanza de que las instancias correspondientes, cuenten con una herramienta de consulta y encuentren, en éstas reflexiones, un terreno fértil que produzca iniciativas que fortalezcan nuestras instituciones fundamentales laborales.

#### **IV. JUSTIFICACIÓN**

La investigación que pretendemos realizar es de indudable importancia, toda vez que los planes de ejecución gubernamental ponen el énfasis, como pilares de desarrollo, en la recepción de la inversión extranjera y en la expansión del comercio internacional, situación que pone de relieve la necesidad de contar con producciones intelectuales que suministren o propongan un marco teórico y soluciones prácticas que orienten la dinámica social, por senderos de desarrollo, no sólo económico, sino, a la vez, social. Pocas producciones se han elaborado en torno a la externalización laboral o descentralización productiva, sobretodo, en el ámbito local, lo cual hace más imperante adentrarse a tan compleja labor académica.

No obstante, todos lo que integramos la conciencia crítica de la nación, tenemos la misión de contribuir al mejoramiento socioeconómico del país y al fortalecimiento de nuestras instituciones. Las transformaciones que se están sucediendo en el contexto globalizado ameritan que, en todos los ordenamientos jurídicos de los diversos países, se

lleven a cabo procesos de revisión y análisis de las consecuencias que, implícita o explícitamente, se derivan de la globalización del comercio internacional y de la economía en general. Tal ejercicio cobra mayor relevancia en tanto se argumenta que la mundialización de la economía debe conllevar la modificación de esquemas tradicionales en la estructura de las relaciones de trabajo y de los sistemas laborales de corte tutivo o protector. Frente a esa propuesta, el dilema se presenta en adecuar la normativa del derecho del trabajo a las exigencias del nuevo fenómeno y conservar la fuente de empleo o mantener la supuesta rigidez de la disciplina y pasar al ejército de los desempleados.

Tratándose de un fenómeno de inusitada trascendencia, desarrollo e impacto en la sociedad, resulta imperioso acometer un estudio profundo de las implicaciones que produce en la esfera de las relaciones laborales, que coadyuve a desentrañar su naturaleza jurídica, características y efectos de su implementación. El Derecho del Trabajo, se ha dicho, camina a la zaga de los cambios que se suscitan en el proceso económico, de tal manera que para adelantarnos o, por lo menos, para no retrasarnos más, hemos decidido concretar este trabajo doctoral, cuyo resultado pretendemos que colme parcialmente el vacío doctrinal que subyace localmente y sirva de fuente productora de propuestas legislativas o jurisprudenciales, que enfrenten adecuadamente los desafíos que nos plantea el proceso de globalización y las nuevas formas de organizar el trabajo y que, a la vez, sirva de marco referencial para futuras investigaciones que perfeccionen las actuales y fortalezcan la paz y convivencia social.

## V. HIPÓTESIS

1. **Las modalidades contractuales generadas por la externalización laboral o descentralización productiva producen inestabilidad y precarización de las relaciones individuales de trabajo.**

En esta hipótesis utilizaremos las siguientes variables:

**Variable Independiente** (VI): Las modalidades contractuales generadas por la externalización laboral o descentralización productiva.

**Variable Dependiente** (VD): inestabilidad y precarización de las relaciones individuales de trabajo.

2. **Las modalidades contractuales generadas por la externalización laboral o descentralización productiva, inciden en la eficacia de la libertad sindical, negociación colectiva y el derecho de huelga.**

En esta hipótesis utilizaremos las siguientes variables:

**Variable Independiente** (VI): Las modalidades contractuales generadas por la externalización laboral o descentralización productiva.

**Variable Dependiente** (VD): incidencia en la eficacia de la libertad sindical, negociación colectiva y el derecho de huelga.

3. **Las transformaciones en la división y organización del trabajo, derivadas de la globalización del comercio internacional y de la flexibilidad laboral, inciden sobre la eficacia en la tutela de los derechos humanos fundamentales laborales.**

En la hipótesis planteada utilizaremos las siguientes variables:

**Variable Independiente** (VI): Las transformaciones en la división y organización del trabajo derivadas de la globalización del comercio internacional.

**Variable Independiente** (VI): Las transformaciones en la división y organización del trabajo derivadas de la flexibilidad laboral.

**Variable Dependiente**(VD): la eficacia en la tutela de los derechos humanos fundamentales laborales.

## **VI. OBJETIVOS**

### **A. OBJETIVOS GENERALES**

1. **CONOCER** el proceso evolutivo y las características principales de las doctrinas sociales y económicas que sustentaron el paradigma del liberalismo económico y el individualismo, sistematizando las corrientes doctrinales que alentaron su defensa, así como aquellos que esgrimieron posiciones detractoras, a partir del fenómeno de la globalización.
2. **ENUNCIAR** las transformaciones operadas en el proceso productivo derivadas de la vigencia y aplicación de los principios emanados del pensamiento liberal e individualista y de la evolución y desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación e información.
3. **VALORAR**, en el contexto actual, la importancia de sistematizar el contenido teórico – práctico, así como las consecuencias de la implementación de las nuevas formas de contratación y las alternativas de solución propuestas, desde la perspectiva doctrinal, legislativa y jurisprudencial.

## **B. OBJETIVOS ESPECIFICOS**

1. **DESCRIBIR** las causas principales que originaron la aparición del fenómeno de la globalización, con sus variantes flexibilizadoras, así como las consecuencias derivadas de su implementación.
2. **IDENTIFICAR** tanto las diversas modalidades de externalización laboral o descentralización productiva generadas por el proceso de globalización como sus características esenciales, desde una perspectiva de Derecho Comparado.
3. **DETERMINAR** la opción doctrinal subyacente en las estructuras de las relaciones de trabajo triangulares, derivadas de la externalización laboral o descentralización productiva, en materia de legitimación de los poderes empresariales.
4. **ANALIZAR** los efectos jurídicos de la externalización laboral o descentralización productiva, tanto en la estructura de las relaciones de trabajo individuales y colectivas como en la vigencia y eficacia de los derechos y obligaciones de los trabajadores y empleadores.
5. **ANALIZAR** la eficacia en la tutela de los derechos humanos fundamentales de naturaleza laboral, en las manifestaciones contractuales, derivadas de la externalización laboral o descentralización productiva.

## **VII. INTRODUCCION**

Asistimos en la actualidad a la transformación de antiguos esquemas o de esquemas tradicionales del derecho del trabajo que han privilegiado elementos integradores de la concepción clásica del trabajo, construida en torno a su eje central, el contrato individual

de trabajo, destacándose, entre ellos, la jornada completa de trabajo, la duración indefinida y la empresa como escenario regular de la prestación de servicios, notas sobresalientes de tal postura doctrinal(GILES, 2001, págs.3-27)' tradicional. El desarrollo tecnológico, el avance de las ciencias de la información y de las comunicaciones y la evolución de los modelos sociales confirman la extraordinaria complejidad de la sociedad contemporánea, en su composición y funcionamiento y han servido para resituarse, en este contexto, el factor trabajo, ubicado en una posición central dentro del sistema tradicional de relaciones de trabajos, por ser el medio de sustento del trabajador y su familia y, además, el principal medio de identificación e inclusión social del individuo, ya que, como plantea (BECK, 2000, pág. 21), “el ciudadano no se concibe si no es como ciudadano trabajador”.

Las mutaciones experimentadas y la evolución de los modelos socioeconómicos se conjugan, de manera constante, en el fenómeno conocido como “crisis”, cuyos elementos constitutivos, en diversas épocas y circunstancias, contemplan al Derecho del Trabajo, como uno de sus indicadores que más influencia ha ejercido en su configuración. En este contexto, la normativa laboral, nacida en una época de prosperidad económica y de estabilidad de las relaciones jurídicas, propiciadora de un ambiente tuitivo de la clase trabajadora y concebido en función de un reequilibrio de las partes de un contrato de trabajo, presenta cambios significativos que modifican no sólo su forma e intensidad de protección, sino que se extiende a su objeto mismo, el cual, según ha señalado un sector importante de la doctrina (ARCE, 2013, pág. 18)" viene a estar constituido por “la pura gestión del mercado”, posicionamiento éste que genera – afirma (CASTILLO, 2009, pág.

6)''' – una situación de vulnerabilidad demográfica e indefensión social, al colocar al mercado como centro de la organización del bienestar.

El denominado nuevo paradigma de las relaciones de trabajo postmodernas, sustentando en la ideología neoliberal, cuya pureza teórica, radicaría, según señalan (ERMIDA, 2003, págs. 119-139) y (MURGAS, 2008, Págs. 321-349)''', en “la disolución de las relaciones laborales en individuales civiles o comerciales”, va consolidando parcialmente su pretensión, delineando un modelo de relaciones de trabajo, caracterizado por el descentramiento del trabajo, la segmentación de la mano de obra, la inestabilidad en el empleo, la individualización de las relaciones laborales y el abaratamiento del costo del trabajo.

Las características descritas integran la fisonomía del fenómeno denominado “nuevas contrataciones laborales”, cuyas premisas analíticas a considerar en su estudio, según apunta (REYNOSO, 2001, págs. 57-58), serían: el alcance y novedad de la expresión, su conexión con el proceso de flexibilidad laboral, el contraste entre la concepción tradicional del derecho de trabajo protector frente a la opuesta tesis denominada la “contrateoría”, encabezada por economistas, quienes ven en tal protección un elemento nocivo para la economía en su conjunto. El nuevo modelo económico presenta caracteres que se contraponen y – según sus defensores – pretenden superar, al modelo taylorista – fordista de producción, no obstante, (CASTILLO, 2009, pág. 8)'' subraya que aquél, al promover la libre competencia de los mercados, privilegió la eficacia económica sobre la solidaridad social, generó una situación compleja de desprotección, pobreza y creciente vulnerabilidad social.

Las relaciones laborales que se manifiestan a partir del fenómeno de la globalización económica, van encontrando formas nuevas en la esfera laboral que aprovechan cualquier factor para consolidarse, entre ellos las legislaciones laborales que con los vacíos o aspectos no previstos, por la escasa visión a futuro respecto al rumbo de las relaciones entre el capital y el trabajo, han traído como consecuencia condiciones cada vez más desventajosas para los trabajadores, aspectos que las regulaciones no han podido enfrentar, controlar o eliminar adecuadamente.

La tipología surgida de las nuevas formas contractuales, como expresión del fenómeno en estudio, contempla una variedad de acepciones y denominaciones que generan un evidente problema terminológico que se agudiza en la medida que la doctrina las utilizan indiscriminadamente e, incluso, pretende intercambiarlas unas con otras, detalle que adiciona otra dificultad a un problema complejo en sí mismo, y que, al decir de (RACCIATTI, 1997, pág. 136), citado por (PLA RODRIGUEZ, 2000, pág. 12)<sup>vi</sup>, “por un lado se utilizan múltiples expresiones para denominar al mismo objeto y, por otro lado, se asignan acepciones diferentes a la misma palabra”.

El reseñado pluralismo terminológico tipifica como modalidades de descentralización productiva o de externalización laboral, el trabajo en régimen de subcontratación, el contrato de suministro de mano de obra temporal, el contrato de teletrabajo, el outsourcing, la tercerización, la intermediación laboral, la contratación con empresas unipersonales, la contratación con cooperativas, el contrato de franquicia, el *Pay Rolling* y el *Staff Leasing*, y, como fruto de una combinación de varias de las modalidades mencionadas se alude al esquema laboral implementado por el régimen de las empresas multinacionales, el cual tendrá, en el desarrollo de esta investigación, un estudio

detallado, por constituir el motor principal del contexto económico globalizado de nuestro tiempo.

El catálogo expuesto requiere un grado de precisión conceptual que tienda a fijar el alcance y a determinar la configuración jurídica de cada una de las propuestas mencionadas, sin embargo, sin perjuicio de que aportemos algunas consideraciones generales de ellas, nuestro trabajo de investigación se circunscribirá, principalmente, al estudio de los efectos que se generan en las relaciones de trabajo, con la implementación de la externalización laboral o descentralización productiva que se lleva a cabo en el Trabajo en Régimen de Subcontratación, el Contrato de Suministro de Mano de Obra Temporal, el Contrato de Teletrabajo y el Régimen Laboral en las Empresas Multinacionales, las cuales, a nuestro juicio, integran la generalidad de los procesos derivados de las transformaciones que se han operado en la organización productiva, en el contexto del fenómeno de la globalización.

La doctrina especializada aborda la temática en cuestión, sosteniendo, unos, desde la perspectiva empresarial, argumentos a favor, basándose en las bondades y beneficios que conlleva la implementación de las nuevas formas de prestar el servicio, enfocados esencialmente en la estrategia de reducción de costos y mayor competitividad en el mercado; otros, destacando posiciones contrarias, desde la perspectiva del trabajador, señalan los efectos perniciosos de tales fórmulas organizativas del trabajo, enfatizando la precarización de la mano de obra externalizada y la desprotección laboral y de seguridad social de la que son víctimas, al sustraerlos del ámbito aplicativo y tutelador del derecho del trabajo.

Precisamente, la determinación de los efectos que produce la externalización laboral sobre las relaciones de trabajo, individuales y colectivas, constituye, según hemos planteado, la problemática a dilucidar en la presente investigación, confrontando unas y otras posiciones doctrinales y, a la vez, apoyándonos con el análisis dogmático jurídico de la doctrina y segmentos específicos de la normativa vigente en el Derecho Comparado, en especial, de las legislaciones donde los supuestos contractuales, objeto de este trabajo, han cobrado mayor auge y experiencias, tanto legislativa como jurisprudencial, como España, Uruguay y Colombia, entre otras.

Finalmente, elaboraremos una panorámica de la situación jurídica panameña, destacando las modalidades de externalización laboral o descentralización productiva, reguladas, directa o indirectamente, en nuestro ordenamiento jurídico laboral, describiendo sus características fundamentales y los efectos jurídicos que se producen en el marco de las relaciones individuales y colectivas de trabajo y, además, con ánimo propositivo, enunciaremos una gama de alternativas que tiendan a encauzar las novedosas expresiones socioeconómicas a la estructura del ordenamiento jurídico, sin vulnerar los derechos fundamentales derivados del derecho del trabajo.

De esta forma, sometemos la presente investigación al escrutinio de los sinodales correspondientes, con el convencimiento de haber contribuido al acervo de la producción jurídica nacional y, a la vez, aportado algunos lineamientos que incentiven el debate y la elaboración de estudios jurídicos de alto nivel científico que coadyuven al fortalecimiento de nuestras instituciones jurídico – laborales.

**CAPITULO PRIMERO**  
**EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN Y LA FLEXIBILIDAD**  
**LABORAL**

## SECCIÓN PRIMERA

### EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN Y LA FLEXIBILIDAD LABORAL

#### 1. EL FENÓMENO ECONÓMICO DE LA GLOBALIZACIÓN.

##### 1.1 Concepto y Precisión terminológica.

El Derecho del Trabajo representa el derecho del siglo XX, de ello dan cuenta los éxitos que han alcanzado diversas regiones y países del mundo, al configurar, durante esa centuria, esta importante disciplina en sus respectivos sistemas de relaciones laborales, disciplina que, en su momento, rompió las fórmulas tutelares del derecho privado que habían regulado las relaciones entre el capital y el trabajo, desprovistas de contenido axiológico y de las funciones sociales que garantizaran la protección de la persona que trabaja y a cualquier colectividad organizada, la convivencia pacífica y una cuota mínima de justicia social.

Con relación al fenómeno de la globalización, en los últimos tiempos, se ha elaborado una extraordinaria producción doctrinal, en torno a variados aspectos de su fisonomía, de naturaleza social, cultural, económica, política y jurídica, afectados por este término polisémico, difícil de definir. Este último aspecto, ha conducido a los especialistas, entre ellos a (CALDERÓN, 2006, págs. 1-12), a describirlo, como “proceso de globalización” o proceso histórico de transformación política, económica, institucional, cultural y jurídica, más que a definirlo, bajo fórmulas herméticas con pretensiones de abarcar toda su sustantividad.

El siglo XXI presenta transformaciones derivadas del proceso de globalización y un sector, en virtud ellas, propugna por la abolición o, en el mejor escenario, por la

modificación de los aspectos tradicionales o clásicos del derecho del trabajo, mientras que otros, en quehacer intelectual, se oponen a esa opción argumentativa y, en su lugar, asumen la defensa de los principios e instituciones del derecho del trabajo de corte tuitivo o protector.

Tales argumentos implican llevar a cabo un quehacer analítico que diferencie, con precisión, las transformaciones que la globalización acompaña, como la relación espacio – temporal, las innovaciones tecnológicas, la transnacionalización de los mercados en todas sus dimensiones, la diversificación de la producción, la modificación de las relaciones laborales, etc., generadas por un proceso, según hemos planteado, multifacético, de la gestión neoliberal del mismo y las consecuencias que produce.

El proceso de conceptualización de la globalización implica la contextualización de ésta, lo cual exige analizar, entre otras aristas, la relación de aquella con los acontecimientos políticos, sociales, económicos y culturales que se han escenificado, en especial, a finales de la centuria pasada como los que vienen ocurriendo a inicios de la actual. En ese sentido, en el escenario internacional, hemos asistido a la positivación de las Declaraciones de Derechos Humanos, a la consolidación del modelo económico capitalista neoliberal, las dos guerras mundiales, la bipolaridad político-ideológica mundial, el aumento sin precedentes de la brecha entre ricos y pobres, Norte y Sur, Primer mundo y Tercer mundo y a la depresión inestable de los países pobres, entre otros sucesos. En este contexto, caduca la polarización aludida, abriendo paso a la expansión y profundización de la economía capitalista y al predominio, sobretudo en la esfera económica, del neoliberalismo, como opción doctrinal hegemónica, dotada, según sus promotores, de verdad absoluta, prescindiendo de las medidas de ascenso social de la

población, en especial las clases medias y bajas, que constituyen “el enganche legitimador del capitalismo del bienestar” (FARIÑAS, 2011) con la clase trabajadora.

Se trata, según apunta (FARIÑAS, 2000), citado por (RIBOTTA, 2003), de una serie compleja de procesos históricos, de transformación económica, tecnológica, institucional y social, los cuales lejos de interpretaciones positivas de expectativas hacia sus efectos, implican – según advierte esta última autora – “que mientras más se globalizan las relaciones jurídico-económicas, más se “localizan” o se “fragmentan” las manifestaciones sociales, laborales y culturales, en las cuales aquéllas han de desarrollarse, produciendo además una relación desigual entre aquellas y éstas”.

Ahora bien, una cosa es el carácter descriptivo de determinados procesos y otra muy diferente el proyecto político que subyace al fundamentalismo neoliberal, entendido como criterio central al que todo debe subordinarse, planteamiento consustancial con la idea de la inevitabilidad de la globalización tal y como se desarrolla en la actualidad, o la de asumir sus consecuencias naturales fruto de un determinismo mecanicista, de allí que (SACHS, 2005, pág. 188), señale que:

“Los fundamentalistas del mercado consideran que el desarrollo es un concepto redundante. Éste se producirá como resultado natural del crecimiento económico, gracias al efecto de la filtración. Sin embargo, la teoría de la filtración sería totalmente inaceptable por motivos éticos, aun cuando funcionara en la práctica, cosa que – de hecho - no ocurre. En un mundo de pasmosas desigualdades es un disparate pretender que los ricos se hagan más ricos, para que así los desposeídos estén un poco menos desposeídos”.

En ese orden de ideas, (FEO ISTÚRIZ, 2002, pág. 888), reconociendo la existencia de variadas características del fenómeno de la globalización, destaca entre éstas “la imposición de un modelo de pensamiento y una forma de concebir al mundo, la sociedad,

la producción y distribución de bienes y las relaciones entre naciones, que se conoce como neoliberalismo y constituye el paradigma económico de nuestro tiempo”. Un sector doctrinal, (STIGLITZ, 2002), citado por (FEO ISTÚRIZ, 2002, Ídem), describe las atrofias del modelo, señalando, entre sus consecuencias, la pobreza y desempleo y, a la vez, destaca que la globalización representa “la aceptación del capitalismo triunfante norteamericano como única vía posible de progreso”. Finalmente, este autor, advierte del impacto que conlleva el fenómeno sobre el ambiente, la salud y la vida en general.

Resulta necesario, según plantea (SOUSA, 1998, págs.176-232) al abordar el aspecto gnoseológico del término globalización, atender a su dimensión social, en especial, a los fuertes desequilibrios que se producen en el mercado y los derechos humanos. La economía se globaliza y las instituciones democráticas que tutelan los derechos de las mayorías se ubican en un espacio subordinado y marginal; las instituciones globalizadas sustituyen el control democrático por la regulación opaca del comercio global. La (OIT, 2004<sup>a</sup>, pág. 4) ya ha hecho pronunciamientos al respecto, señalando que:

“las normas globales reflejan una falta de equilibrio. Las normas e instituciones económicas prevalecen sobre las normas e instituciones sociales; y las realidades globales están poniendo a prueba la eficacia de las propias normas e instituciones actuales. Se ha liberado el comercio de los productos manufacturados, mientras sigue el proteccionismo en el sector agrícola. Con demasiada frecuencia las políticas internacionales se aplican sin tener en cuenta las especificidades nacionales. El desequilibrio de las normas globales puede agudizar las desigualdades iniciales. En la actualidad, las normas que rigen el comercio mundial favorecen con frecuencia a los ricos y poderosos, y pueden perjudicar a los pobres y débiles, ya se trate de países, empresas o comunidades”

En efecto, las normas, políticas e instituciones de la globalización no son consecuencias del determinismo histórico económico mundializado, sino el resultado de

la correlación de fuerzas existentes, es decir, el hecho de que se privilegie en la pirámide normativa la tutela de los derechos objeto de regulación mercantil - y no los derechos humanos - no depende de ningún proceso inevitable, por el contrario, es fruto de la sacralización del mercado, eje central de la dinámica y fundamento neoliberal.

En otro orden de ideas, el concepto de globalización lleva ínsita la propuesta de lo que se ha denominado **“un recorte competencial de los Estados”**, concretado en la reducción de la autonomía en su capacidad decisoria y en la implantación de políticas económicas y sociales propias. Con relación a este tema, calificado por (RODRIGUEZ, s/f) como **“erosión del Estado-Nación”**, él afirma que entre los caracteres de la globalización tenemos aquél que **“limita la eficacia de los instrumentos políticos tradicionales, tanto en el plano macroeconómico (...) como en la política laboral y social”**. Con la movilidad de capitales, propia de la globalización, es posible la elusión de la iniciativa estatal y, además, coloca en cuestión la propia posibilidad de intervención de los Estados, ya que el mercado - según argumenta el autor citado - deja de regirse exclusivamente por normas internas, surgiendo una amplia zona de transacciones económicas que quedan sustraídas a la intervención de ningún Estado específico.

Para (ERMIDA, 2003. Pág. 120), la globalización implica la profundización y expansión de la economía capitalista y de sus postulados teóricos, tales como libre competencia, mercado, libre cambio, incremento de exportaciones y predominio del capital financiero. Este proceso - según este autor - genera, para trabajadores e interesados en la cuestión social, desinterés por el mercado interno, limitación al poder estatal para controlar las variables económicas y predominio de ideologías que no privilegian el factor trabajo. La globalización, en este contexto, a través de la empresa y

el gobierno, ubica su mercado externamente, pues su interés trasciende la esfera local, su campo de acción se encuentra, cada vez más, fuera de sus fronteras. Ello **erosiona el poder del Estado Nacional** y de toda estructura limitada por las fronteras nacionales y contribuye a que el poder político sea cada vez menos autónomo y que, en general, los **contrapesos nacionales** pierdan su eficacia, entre ellos, el Derecho del Trabajo y la Acción Sindical. Todo esto legitimado por una ideología, la neoliberal, que tiende a privilegiar el capital sobre el trabajo. En la globalización, en suma:

- a. La competitividad de la empresa en el mercado global es el bien supremo;
- b. Los intereses individuales son más valorizados que antes;
- c. Los intereses colectivos comienzan a perder prestigio;
- d. La solidaridad pasa de moda;
- e. El egoísmo tiende a ser considerado un motor de progreso;
- f. La eficacia comercial justifica los medios;
- g. El Estado de Bienestar ya no es considerado como necesario.
- h. El Derecho Laboral y la Acción Sindical pueden ahora ser vistos como obstáculos a la libre empresa;
- i. Las nuevas tecnologías siguen sustituyendo la mano de obra;
- j. Los trabajadores van siendo menos necesarios y disminuye su peso en la economía y en la política;
- k. El empleador fracasa en su función social de generar empleo.

El autor recuerda, con relación a este último punto, que la denominación de empleador, que identifica a la parte empresaria en las relaciones de trabajo, quiere decir

**el que da empleo, el que emplea a otro, o sea dador de trabajo**, aspecto que, según nuestro punto de vista, ha representado una fuente de tensión en el análisis de los propósitos que informan el proceso globalizador, al figurar entre éstos, la generación efectiva de plazas de trabajo, variable que se contrapone, por un lado, desde la perspectiva cuantitativa, a la real cantidad de empleos que se han derivados de la implementación del modelo y, por el otro, desde la perspectiva cualitativa, la clase o calidad de plazas generadas, considerando, en su configuración, indicadores como el salario, la jornada de trabajo, las condiciones de trabajo y la seguridad social, entre otros.

Los planteamientos doctrinales expuestos nos permiten elaborar una aproximación conceptual en torno a la incidencia del proceso globalizador sobre la erosionada capacidad decisoria estatal. La globalización genera una ruptura en la concepción monista del derecho, ya que el Estado deja de ser protagonista central de la producción legislativa, consolidándose el pluralismo jurídico global supraestatal, formal e informal, sustentado en las instituciones y agentes económicos dominantes. Tal perspectiva conlleva el desplazamiento del Derecho estatal construido en torno a la nación, para cederle paso al Derecho Comercial global, condicionado por las relaciones de poder entre Estados y sectores dominantes.

### 1.2 Multidimensionalidad del proceso globalizador.

La globalización constituye un fenómeno, **de dimensión omnicomprendiva** y poliédrico, cuya conceptualización ha sido extremadamente compleja, en función de los factores que han incidido en su origen, evolución y desarrollo; no obstante, pese a expresar una aproximación interdisciplinar, se han destacado los puntos de vista económico y jurídico,

para determinar su alcance. La dimensión omnicomprendiva se manifiesta en las diversas visiones o campos sobre los cuales ha ejercido su influencia dicho fenómeno. En tal sentido, (GARCÍA, 2003, pág. 15), enuncia las siguientes:

- a. Los intercambios comerciales, esto es, el volumen del comercio internacional, de las transacciones con el exterior.
- b. Los flujos de capital.
- c. Los mercados de trabajo.
- d. El campo cultural.

La **primera dimensión** - agrega el autor citado - viene signada por la creciente importancia de las transacciones comerciales, medida en particular por el volumen de las exportaciones, indicador éste que por sí mismo no puede explicar la “novedad” del proceso globalizador actual. **La segunda** se concreta por grandes movimientos de capital a muy corto plazo, caracterizada, según JOVANE, citado por (MURGAS, 2008, pág. 322), por “una notable aceleración de los flujos financieros internacionales de capital, que se caracteriza por la preeminencia de los capitales golondrina, la pérdida de la capacidad de regulación de los gobiernos y los movimientos hacia turbulencias”. **La tercera dimensión** hace referencia, fundamentalmente, a los efectos de la apertura comercial sobre el nivel de empleo y los cambios tecnológicos; en el discurso neoglobalizador los mercados de trabajo juegan un papel clave para la convergencia entre países, asentado en la libre movilidad de trabajadores y la flexibilidad salarial. Sobre el particular, (MURGAS, 2008, *Ibidem*) señala que “el mercado de trabajo se encuentra sometido, en consecuencia, a cambios que implican términos de referencia distintos para sus protagonistas y que, al mismo tiempo, conducen al surgimiento de nuevas formas de

reglamentación”. Por último, **la dimensión cultural** plantea la absorción de pautas de consumo impuestas por la dinámica y una propaganda al uso que exige su cumplimiento, situación generada por la expansión comercial, los procesos de fusión de empresas y la extensión de multinacionales.

(**STEGER**, 2003:13), citado por(**ATIENZA**, 2010, pág. 269), sigue esa orientación teórica, conceptualizando la globalización, enmarcada en una noción amplia, como:

“un conjunto multidimensional de procesos sociales que crea, multiplica, despliega e intensifica intercambios e interdependencias sociales en el nivel mundial, a la vez que crea en las personas una conciencia creciente de conexión cada vez mayor entre lo local y lo distante”

El autor citado califica a la globalización como una tendencia hacia una creciente **interconexión e interdependencia** del conjunto de países y sociedades del mundo, configurando un proceso cuyo motor es el comercio internacional y los flujos de capitales y que incorpora también aspectos de índole social, cultural y tecnológica.

Respecto a la globalización, se ha señalado (YIP, 1997, pág. xiii), **desde la perspectiva empresarial**, entre otros argumentos, que se trata de “**una estrategia comercial**”, mediante la cual se manejan “los negocios multinacionales en una forma mundialmente integrada”, con el objetivo de obtener una ventaja competitiva internacional; no se trata, según este autor, de “operar en países extranjeros adaptando su estrategia comercial básica a ambientes internacionales”, por el contrario, se requiere “una estrategia total que incluya un componente de globalización (...) y esa estrategia se encamina a manejar los

negocios multinacionales en una forma mundialmente integrada, no como una federación de sucursales flojamente entrelazadas”.

Con relación a esta perspectiva, (ALFONSO, 2004), asevera que se coloca a la **competitividad** en el epicentro de la estrategia empresarial, exigencia que se fundamenta en “la mayor facilidad de comerciar internacionalmente, la mayor comunicación de mercado, la mayor facilidad de circulación de capitales y consiguiente crecimiento de las operaciones especulativas”. Todo esto “fomenta una mayor facilidad de deslocalización empresarial y de transferencia de capitales, inversiones y en definitiva de la producción hacia zonas geográficas que mejoren las posibilidades de reducción de costes de producción (y de trabajo) que ofrezcan”.

Los argumentos expuestos son concluyentes: la globalización conlleva nuevas exigencias a los actores del mercado, enfatizando la **competitividad entre países y regiones**, los cuales colocan a los países pobres en la disyuntiva de optar por ofrecer, como elemento de competencia, una mano de obra barata o de menor costo.

(ITURRASPE, 1998), citado por (MURGAS, 2008, pág.325), respecto a la competitividad, argumenta que nuestros países o muchos de ellos, en lugar de fundar su competitividad en la incorporación sistemática del progreso científico y tecnológico, la sustenten en la **sobreexplotación de los recursos humanos**, con la caída de los salarios reales, la precarización de las condiciones de trabajo y la marginalización de sectores mayoritarios de la población”.

(HERNANDEZ ALVAREZ, 1996), citado por (MURGAS, 2008, Ídem), concibe a la globalización como una especie de “mitología social y económica”, por la forma “absoluta y hasta dogmática” en que suele postularse.

(DE LA DEHESA, 2000, pág. 17), define la globalización como:

“el proceso dinámico de creciente libertad e integración mundial de los mercados de trabajo, bienes, servicios, tecnología y capitales”

**El Diccionario de la Real Academia Española** lo define como:

“la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”

**El Fondo Monetario Internacional (FMI)**, define el fenómeno como:

“una interdependencia económica creciente del conjunto de los países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al tiempo que la difusión acelerada de generalizada tecnología”

(ATIENZA, 2010, pág. 270), considera que la globalización puede ser descrita como:

“la tendencia hacia una creciente interconexión e interdependencia del conjunto de países y sociedades del mundo”.

Se trataría – de acuerdo a este autor – de un proceso movido por el comercio internacional y los flujos de capitales y que incorpora también aspectos de índole social, cultural y, por supuesto, tecnológica.

**La UNESCO** prefiere utilizar el término “mundialización” el cual concibe como:

“la interdependencia planetaria, impuesta por la apertura de las fronteras económicas y financieras, bajo la presión de las teorías librecambistas

fortalecidas por el dismantelamiento del bloque soviético o instrumentalizada por las nuevas tecnologías de la información. La globalización se presenta como un fenómeno polivalente o multidimensional, aunque fundamentalmente económico, invade la cultura, la sociedad y la ideología”

La CEPAL, por su lado, argumenta que la globalización, en términos económicos:

“es el proceso mediante el cual la mayor parte de la riqueza y el valor se produce a través de redes privadas interconectadas, de producción y abastecimiento”.

Desde una **perspectiva jurídica general**, la globalización para el jurista, plantea “la imperiosa necesidad de superar el paradigma de lo nacional para interesarse en los procesos internacionales, conocer la legislación y las prácticas jurídicas de los demás Estados”(HERRERA & MOLINA, 2007, pág. 9) .

La exigencia de proyectar globalmente la esfera jurídica, implícita en la noción transcrita, no se ha consolidado, según (ATIENZA, 2010, págs. 270-273), puesto que el fenómeno de la globalización ha operado en diversas esferas de la vida social, sin embargo, **no ha alcanzado el aspecto jurídico** que – según él – se ha mantenido en el terreno puramente doméstico, regulándose en éste la mayoría de las acciones y actividades de la población y entidades que habitan el planeta globalizado. Agrega, que la globalización económica ha incrementado la riqueza del mundo, **pero a costa de ahondar desigualdades** entre los países y los individuos y de producir una degradación del medio ambiente: Es un **derecho no democrático**; la pérdida de soberanía de los Estados ha supuesto un retroceso de la democracia.

El derecho – desde tal perspectiva – adopta **una visión esencialmente estatal** y el sentido clásico de la expresión internacional, fungiendo, en este caso, los Estados como protagonistas. Esta limitada cosmovisión obliga a reformular nuestra proyección del fenómeno hacia la juridicidad derivada de instancias informales, a fin de descartar la idea de que la globalización sólo es compatible con la privatización del derecho, lo cual supone privilegiar la contratación particular, con la participación decisiva, en este contexto, de las grandes **empresas multinacionales**, cuyo accionar genera **una creciente pérdida de soberanía por parte de los Estados**, producto del avance del derecho supranacional y transnacional.

Adicionalmente, el distinguido autor, analiza **la posición que los juristas deben asumir**, o asumen, en torno al proceso de globalización. Frente a éste, los juristas han reaccionado de diversas formas, dependiendo de su inclinación ideológica o política. Los de **tendencia de derecha** exhiben posturas jurídicas favorables a la globalización. Esto encuentra su explicación en el triunfo aparente de la ideología liberal. Para **HAYEK**, importante exponente de esta opción doctrinal, citado por (BELTRAN, 1976, págs. 371-378), “el Estado regulacionista es una fuente de problemas. Sólo el mercado puede realizar de manera adecuada la asignación de recursos, pues ninguna persona o conjunto de personas podría lograr el conocimiento perfecto de todas las circunstancias que están actuando en el mercado a cada momento”. Adicionalmente, **HAYEK**, citado por (ATIENZA, 2010, pág. 273), sostiene que el derecho debe tener la misión de mantener ese orden espontáneo y que la globalización “significa esencialmente la subordinación de la política al mercado, de la ley al contrato, lo cual se plasma en el ideal de la

desregulación, entendida ésta no como ausencia de regulación, sino como la aplicación de un determinado tipo de ella. Una economía globalizada significa libre de ataduras, menos reglamentada por normas jurídicas estatales o internacionales”. Destaca (ATIENZA, 2010, Ídem) que para HAYEK “la justicia social es uno de los mayores peligros que acechan a la cultura occidental, un prejuicio de carácter tribal, carente de cualquier respaldo racional o moral”

Resulta evidente que para la corriente neoliberal mencionada es fundamental la **legitimación de los mercados liberalizados**. Conciben el trabajo como una mercancía más, que está sujeta a las oscilaciones de la oferta y la demanda y cuyo equilibrio determina un justo salario y evita el desempleo. Atacan las supuestas rigideces del mercado derivadas de la regulación excesiva e inadecuada, lo que produce, a su juicio, el incremento del desempleo, cuya solución se encuentra en **la flexibilización del trabajo**. La actual etapa de la globalización se presenta – según esta corriente – como ideal y justificante de la liberalización de los mercados laborales. **Desde una postura de izquierda**, el fenómeno de la globalización se ve con escepticismo: la liberalización de la economía – la desregulación – ha ido acompañada de la falta de medidas de garantía hacia los derechos humanos, en especial, hacia los derechos sociales.

CAPELLA, citado por (ATIENZA, 2010, pág. 274) señala, por su parte, que quien realmente gobierna sobre el mundo globalizado es una tecnocracia empresarial, militar y política, ideas que expresa en los siguientes términos:

“Las instituciones democráticas se someten y subordinan a este nuevo poder imperial del conglomerado militar – industrial; de las grandes multinacionales; de los expertos en el manejo de los capitales financieros, en la administración

de las grandes industrias, en la creación de la opinión pública, en el ajuste económico, político y militar (...) los derechos sociales se desvanecen...”

**Desde una perspectiva jurídica - laboral, (ALFONSO, 2004, pág. 5-6), caracteriza el fenómeno de la globalización destacando las demandas empresariales, respaldadas por sectores sociales, económicos y políticos, reivindicativas de:**

“(...) espacios de libre decisión empresarial. Se critica el nivel tuitivo alcanzado por el ordenamiento laboral que se califica de excesivo y se le acusa de toda suerte de rigideces y de inadecuación a la actual situación productiva y de las relaciones laborales”.

El autor puntualiza que se defienden los siguientes postulados:

- La apertura de mayores espacios a la autonomía individual que se considera excesivamente cercenada por la norma legal y la autonomía colectiva.
- La exigencia de un derecho del Trabajo flexible, amoldable a cada realidad concreta, pero a su vez diferenciado internacionalmente.
- La defensa de la empresa – unidad empresarial – como marco regulador esencial de las condiciones de trabajo.

Las **demandas empresariales** se sustentan, entre otras razones, según este autor, en las exigencias de la globalización por ubicar a la competitividad como el epicentro de la estrategia empresarial, fundamentándose éstas últimas en:

“la mayor facilidad de comerciar internacionalmente, la mayor comunicación de mercado, la mayor facilidad de circulación de capitales y consiguiente crecimiento de las operaciones especulativas”. Todo esto “fomenta una mayor facilidad de deslocalización empresarial y de transferencia de capitales, inversiones y en definitiva de la producción hacia zonas geográficas que mejore posibilidades de reducción de costes de producción”.

**La globalización, dentro de este contexto, se proyecta en dos direcciones:**

- a. Apunta, en primer término, hacia **las legislaciones laborales avanzadas**, a las cuales se le exige **reducir los niveles tuitivos** en función de lograr o, por lo menos, no perder competitividad internacional;
- b. Por otro lado, respecto a **las legislaciones laborales menos avanzadas** operan similares argumentos, no obstante, el propósito es distinto: **detener el progreso de la normativa laboral**, ya que perdería competitividad al encarecer los costos laborales.

**BAYLOS GRAU**, citado por este autor (ALFONSO, 2004, Ídem), sostiene que la competitividad no es el elemento determinante sino “(...) lo que está en cuestión (...) son los poderes empresariales y la rentabilidad del capital”, destaca que la globalización que se nos presenta “encierra una **construcción ideológica**, una manera de regular cultural e ideológicamente las relaciones entre el capital y el trabajo, en una economía mundializada”.

Otra razón se hace radicar en **los nuevos procesos productivos**; en tal sentido, se alega que:

“si el mercado es inestable, no pueden predicarse políticas laborales de estabilidad. Si el mercado evoluciona con rapidez tienen que eliminarse cualquier tipo de obstáculos que dificulten una rápida respuesta a las exigencias del mercado”.

Adicionalmente, plantea la nueva realidad de la clase obrera, la cual, desde su óptica, no necesita “los niveles tuitivos presentes”, pues ella (la clase obrera) se caracteriza:

“por su fragmentación en numerosos colectivos con intereses diferenciados (...) que tienen suficiente poder contractual para negociar en términos equilibrados con el empresario sin necesitar un marco legal o convencional tuitivo (...) que las normas homogéneas se acomodan mal con nuevas formas de trabajo (por ejemplo el teletrabajo)”

Frente a este razonamiento el autor cuestiona y argumenta que “las diferencias entre los trabajadores proceden de los fenómenos de precarización – en su más amplio sentido – del trabajo”, de quienes carecen de poder contractual y, en consecuencia, requieren más de lo colectivo. Con relación al **incremento de la autonomía individual** se aduce que ella redundaría en el fortalecimiento de los poderes empresariales y, por ende, de la unilateralidad, generada por una mayor contractualidad.

(MOLINA, 2005, Pág. 2)<sup>vii</sup>, desde el enfoque jurídico – laboral, concluye que “en el **actual proceso de globalización o mundialización** del comercio internacional hay quienes pretenden deliberada o inconscientemente, arguyendo razones de competencia mercantil, un regreso a la regulación del trabajo inscrita en marcos comerciales o civiles”, de allí que sea fundamental y, además, demanda insistentemente ser recordada, la concepción humanista del trabajo, inmersa en la misma génesis de la OIT y que constituye la esencia del actual movimiento universal pro defensa de los derechos humanos.

(ERMIDA, 2011), sostiene que el proceso globalizador, entrafía, para los trabajadores, por lo menos tres dramas: el relativo al desinterés por el mercado interno, la limitación del poder estatal para gobernar las variables económicas y el predominio de ideologías que no privilegian el factor trabajo. Antes de la globalización prevalecía, en el sistema económico, el modelo de sustitución de importaciones, garantizándosele a la población y a los trabajadores su poder adquisitivo, en su calidad de destinatarios de la producción; distinto ocurre con el sistema de economía globalizada, en el cual los intereses neoliberales pretermiten la protección al poder adquisitivo de su población,

debido a la transmutación de su mercado hacia lo externo, que antes se ubicaba en el ámbito local. Se asiste, en virtud de la dinámica del capital y de las comunicaciones, al distanciamiento de toda estructura que limite, a las fronteras nacionales, el ejercicio del poder, incluyendo al Estado, sustrayéndole al poder político dosis importantes de su autonomía y, en consecuencia, reduciendo el grado de eficacia a las fórmulas de contrapeso nacionales, contándose el Derecho del Trabajo y la actividad sindical, entre sus expresiones más destacadas.

Para **(HERRERA, PASCO, *et al*, 2007, pág. 9)**, la globalización en la disciplina laboral:

“conlleva la problemática de la armonización legislativa entre los diversos sistemas jurídicos (...) la situación del trabajo formal y el informal, los procesos migratorios y la consecuente legalización de las fuerzas de trabajo, así como la frecuente búsqueda de la equidad y la justicia laboral”.

**(MURGAS, 2008, pág. 330)**, caracteriza la globalización precisando y, a la vez, cuestionando, algunos de sus objetivos principales. Así, asevera que tanto las objeciones dirigidas al Derecho del Trabajo como a la Seguridad Social responden a un mismo enfoque ideológico, cuyo propósito radica en “desmerecer los sistemas sociales de protección del trabajo y sacrificar la solidaridad social”. Asistimos – agrega el maestro – a los intentos sostenidos de eludir la aplicación de la legislación laboral o trasladar la condición de empleador a otras personas o empresas (intermediarios, contratistas, subcontratistas, empresas de trabajo personal), ocasionando la desprotección total o la disminución de los niveles de protección.

A nuestro juicio, el proceso de globalización presenta diversos matices conceptuales: se trata de un proceso fundamentalmente de naturaleza económica, caracterizado por el incremento del comercio internacional y el desarrollo de las ciencias de la comunicación y de la información, cuya íntima esencia radica en la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos de libre competencia, mercado, libre cambio, incremento de exportaciones y otros. Sus efectos se proyectan en todas las esferas de la sociedad y, en especial, en la organización productiva empresarial, generando nuevas formas de relaciones de trabajos, transformando el esquema tradicional de la normativa laboral y sometiendo la iniciativa estatal a condicionamientos externos.

### **1.3 Origen y Evolución del Proceso de Globalización.**

#### **1.3.1 Origen.**

Con relación al origen del proceso de globalización debemos considerar dos aspectos fundamentalmente: por un lado, el momento específico y, por el otro, la causa o causas que lo generó. La polémica se ha suscitado en ambos. La controversia relativa al tiempo cuando surgió, se debate, entre otros detalles, en la determinación de si es o no un hecho reciente o si, por el contrario, se trata de un acontecimiento más antiguo de lo que se cree o piensa.

Los apuntes históricos refieren que de la internacionalización de la economía o de la economía mundo se venía hablando desde la instauración de los imperios coloniales en el siglo XVI (español y portugués en primer término), “como consecuencia del

descubrimiento, conquista y colonización del Nuevo Mundo”, fenómeno que se acentuó con la Revolución Industrial.

Se afirma y es común aceptarlo que la globalización es un fenómeno de reciente data, no obstante, según refiere (DE LA DEHESA, 2000, pág. 48), en la Edad Moderna se han escenificado dos distintas manifestaciones globalizadoras: la primera ocurrió aproximadamente entre 1870 y 1914 y, la segunda, la actual, aconteció en los años 50, fortaleciéndose en los años 70 del siglo XX.

(FEO ISTÚRIZ, 2002, pág. 888), con relación a este tema, sostiene que la globalización no es un fenómeno nuevo, el cual fue descrito por (MARX y ENGELS, 1848), cuando previeron la mundialización del capitalismo, señalando que una de sus características básicas era **la conversión de la dignidad personal en un simple valor de cambio**, y la sustitución de numerosas libertades y derechos por la única y desalmada libertad de comercio.

(SONNTAG, 1997), citado por (FEO ISTÚRIZ, 2002, Ídem), al respecto, de manera crítica, argumenta que muchos sectores, entre ellos analistas políticos y sociales, hablan de la globalización como si se tratara de un fenómeno totalmente nuevo, planteamiento reforzado porque el pensamiento único se ha impuesto como ideología dominante. Este autor concluye que lo que ha ocurrido con el proceso de globalización es que fue re-descubierto, re-bautizado y desvestido de su carácter evolutivo.

La génesis del proceso, se relaciona con los efectos inmediatos de la primera revolución industrial, esto es, la expansión del sistema productivo de los países

industrializados europeos, ocurrida **a finales del siglo XIX**, excediendo con ello la capacidad del mercado local y dando paso al comercio transfronterizo.

### 1.3.2 Evolución.

La globalización se ha concebido como un proceso evolutivo, casi natural, derivado de las grandes transformaciones tecnológicas en el campo de la informática y las telecomunicaciones y como un proceso de mundialización de la economía y expansión planetaria del capital transnacional. Dispar es han sido los planteamientos que, en orden de la historicidad, ha experimentado el proceso globalizador. Algunos sitúan sus inicios en épocas remotas, otros la hacen coincidir con el periodo del mercantilismo, no obstante, la mayoría adopta la tesis de **la difusión del maquinismo en larga escala**, como el punto de partida de la revolución industrial y, en consecuencia, del proceso de globalización.

#### 1.3.2.1 Primera Globalización.

La Revolución Industrial, considerada como **la primera globalización del comercio** se da en la era moderna y se ubica normalmente a fines del siglo XVII. No obstante, es en el último tercio del siglo XIX, en especial, en 1896, se incrementa la capacidad productiva y con ello la saturación de los mercados nacionales de los países industrializados, facilitada por el desarrollo de los sistemas ferroviarios y marítimos.

Esta etapa viene caracterizada como aquella en la que prevalece la acumulación de capitales para invertir y, en consecuencia, lograr el crecimiento de la industria, mediante la reducción de costos salariales, viable esto por la existencia de una oferta de mano de obra abundante y desorganizada y la inexistencia de derechos en la esfera laboral, aspectos que para los sectores beneficiados representaba un elemento valioso de

competitividad comercial internacional. Frente al escenario descrito se alzaron voces que clamaron por la humanización del trabajo por la vía de normas protectoras, en virtud de la precariedad de las condiciones de trabajo (MOLINA, 2005, pág. 13).

**La Iglesia Católica**, alarmada por la situación miserable por la que atravesaban muchos trabajadores del mundo envió su mensaje, primero, a través de la Encíclica del Papa León XIII, dada en Roma el 15 de mayo de 1891, conocida con el nombre de *Rerum Novarum*<sup>viii</sup>, clamando por justicia en las relaciones obrero-patronales y, posteriormente, mediante la Encíclica *Cuadragesimo Anno*<sup>ix</sup>, elaborada por el Papa Pío XI, en 1931. La esencia de la Doctrina Social de la Iglesia Católica, condensada en la crítica al contexto social de aquella primera globalización, promovía el respeto a la dignidad humana y significó un serio cuestionamiento a las doctrinas liberales y los regímenes que produjo, capitalismo e imperialismo (DE LA CUEVA, 1969, págs. 81-82).

(MOLINA, 2005, pág. 14) aporta algunas conclusiones de esta primera fase de la globalización: en ella – señala – “prevalcieron más los intereses comerciales o políticos, sobretudo de las grandes potencias industriales de entonces, que concebían el trabajo humano como un elemento sujeto a las leyes de la oferta y de la demanda, en buena parte, arraigados en la concepción privatista del arrendamiento de servicios”. La primera guerra mundial marcó el término de la primera globalización.

#### **1.3.2.2 Segunda Globalización.**

La segunda fase de la mundialización de la economía se ha ubicado cronológicamente a mediados del siglo XX, no obstante, su mayor desarrollo se percibe durante la década de los años ochenta. La doctrina especializada caracteriza esta etapa

resaltando la erosión del Estado de Bienestar, un notorio aumento del desempleo, la intervención estatal es calificada de excesiva, burocrática y generadora de inflación y bajo crecimiento económico.

El fenómeno se sustenta ideológicamente en el denominado neoliberalismo, de allí que se promueva el funcionamiento libre del mercado y la eliminación de las barreras a la libre competencia, consustanciales con la existencia de los Estados Nacionales. Esta fase resalta la competitividad en el mercado global como el valor fundamental e, inclusive, subordinado a cualquier otro, posición criticada, entre otros, por la Doctrina Social de la Iglesia Católica<sup>x</sup>, por minusvaloración del hombre trabajador, en favor de la técnica.

Las características principales de esta segunda globalización son resumidas<sup>xi</sup>, en los siguientes aspectos: amplitud y profundidad del actual proceso globalizador, crisis del Estado Nacional y la erosión de su poder normativo y de injerencia en el mercado, el protagonismo de las empresas multinacionales, institucionalización del proceso, un mayor volumen de países subdesarrollados implicados en el proceso y el avance de la informática y las comunicaciones.

JAVILLIER, Jean Claude, citado por (MOLINA, 2005, pág. 25)<sup>xii</sup>, hace alusión al retorno de viejas polémicas escenificadas durante la aparición del derecho del trabajo, cuyos argumentos en contra de la intervención del Estado, guardan extraordinaria similitud con los invocados en la actualidad a favor de la desreglamentación o flexibilización de las normas de trabajo. En tanto un sector –señala este autor – acusa al otro de querer destruir una protección social duramente conquistada desde el siglo XIX, por los trabajadores; otros señalan que tal tutela perjudica a quienes deberían de

beneficiarse de ella, porque provoca una pérdida de competitividad y la consiguiente pérdida de empleos.

### **1.3.2.3 Organización Científica del Trabajo.**

La segunda revolución industrial trajo aparejada una nueva visión de la organización del proceso productivo, privilegiando la implantación de un modelo de fábrica concretizado en el sistema llevado a la práctica en 1909, por Henry Ford, denominado “Organización Científica del Trabajo”, quien introdujo, en 1913, la fórmula de producción denominada “línea de montaje”. Se le atribuye a Frederick Taylor la elaboración de un sistema racional del trabajo, con el objetivo de aumentar la productividad, mayor rentabilidad, regularidad en el trabajo asalariado y evitar el control que el trabajador podía tener en los tiempos de producción.

El nuevo método de producción fue denominado Taylorismo e implicaba la aplicación de métodos científicos, de orientación positivista y mecanicista, al estudio de las relaciones de trabajo y a las técnicas modernas de producción industrial. Taylor introdujo los conceptos de “justo salario” para un “justo trabajo”. Éste sería determinado por un estudio científico de los movimientos de trabajadores que indicaba el método de producir en el menor tiempo posible.

Taylor pretendió, con su propuesta, eliminar los movimientos innecesarios de los trabajadores, con el propósito de aprovechar, al máximo, el potencial productivo de la industria. El modelo fijaba el tiempo necesario para cada tarea y se sustentaba en la división del trabajo en dirección y trabajadores, fragmentación de tareas complejas en

otras simples, y la determinación del justo salario de acuerdo al rendimiento del trabajador.

El método taylorista requería que el obrero realizara en la fábrica una mínima tarea, dentro del proceso productivo, la cual se repetía permanentemente, en tiempos precisos y definidos, aspecto que produjo el automatismo del trabajador, la anulación del hombre y un rápido deterioro de su existencia, ya que una vez superaran la edad de plena actividad muscular eran inmediatamente reemplazados.

Otra característica relevante de ese método fue la estrecha y continua supervisión a la que estaban sujetos los obreros, por parte de los mandos medios y superiores, surgiendo así, con gran intensidad, la idea del poder disciplinario del empleador, cuya cara era el deber de obediencia, elementos puntuales de la subordinación.

La organización del proceso productivo, aplicando el método taylorista, se caracterizó por introducir diversos controles, tanto en el rendimiento del obrero como del tiempo en la planta, condicionados a las necesidades del mercado. Produjo la reducción de los costos, la eliminación del trabajo artesanal y la reorganización científica del trabajo, no obstante, generó una disconformidad creciente de los trabajadores, lo que posteriormente contribuye al nacimiento del sindicalismo.

Modernamente ha surgido el taylorismo digital, el cual, según (BROWN, LAUDER Y ASHTON, 2011)<sup>11</sup> consiste en la organización laboral del llamado trabajo de conocimiento, propio de la revolución informática o tercera revolución industrial que es sometido al mismo proceso de gestión de organización científica que en su día sufrieron

los trabajos artesanales por el taylorismo. Las tareas informáticas son sometidas al mismo destino que las artesanales: son codificadas y digitalizadas, logrando que la capacidad humana de decisión y juicio se sustituya por programas automáticos con protocolos de decisión informatizados – automatizados. Debido a la facilidad de deslocalización y movilidad técnica de los procesos, los empleos son fáciles de exportar, cambiar y sustituir.

La relación de trabajo durante la vigencia de este método estuvo caracterizada por la **prestación de servicios en la fábrica, preferencia por el contrato de trabajo indefinido, salario fijo, la subordinación intensa y el trabajo en tiempos predeterminados**. En materia de relaciones colectivas se impulsó el sindicalismo como reacción al industrialismo, lo que ha motivado a un sector de la doctrina a señalar que “Taylorismo/Fordismo y Sindicalismo fueron como hermanos que se odian: la presencia del uno fue la condición del otro” (RICCIARDI, 1994)<sup>xiv</sup>, citado por (RASO, 2000, pág. 17) y que los modelos de producción mencionados provocaron sin quererlo, el desarrollo y el éxito del movimiento sindical. Este autor señala que frente al poder del empresario y la hostilidad del Estado, los trabajadores se unieron en categorías y territorios, para dar un efecto multiplicador a sus fuerzas. La fábrica, las categorías, los tiempos de trabajo predeterminados, los salarios fijos, todo ayudó a formar esa conciencia común, fortalecida por el efecto nivelador e igualitario del taylorismo<sup>xv</sup>.

#### **1.3.2.4 El Modelo de Producción Fordista.**

El modelo de producción fordista nace en el siglo XX, y aunque comparte notas similares al taylorismo, la distinción básica de ambos radica en que la promoción de la

especialización, la transformación del esquema industrial y la reducción de costos, no se pretende lograr, en el fordismo, a expensas del trabajador, sino se trata de la elaboración y práctica de una estrategia de expansión del mercado.

Se plantea la existencia de una mano de obra más calificada que el proletariado de la industrialización. El modelo excluye el control de tiempo de producción por parte de los trabajadores. Se trataba de sumar la producción en cadena a la producción de mercancías, lo que significó las transformaciones sociales y culturales que podemos resumir en **la idea de cultura de masas**. Se habla entonces de la creación de automóviles en serie, aumento de la división del trabajo, profundización de los tiempos productivos del obrero, cuya vinculación ahora está determinada por las variables tiempo/ejecución, reducción de costos y aumento de circulación de mercancías, políticas de consenso entre obreros organizados y capitalistas y la producción en serie.

Por influencia del pensamiento keynesiano el fordismo generó acuerdos sociales que permitieron un mayor nivel en la calidad de vida de la población. En ese sentido, se introdujeron mecanismos que incentivaron la intervención del Estado en la economía, redistribuyendo parte de las ganancias y promoviendo el modelo de sustitución de exportaciones.

#### **1.3.2.5 Crisis y ruptura del paradigma Taylorista – Fordista.**

El modelo dio muestras de agotamiento estructural en la década de los setenta y las miradas se fijaron en el modelo japonés de producción, que potenció a Japón de nación subdesarrollada a potencia mundial en sólo décadas. La crisis del mercado del petróleo de 1973 propició la caída del estado de bienestar que lo hará mundialmente efectivo ocho

años más tarde con el proyecto neoliberal de alcance global liderado por Inglaterra y los Estados Unidos de América.

La crisis del taylorismo – fordismo dio paso al modelo post-fordista, caracterizado por la introducción de nuevas tecnologías de la información, surgimiento de los servicios y trabajadores de cuello blanco, la feminización de la fuerza de trabajo, la globalización de los mercados financieros.

#### 1.3.2.6 Modelo Toyotista de producción.

El nuevo paradigma lo constituyó, en su momento, el modelo japonés de producción denominado Toyotismo, cuyos rasgos sobresalientes son los siguientes: flexibilidad laboral y alta rotación en los puestos de trabajo, estímulos sociales a través de fomento del trabajo en equipo y la identificación transclase entre jefe y subalterno, la aplicación del sistema “Just in time” que permite la circulación de la mercancía de acuerdo a la demanda, prescindiendo de la bodega y sus altos costos por concepto de almacenaje, reducción de costos de planta, lo que permite traspasar esa baja al consumidor y aumentar progresivamente el consumo en las distintas clases sociales.

## 2. LA FLEXIBILIDAD LABORAL.

### 2.1 Concepto y Origen de la flexibilidad Laboral.

En primera instancia, precisa señalar que existe un amplio consenso acerca del enfoque polisémico del concepto “**flexibilidad laboral**”, el cual presenta variados matices que han dificultado la reducción analítica de la complejidad de este término, prestándose el mismo para ser poblado de diversos contenidos. El carácter poliédrico del concepto se refleja en la necesaria distinción que debe hacerse de algunas voces ligadas a

su estructura cognitiva. Por ejemplo, la noción de desregulación, la cual asimilamos a la tendencia reciente de eliminar del ámbito de aplicación del derecho del trabajo determinadas instituciones o relaciones jurídicas, en especial, aquellas de esencia tutelar del factor trabajo. Ésta última de sustentarse algún nivel de sinonimia o equivalencia semántica con la flexibilidad, implicaría adscribirla a su versión más radical, cuyo objetivo ya no sería la adecuación sino más bien la proscripción del derecho del trabajo.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la flexibilidad como:

“calidad de flexible”, - disposición que tiene alguna cosa de doblarse sin romperse, - disposición de ánimo a ceder y acomodarse a un dictamen; flexible: - que tiene disposición para doblarse fácilmente, - dicese del ánimo, genio o índole que tienen disposición de ceder o acomodarse al dictamen o disposición de otro”.

Para (ERMIDA, 1992)<sup>xvi</sup>, desde la perspectiva laboral, la flexibilidad consiste en:

“aflojar, eliminar o adaptar, según el caso, la protección laboral clásica para aumentar el empleo, la inversión o la competitividad internacional”

En igual sentido que el anterior, (CHAVEZ, 2001, págs. 57-74)<sup>xvii</sup>, haciendo énfasis en los objetivos empresariales, sostiene que bajo la noción de flexibilidad las empresas han introducido recientemente acciones que inciden tanto en el proceso productivo como en las estrategias de mercado empresarial.

(ALONSO OLEA, 1989, pág. 10), sostiene que flexibilidad significa:

“(…) aligerar trabas, suprimir controles, disminuir requisitos o condicionamientos, pero – eso sí – y al mismo tiempo, garantizar legítimos derechos e incluso racionales expectativas”.

(DAHRENDORF, 1986)<sup>xviii</sup>, especialista en el tema, en un informe elaborado por la OCDE, en 1986, define la flexibilidad como:

“(...) la capacidad de los individuos, en la vida económica y en particular en el mercado de trabajo, de renunciar a sus hábitos y adaptarse a las nuevas circunstancias”.

En el ámbito local, (HOYOS, 1987)<sup>xix</sup>, define la flexibilidad como:

“(...) la posibilidad de la empresa de contar con mecanismos jurídicos que le permitan ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo ante las fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico (demanda efectiva y diversificación de la misma, tasa de cambio, intereses bancarios, competencia internacional), las innovaciones tecnológicas y otros factores que demandan ajustes con celeridad”

Para (CARO FIGUEROA, 1993, págs. 20-21)<sup>xx</sup>, el fenómeno se desarrolla en un contexto, dentro del cual predominan las circunstancias siguientes:

- a. La crisis económica, consecuencia del fin del modelo de crecimiento orientado en la energía barata;
- b. La revolución tecnológica que transformó los procesos y materiales de producción, así como los productos;
- c. La progresiva internalización de los intercambios de las relaciones neocoloniales a la economía global, pasando por la creación de grandes mercados continentales;
- d. La superación del taylorismo por las nuevas formas de organización del trabajo.
- e. La substancial transformación operada por el *management* y las prácticas de gestión de empresas.

Resulta evidente la dificultad de delimitar el concepto de flexibilidad, la cual obedece, como se ha visto, a la multiplicidad de definiciones o significados empleados en las diversas disciplinas y en las distintas perspectivas de análisis, puesto que a las

variadas relaciones sociales se le ha impuesto una única tipología, y el discurso local, en torno al tema, expresa mensajes distintos, dentro de un contexto económico, jurídico e institucional similar.

La flexibilidad o la flexibilización, como **“hija de la globalización”**, llevan implícita la idea de adaptación o adecuación de los sistemas productivos en su conjunto (empresas y trabajadores) al nuevo escenario de competencia comercial globalizado o surgido de la globalización y del avance de las Tics, a través de la implementación de condiciones económicas, jurídicas, sociales y culturales compatibles. El elemento de la adaptabilidad se manifiesta en las exigencias que se le imponen al trabajo asalariado para que aumente sus esfuerzos en función de adecuarse a las necesidades empresariales, en un escenario donde el incremento de la competitividad resulta ser el resorte principal de la estrategia del capital. La crisis de los modelos fordista y taylorista de producción, derivada de su mecánica laboral rutinaria y repetitiva, provoca singulares iniciativas en la organización y realización del trabajo. Éstas tienen como expresión jurídica concretas, normativas que laceran el tradicional esquema del trabajo asalariado y fomentan recetas para, supuestamente, mejorar el desempeño empresarial y la creación de empleos.

Con el término flexibilidad se alude<sup>xxi</sup>, por regla general, “a una visión crítica de las normas jurídicas sobre el trabajo asalariado, a las que se les demanda esfuerzos para facilitar la cada vez más necesaria adaptabilidad empresarial en un contexto de permanente aumento de competitividad”. Este enfoque sugiere la proscripción del trabajo rutinario y repetitivo fordista y asimila el término a la disminución del tiempo de trabajo y a la obtención de mayor disponibilidad para la vida familiar y el tiempo de ocio. Sin embargo, sustenta un argumento interesante, pues sostiene que la flexibilidad se usa para

la “reducción de derechos de los trabajadores, tales como mínimos salariales, estabilidad en el trabajo y límites a la duración de la jornada de trabajo, en el entendido que es necesario reducir costos laborales para incentivar la utilización empresarial de mano de obra”. Con relación a estos aspectos volveremos más adelante.

La noción de flexibilidad laboral guarda relación con las transformaciones que se han operado, tanto en las relaciones laborales como en los Sistemas de Relaciones Industriales, en especial, en el ámbito internacional. En el tema de las relaciones de trabajo, la flexibilización implica, desde una perspectiva general, un acercamiento a una redefinición del trabajo mismo a la influencia de la globalización. Tal enfoque se percibe, en el significado amplio que de la flexibilización promueve (ECHEVERRÍA, 2003), al expresar que consiste en:

“(…) un “proceso de generación de condiciones económicas, legales, y culturales que permitan al conjunto del sistema productivo, las empresas y los trabajadores adaptarse al escenario de competencia comercial que surge del proceso de globalización de la economía y del desarrollo de las nuevas tecnologías, especialmente de la informática y en las comunicaciones”.

Se trata de introducir mecanismos que reduzcan la estandarización del mercado de bienes y servicios y, en consecuencia, se encausen por la utilización más diversificada de los avances tecnológicos y de la prestación de los servicios, proyectándose sus efectos, a la vez, al mercado de trabajo y al empleo, fenómeno que importa, además de un componente ideológico, una estrategia empresarial basada en la flexibilidad. En esencia, subyace un determinismo, basado en supuestas demandas más especializadas, supuestamente generadoras del proceso flexibilizador, aserto cuestionable, considerando

que el origen de éste puede radicar en la imposición, por los intereses de los fabricantes de ciertas tecnologías en detrimento de otras o, simplemente, en las estrategias de ventas del producto, mediante las cuales se crean necesidades diferenciadas, por las connotaciones de distinción social que esto conlleva.

Sobre el particular, (MIGUELEZ)<sup>xxii</sup>, en reacción al descrito determinismo, afirma que “podría muy bien ser que las cosas empezaran justamente por el extremo opuesto: es decir, el origen del proceso podría estar directamente en una estrategia de flexibilización del mercado de trabajo y del empleo con el ánimo de reducir costes de trabajo o introducir criterios más ágiles de control en el mismo”, alternativas que, según este autor, quiebran “la supuesta lógica de que se trata de respuestas a nuevas demandas”. La lógica empresarial ha visto en la flexibilidad una respuesta a las diversas incertidumbres que los invaden en determinada coyuntura, así: contra la incertidumbre generada en el mercado – lograr vender o no – se adopta la flexibilización en los bienes y servicios; contra la incertidumbre de los stocks se incrementa la flexibilidad de la organización del trabajo – la más evidente la de “just in time” -; contra la incertidumbre de los costes del trabajo, la flexibilidad en la utilización de éste con mayor o menor intensidad, en unas u otras categorías. Finaliza, el autor citado, diciendo que “flexibilizar el factor trabajo implica ciertamente aspectos técnico – organizativos, pero también intereses diferenciados, quizá incremento de desigualdades, pérdidas y ganancias, es decir se aborda una temática que tiene “implicaciones muy claras en intereses económicos y de poder”.

La flexibilidad resulta ser un concepto polisémico y de lectura poco homogénea. La doctrina<sup>xxiii</sup> suele encuadrarla en dos grandes vertientes: **la flexibilidad interna** y la

**Flexibilidad externa.** Otros<sup>xxiv</sup> optan por otorgarle los significados siguientes: **flexibilidad organizativa**, que se refiere a la estructura de producción de la empresa tendiendo a la llamada “fábrica sensible”; **flexibilidad funcional** en las relaciones laborales compuestas por trabajadores capacitados y entrenados para ser polivalentes o polifuncionales, de modo de cambiar de puestos o de labores sin grandes problemas; la **flexibilidad en las cargas sociales**, especialmente seguridad social e impuestos, con el fin de reducir los costos del trabajo.

Con relación al origen del concepto de flexibilidad laboral, (DE LA GARZA)<sup>xxv</sup> lo ubica como producto de un debate doctrinal entre los economistas neoclásicos, keynesianos e institucionalistas, en torno a sí los mercados de trabajo debían desregularse y dejarse a las libres fuerzas de la oferta y la demanda; polémica que se actualizó, por un lado, con el advenimiento de las **políticas macroeconómicas neoliberales**, con sus componentes de **desregulación de mercados, entre otros el laboral**, privatizaciones y ajustes macroeconómicos para controlar la inflación y lograr equilibrios macroeconómicos; y, por el otro, **las nuevas doctrinas gerenciales** originadas en Japón, posteriormente occidentalizadas, que buscan elevar la productividad y la calidad a nivel micro.

Ambas posiciones adoptan criterios diferenciados en torno a qué debe flexibilizarse con relación al trabajo: si resulta conveniente que opere sobre el mercado de trabajo o bien sobre el uso de la fuerza de trabajo en el proceso productivo. Son las corrientes neoclásicas las promotoras de **la necesidad de flexibilizar el mercado**, restándole importancia al proceso flexibilizador sobre las formas de utilización de la fuerza de

trabajo, puesto que dejando los mercados funcionar a las libres fuerzas se lograría, automáticamente, el equilibrio óptimo, incluidas aquellas. Lo esencial radica en la eliminación de las trabas o barreras para que los mecanismos del mercado se encarguen, de modo espontáneo, de asignar el factor trabajo en cuanto a precio y empleo. El encuentro entre oferentes y demandantes de la fuerza de trabajo debe llevarse a cabo con la más plena libertad individual.

La flexibilización del mercado, desde la perspectiva analizada, implicará la **eliminación de rigideces** para emplearse o emplear y en la fijación de los salarios, encuadrándose tal política **dentro del marco de los sistemas de relaciones laborales**, o sea en el de las instituciones, normas y sujetos que caracterizaron el Estado Benefactor y que regularon las relaciones entre el capital y el trabajo. (DE LA GARZA), a quien seguimos en este apartado, menciona entre tales instituciones, normas y sujetos: a las leyes laborales, contratación colectiva y sindicalización, seguridad social y justicia laboral, sindicatos, empresarios y gobiernos. En conclusión, la flexibilización laboral estaría dirigida fundamentalmente hacia los sistemas de relaciones laborales, en los siguientes aspectos:

- a. **Los mecanismos para la fijación de los salarios, de tal manera, que éstos no excedan los resultantes del libre juego de la oferta y la demanda.**

La flexibilización laboral en este escenario excluiría la fórmula para establecer los salarios mínimos, los mecanismos que consideran los costos de reproducción de la mano de obra y los salarios contractuales. Indeseables serían, también, las políticas

gubernamentales de presión salarial dirigidas al bienestar de la población y del monopolio sindical en la contratación de la mano de obra.

**b. En los mecanismos de contratación o despidos de trabajadores no regidos por la oferta y la demanda de empleo.**

En ese sentido, la fórmula flexibilizadora se encaminaría hacia las leyes que dificultan el despido o establecen indemnizaciones por ajuste de personal, las que privilegian la contratación por tiempo indefinido, los contratos colectivos que obstaculizan la contratación o el despido, las presiones sindicales o gubernamentales en contra del recorte de personal.

**c. La imposición de gravámenes o tributos de corte social.**

La flexibilización, en este aspecto, tiene como objetivo contrarrestar la imposición de gravámenes o tributos que incrementan los costos sociales, tales como las cuotas para la seguridad social, los fondos para viviendas, despidos, etc. Fundamentalmente, la opción doctrinal analizada, sustentaría la flexibilización laboral de los siguientes aspectos: de las leyes laborales, de los contratos colectivos, de las políticas gubernamentales y de la reducción del poder de los sindicatos.

La idea y el concepto de la flexibilización cronológicamente surgen, aproximadamente, a principios de los años ochenta en los países de la Europa Occidental, a iniciativa del sector patronal, por la crisis desencadenada por las primeras alzas del petróleo, con base en la supuesta **rigidez de la normativa laboral** y de los **costos** derivados de ésta. El argumento esencial consistía en optar por la flexibilización laboral como medio para **reducir el desempleo**, reduciendo las rigideces y los costos

laborales. El fenómeno fue insertado, inicialmente, por el gobierno y los interlocutores de aquél entonces, dentro de la dinámica de la negociación colectiva, concretándose en reivindicaciones de grupos sindicales que la permitían a cambio de contraprestaciones, como garantías de estabilidad laboral o el reconocimiento de la cogestión o participación en las decisiones empresariales.

Otro sector doctrinal<sup>xxvi</sup>, respecto al origen de la globalización, identifica, además de las causas enunciadas, una excesiva intervención estatal en la economía, un poder excesivo de los grupos de presión organizados en el mercado, una gran protección social y un grado insuficiente de innovación,

(CANALES, 2003)<sup>xxvii</sup>, argumenta, que “frente a la idea de rigidez, durante la década de los ochenta, el tema fundamental del debate entre académicos, investigadores, autoridades públicas y el movimiento sindical, fue el de la flexibilidad en el mercado laboral y el proceso de trabajo”. Respecto al término “**flexibilización**”, señala que implica la idea de adaptación a los cambios tecnológicos, económicos, sociales, globales que han transformado el mundo productivo y laboral. Se presiona para realizar los cambios a través de: “gestiones de los gobiernos para suavizar la legislación vigente y la reglamentación del mercado de trabajo, las disposiciones negociadas por los interlocutores sociales referentes a contratación y despidos, contratos de empleo, protección social, costos de la mano de obra, reordenación del tiempo laborable, organización del trabajo y formación”. Se afirma, en primera instancia, que “los fundamentos teóricos de la flexibilización son **económicos** por una parte y **tecnológicos-productivos** por otra; y para explicar la opción doctrinal, **desde la perspectiva económica**, se acude a su vertiente más radical - la **desregulación** -, sostenida por

**HAYEK y FRIEDMAN**, ambos de la **escuela económica liberal**, quienes promovieron “la individualización de las relaciones laborales hasta el límite de lo políticamente posible”<sup>xxviii</sup> y privilegiaron, en sus posiciones teóricas la no intervención del Estado en las relaciones individuales de trabajo, para que cada trabajador negocie libre e individualmente con el empleador las condiciones de trabajo.

(**ERMIDA**), citado por la autora mencionada<sup>xxix</sup>, señala, respecto a la tesis del fundamento económico de la flexibilización, sostenida por **HAYEK Y FRIEDMAN**, que:

“(…) llevadas a sus máximas consecuencias teóricas... esta propuesta supone la abrogación de la legislación del trabajo y su sustitución por el Derecho Civil, así como la abstención estatal en el área administrativa y, judicial (con la consecuente abolición de la Administración del trabajo y de la Justicia especializada). Para que la individualización de las relaciones laborales fuera completa sería necesario además, evitar la acción sindical, la autonomía y la autotutela colectiva”. Frente a la segunda propuesta de los economistas liberales, **ERMIDA** sostiene que “luego de proscribir la intervención estatal en las relaciones individuales de trabajo, contiene una aparente contradicción al postular la intervención restrictiva del Estado en sede a las relaciones colectivas de trabajo. Aquí sí – se dice – debería haber legislación que proscribiera o limitara hasta el límite políticamente posible la acción sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga”.

Por otra parte, la opción teórica que **sustenta la flexibilización en el fundamento tecnológico productivo**, sostiene que estamos frente a una segunda ruptura industrial, derivada de la producción en masa, caracterizada por el uso de maquinarias especializadas en manos de operadores poco calificados, desempeñando tareas repetitivas, asimiladas y aprendidas después de un breve periodo de aprendizaje<sup>xxx</sup>.

Los modelos teóricos descritos, defensores de la flexibilidad laboral, postulan la marginalización intervencionista estatal, dándole paso a la iniciativa de los interlocutores

sociales, quienes asumen la competencia en la determinación del marco institucional que permita ajustar la normativa a los requerimientos del mercado. A nuestro juicio, la flexibilidad laboral guarda relación con aquellas parcelas flexibles o ajustables de la legislación laboral de un país o región, que pretenden dotar a las empresas de elevados márgenes de movilidad en las relaciones de trabajo que genera con sus trabajadores.

## **2.2 Dimensiones y Formas de la Flexibilidad Laboral.**

La flexibilidad del trabajo tiene una dimensión y un fundamento ideológico, que asume que los problemas del mercado de trabajo son derivados de sus rigideces y por consiguiente de los costos de la mano de obra, lo cual propicia, bajo esta lógica, la desregulación contractual del trabajo y la recomposición de los sistemas productivos, como imperativos de la competencia económica internacional (CASTILLO, 2009, Pág. 38)<sup>xxx</sup> El concepto de flexibilidad laboral aparece configurado, en cuanto a los elementos que lo integran, por cuatro dimensiones, diferenciadas y, a la vez, relacionadas entre sí, a saber: flexibilidad de la organización productiva, Flexibilidad de la organización del trabajo, flexibilidad de la gestión productiva y flexibilidad del mercado laboral.

### **2.2.1 Flexibilidad de la Organización Productiva.**

La flexibilidad organizativa constituye una primera gran dimensión de la flexibilidad laboral, denominada también descentralización productiva<sup>xxxii</sup>, fragmentación productiva<sup>xxxiii</sup>, flexibilidad organizativa<sup>xxxiv</sup> o flexibilidad de la contratación externa y/o externalización<sup>xxxv</sup>. La flexibilidad organizativa destaca la relación cooperativa de índole mercantil existente entre las Pequeñas y Medianas Empresas (Pymes), y entre éstas con las grandes empresas.

Según plantea (ARANCIBIA, 2011, Pág. 42), “serían las Pymes, debido a sus características intrínsecas (producción en lotes más reducidos, relaciones de cooperación con los patrones, recalificación, flexibilidad de facto en: horarios, puestos de trabajo, tareas, etc.), las que marcarían la pauta de la competitividad en el contexto de flexibilidad de los nuevos tiempos, generando mayor innovación y puestos de trabajo, adquiriendo de las grandes empresas poder económico y capacidad tecnológica”.

### 2.2.2 **Flexibilidad de la Organización del Trabajo.**

La flexibilidad implementada en la organización del trabajo lleva implícita la incorporación del trabajador a las necesidades del empleador, lo cual se materializa en la adaptación de aquél a los procesos de fluctuación de la demanda y a su contribución directa e indirecta en la mejora cualitativa del sistema productivo y del producto final. El trabajador aporta su capital intelectual o sus conocimientos, los cuales dentro de este modelo son vistos como socios técnicos en la innovación y generación de riqueza.

Respecto a esta dimensión flexibilizadora, se afirma que ella “sustenta la búsqueda de la adaptabilidad constante en modelos de producción basados en información, conocimiento y el uso de “materia gris”, también denominado desarrollo del “capital intelectual”<sup>xxxvi</sup>. Tal proceso de adecuación constante se logra, además, según plantea (PÉREZ, 1998), por la introducción de sistemas dinámicos de mejoras continuas y en “una estructura empresarial moderna en forma de red flexible y descentralizada que responda a una dirección estratégica, pero conservando una alta autonomía en cada nodo”<sup>xxxvii</sup>.

### 2.2.3 **Flexibilidad de la Gestión Productiva.**

La base de esta dimensión de la flexibilidad reside en la facultad atributiva a la empresa de poder corregir aspectos vinculados a procesos microelectrónicos, aplicables

tanto a su proceso de producción interno, como a la cantidad y el tipo de productos finales. Estaría conformada esta dimensión, por las siguientes subdimensiones: **la flexibilidad de volumen**: consiste en la capacidad de la empresa para variar el volumen de la producción en determinados renglones; **la flexibilidad de gama**: capacidad de diversificar la producción, de acuerdo a las exigencias del mercado; **Flexibilidad de enfrentar fallas del sistema productivo**: capacidad de la empresa para enfrentar problemas de accidentes, deterioro de equipos, escasez de recursos, etc. Resulta importante señalar que las dimensiones descritas son agrupadas<sup>xxxviii</sup> bajo la denominación única de “flexibilidad en el proceso de trabajo”.

#### 2.2.4 **Flexibilidad del Mercado Laboral.**

La flexibilidad del Mercado Laboral se manifiesta en la configuración normativa legislativa de una región específica, la cual garantiza en su texto, al sector empleador, mecanismos amplios de movilidad laboral en las relaciones laborales. Suele incluirse, dentro de esta dimensión, a las subdimensiones de **la flexibilidad interna** y a **la flexibilidad externa**

Las distintas dimensiones que puede adoptar la flexibilidad laboral, pone de manifiesto la gran variedad de prácticas o medidas que se derivan de su utilización, de tal manera que existirán tantos tipos como componentes hay en las relaciones de trabajo. No obstante, sin pretensiones de exhaustividad, podemos enunciar las formas más típicas de flexibilidad laboral en el mal llamado “mercado de trabajo”: así, dentro de esta tipología podemos encontrar aquellas que, en mayor o menor grado, agrupan las singulares formas de ajustes o adecuaciones normativas consideradas por la doctrina especializada: así, tenemos **la flexibilidad laboral Interna, la flexibilidad laboral Externa.**

### 2.2.5 Flexibilidad Laboral Interna.

La flexibilidad laboral interna, conocida también como cualitativa, consiste en aquella capacidad otorgada **por la legislación laboral** a las empresas, para celebrar contratos individuales de trabajo que **permitan variar elementos específicos de las condiciones laborales** dentro de los márgenes permitidos por la ley. Suele incluirse, dentro de la flexibilidad interna, diversos componentes o subdivisiones, así se distinguen las siguientes: **Flexibilidad Salarial, flexibilidad en los horarios de trabajo, flexibilidad en las jornadas de trabajo y la flexibilidad funcional.**

#### 2.2.5.1 Flexibilidad Salarial.

La flexibilidad salarial se concibe como aquella estrategia empresarial que hace depender los salarios de los niveles de producción, el total de los salarios de la fuerza de trabajo queda condicionado a la evolución de los resultados empresariales. Se intenta, a través de esta modalidad, según plantea (ARANCIBIA, 2011, pág. 45), mantener una parte del sueldo fijo mientras que la otra varía por productividad alcanzada o por horas trabajadas. La intensidad más alta de este tipo de flexibilidad corta de raíz - agrega este autor - la parte fija del sueldo, pasando ésta a depender en su totalidad de la productividad alcanzada u horas de trabajo efectivamente realizadas. La fórmula descrita, por una parte, incentiva a trabajar más y mejor; y, por la otra, flexibiliza el monto del salario haciéndolo dependiente de las fluctuaciones del mercado, en consecuencia, a menor demanda menor producción y, de forma automática, menor sueldo. Fundamentándose en este tipo de flexibilidad se implementan los sistemas de negociación salarial, el papel de los salarios mínimos, la indexación de los salarios, la variación de los

salarios según rendimientos; adicionalmente se promueven los bonos de producción, incentivos salariales, etc.

#### **2.2.5.2 Flexibilidad en los Horarios de Trabajo.**

Conocida también como “Flexibilidad cuantitativa interna” o “Flexibilidad Temporal”<sup>xxxxix</sup>, consiste en la modificación colectiva o individual de la cantidad global del trabajo utilizado, con variaciones en el tiempo efectivo de trabajo realizado, lo que conduce a variar el tiempo de trabajo previsto para las actividades de producción (CHÁVEZ, 2001, pág. 71).

Se trata de la disposición variable, por parte de la empresa, de las horas de trabajo que deben ejecutar sus empleados en la misma. El trabajador prestará sus servicios por la cantidad de horas que requiera la demanda de trabajo que tenga en determinado momento la empresa para la cual trabaja, de tal manera que el objetivo de esta forma de flexibilidad consiste en que la empresa disponga de más horas de trabajo por parte de sus empleados cuando la demanda suba, aumentando la producción y, a la vez, contar con menos horas de trabajo por parte de su personal cuando la demanda baje, para prescindir de horas de trabajo innecesarias. De esta fórmula flexible se deriva el uso de las horas extras, horas alternadas o escalonadas, pausas en la jornada diaria, semanas de trabajo comprimidas, anualización de las horas de trabajo ( ECHEVERRÍA, 2003, pág. 9).

Respecto al tema, (MURGAS, 2008, pág. 334), refiere algunas experiencias latinoamericanas, cuyas fórmulas flexibilizadoras se concretan estableciendo, entre otros, los mecanismos siguientes:

- Establecimiento de un límite semanal, sin límite diario, pero aquél no puede distribuirse en más de seis ni menos de cinco días.
- Posibilidad de poder utilizar indistintamente el límite diario o el semanal.

- Posibilidad de aumentar las horas de trabajo para acumular días adicionales de descanso.
- La distribución de las horas de trabajo mediante promedios, aun cuando se labore ocasionalmente en exceso del límite diario o semanal.
- Casos especiales de distribución de la jornada, como el “banco de horas”.
- El trabajo en la construcción en obras de interés social en lugares apartados en Panamá.
- Poderes al empleador para modificar, de forma unilateral, el horario de trabajo, hasta en sesenta minutos, anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, por motivos que afecten a todo o parte de la empresa o establecimiento.
- Amplios poderes al empleador, tanto para establecer la jornada ordinaria. Diaria y semanal como para establecer jornadas compensatorias, mediante el uso de promedios, reducir o ampliar el número de días de trabajo, prorrateando las horas en los días restantes y establecer y variar turnos fijos o rotativos.

#### 2.2.5.3 **Flexibilidad Funcional.**

La flexibilidad funcional lleva implícita la idea del trabajador calificado y debidamente entrenado para ser polivalente o polifuncional, con posibilidad desempeñarse en cualquier puesto que no conlleve una estricta calificación. A través de esta modalidad de flexibilidad el empleador puede aplicar la movilidad funcional o cambio de tareas para el desempeño de otras similares, exigiéndose en algunas legislaciones que no se alteren las condiciones esenciales del contrato, ni se produzca menoscabo al trabajador.

#### 2.2.6 **Flexibilidad Laboral Externa.**

La flexibilidad laboral externa, según hemos planteado, guarda relación, por un lado, con las contrataciones atípicas, tales como los contratos definidos, temporales, eventuales y, por el otro, con la externalización o descentralización de las actividades empresariales (YAÑEZ, 1999). Para (FINA, 2001), se entiende por flexibilidad externa la capacidad de la empresa de aumentar o disminuir el empleo sin incurrir en grandes costes, lo cual

generalmente se hace a través de los contratos por tiempo determinado, en los cuales la planilla puede ampliarse o reducirse cuando se considere necesario.

En suma la flexibilidad laboral externa aparece conformada por los elementos siguientes: mecanismos de contratación y despido y la posibilidad de externalizar o descentralizar sus actividades. Mediante la flexibilidad externa se pretende contar con un trabajador que puede contratar y despedir a su discreción, a través de los contratos por tiempo definido y, en especial, mediante la descentralización productiva utilizando, entre otras figuras, la subcontratación empresarial, dejando atrás la idea de un empleo fijo con los beneficios correspondientes.

### **2.3 Efectos de la Flexibilidad Laboral.**

La implementación de las fórmulas flexibilizadoras generó una serie de consecuencias o efectos que impactaron en el orden jurídico y económico tradicional o clásico. Entre sus efectos podemos mencionar:

- El modelo de organización tradicional del proceso productivo que descansaba sobre el control del ciclo entero de producción de bienes y servicios (integración vertical), la autonomía de cada empresa en su relación con otras y una gestión funcional jerárquica, fue sustituido por otro, cuyo rasgos característicos son: fragmentación del ciclo productivo (integración horizontal), dependencia, coordinación y articulación en las relaciones interempresariales y una gestión que privilegia la autonomía funcional.
- La gran empresa, o sea aquella que se erige en centro de concentración del gran capital, diversificando y dislocando geográficamente sus actividades, ha salido robustecida en el nuevo orden económico globalizado.

- Las tendencias flexibilizadoras han generado una disminución de trabajadores fijos a jornada completa y una expansión del trabajo temporal, a media jornada, muchas veces un empleo precario, para el cual, en muchas ocasiones, los trabajadores son convencidos a declararse trabajadores autónomos, con el objetivo de reducir costos en seguridad social e impuestos.
- Las exenciones con las que se gratificó a quienes empleaban trabajadores precarios contribuyó al desfinanciamiento de la seguridad social.
- La mayoría de las empresas acuden a la fórmula de la flexibilidad externa, propiciando, con la reducción de su plantilla, el despido de una gran cantidad de trabajadores.
- Las tendencias flexibilizadoras, según apunta (MURGAS, 2008, pág. 328), han determinado la apertura de espacios mayores al ejercicio del poder empresarial, frente a la existencia de anteriores condicionamientos impuestos por el derecho del trabajo.
- La flexibilidad laboral implica cambios drásticos en las formas clásicas de gestión del trabajo, genera inestabilidad en el empleo y deterioro de la calidad de las ocupaciones y los niveles de ingreso (CASTILLO, 2009, pág. 42).

## **SECCIÓN SEGUNDA**

### **EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES EN EL CONTEXTO GLOBALIZADO**

#### **3. EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES EN LA GLOBALIZACIÓN**

El Sistema Tradicional de Relaciones Laborales viene siendo objeto de cuestionamientos y experimentando cambios, algunos derivados del modelo globalizador, otros independientes pero concurrentes al fenómeno. Recordemos que, en aquél, la relación de trabajo constituye el epicentro de la dinámica productiva que vincula al empleador con el dependiente por un periodo indefinido, esto es, con vocación de continuidad y condicionada normativamente a la iniciativa estatal y a la autonomía colectiva, configurando un derecho laboral protector, predominantemente heterónimo. En este sistema el trabajo representa el eje central de la dinámica socioeconómica, por su naturaleza instrumental como determinante de la existencia del trabajador y su familia. Se trata de un sistema garante de la inclusión social del individuo y de la red de protección social que convierte al trabajador en un ciudadano, tanto en la connotación política como social del término. En este modelo, la mayoría de los centros de trabajo agrupaban a los trabajadores que llegaban a las ocho de mañana, salían a las cuatro o cinco de la tarde, tenían un solo empleador, una jornada de trabajo, una subordinación, etc., lo cual se correspondía con una determinada legislación y una específica concepción del trabajo, que colocaba al sujeto – trabajador en el epicentro de la relación laboral. El esquema jurídico que se construyó después de la segunda guerra mundial para proteger a los trabajadores, se basó en conceptos claves para los abogados en cualquier juicio concreto ante las autoridades competentes. Conceptos como el de subordinación y dependencia de

una persona se incorporaron a los códigos de trabajo en toda América Latina, elementos angulares a partir de los cuales se construyó toda la protección laboral del derecho del trabajo.

**En el contexto de la globalización,** los sistemas de relaciones laborales, denominadas postmodernas, potencian un catálogo de valores diferentes, sustentados en los lineamientos de los postulados neoliberales, colocando en la cúspide de la escala axiológica a la competitividad de la empresa y, en consecuencia, al lucro del empresario. La propuesta privilegia la individualización en detrimento de lo colectivo y la desregulación de las relaciones de trabajo, ausencia de organizaciones sindicales, negación a la negociación colectiva, sin derecho de huelga, sin inspección del trabajo y sin justicia especializada, en suma, debilitadora del sistema tradicional de relaciones laborales. El panorama presenta variantes y diferencias con respecto a lo que existía en el mundo hasta hace algunos años, lo cual induce a hablar, más que de protección de los trabajadores, de grados de desprotección de la gente en un país determinado. Los conceptos del esquema tradicional jurídico clásico aparecen difusos, confusos y muchas veces difíciles de demostrar en casos concretos, lo cual agrava el asunto, al menos teóricamente, toda vez que en casos de asumir la defensa del trabajador, tanto las autoridades competentes como las juntas de conciliación y decisión nos exigen que, para aplicar el derecho del trabajo, como premisa indispensable se debe demostrar que existe dirección, dependencia o subordinación.

Frente a tales circunstancias, las normas laborales, las normativas sociales, el derecho del trabajo y la seguridad social, aparecen como normas obsoletas y rebasadas;

como un esquema protector que ya no es funcional a la realidad que estamos viviendo y que presenta las deficiencias en los mecanismos de protección de la gente que aporta su energía de trabajo para procurarse los medios necesarios para su subsistencia. Es en este contexto donde aparecen las nuevas formas de contratación laboral, denominadas triangulares, donde muchas veces las empresas recurren a mecanismos que les permiten evadir, total o parcialmente, la aplicación de la legislación laboral. Se trata de fórmulas que, paradójicamente, no son ilegales en sí, respetan totalmente el Estado de Derecho, no obstante, muchas de ellas operan con la abierta y firme intención de evadir la aplicación parcial o total de la legislación social, el derecho del trabajo o el de la seguridad social.

La mutación de tal escenario se produce, en primera instancia, en la década de los setenta, con el advenimiento de la conocida crisis petrolera de 1973, cuyos efectos, como era de esperarse, alcanzó al sistema de relaciones laborales. Surge una nueva forma de organización del proceso productivo, marcada por la introducción de los avances de las ciencias de la tecnología y la información, que privilegia un exacerbado individualismo y un culto a la diferencialidad como sustitutos de la solidaridad y homogeneidad del sistema, cuyos aspectos preponderantes (RASO, 2000, Pág. 19)<sup>xl</sup>, los sintetiza de la manera siguiente:

- a. A nivel individual, permiten al hombre multiplicar su capacidad de acción, lo que determinará la sustitución de grandes contingentes de mano de obra por sofisticadas máquinas y la promoción de un reducido número de trabajadores, con la suficiente formación y capacitación para operar esas máquinas;
- b. A nivel colectivo, se produce una fragmentación del sistema: por un lado, ya no será fácil organizar trabajadores con intereses y condiciones económicas muy diferentes; por el otro, existirá una gran movilidad de las empresas en un mercado que premiará aquellas que apostaron a la reconversión industrial y condenará a la quiebra a las que no se adecuaron a los cambios.

- c. Finalmente, las nuevas tecnologías y la reconversión promueven nuevamente formas de gestión del trabajo, que procurarán fundamentalmente una mayor productividad y competitividad.

En adición a lo anterior, sobreviene la desaparición de la tensión ideológica bipolar mundial, debido a la crisis de la doctrina marxista-soviética, evento que impulsó el desarrollo y consolidación del neoliberalismo, junto con sus postulados esenciales de libertad de comercio y concurrencia en el mercado, uno de los elementos principales sobre los cuales se sustenta la globalización o mundialización económica.

### **3.1 Características del Sistema de Relaciones Laborales en el Contexto Globalizado**

#### **3.1.1 Cambios en el proceso de producción de Bienes y Servicios.**

Las variaciones que internamente se han operado dentro del proceso productivo privilegian el uso de los avances tecnológicos, la informatización y la robotización y las nuevas tecnologías en general, fenómeno que ha diversificado e incrementado los tipos de prestaciones requeridos por las empresas, en contraposición con el modelo clásico o tradicional dominante del trabajo industrial.

#### **3.1.2 Cambios en la Actividad Económica.**

El proceso de mundialización o globalización ha conllevado el fortalecimiento de las actividades conectadas con el sector terciario de la economía, esto es, el sector de los servicios, aspecto que implica una reducción en cuanto peso relativo del sector industrial de la economía, en beneficio de la expansión de aquél sector.

### **3.1.3 Cambios en la Estrategia Empresarial.**

En función de la competitividad internacional y la eficiencia en la organización del trabajo, las empresas han acudido a fórmulas asociativas como las concentraciones económicas, fusiones e integración de sociedades, o a la descentralización productiva, desplazando hacia a otras empresas funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se llevaba a cabo por ellas mismas, bajo los supuestos de externalización, subcontratación u outsourcing.

### **3.1.4 Cambios en la estructura y composición de la clase trabajadora.**

La globalización ha integrado nuevos segmentos sociales en el proceso productivo. Por ejemplo, el sector femenino y la juventud que han incrementado su acceso al mercado de trabajo. En otro orden, la disminución del proletariado industrial es manifiesto en favor del sector terciario. Se evidencia una pérdida de conciencia social y de solidaridad debido a la fragmentación del proceso productivo y la precarización de las condiciones de trabajo y la calidad de vida de específicos grupos laborales.

### **3.1.5 Cambio en el comportamiento de las organizaciones sindicales.**

La beligerancia activa y regularmente antagónica de los sectores sindicales de masa propia de la sociedad capitalista es sustituida por la acción sindical corporativa, un sindicalismo descrito por (PALOMEQUE, Ob. cit. Pág. 23) como aquél “más implicado en el funcionamiento del aparato institucional del Estado”, prevaleciendo, según plantea este autor, las prácticas de diálogo y participación, frente al antagonismo y la reivindicación tradicional, en las decisiones estratégicas de las empresas.

Las características enunciadas del Sistema de Relaciones Laborales derivadas del fenómeno de la globalización erosionan el paradigma del sistema de organización del

trabajo propio del capitalismo industrial, base y sustento del esquema tradicional o clásico del derecho del trabajo, concretizado en el modelo fordista, masificado y centralista, del proceso productivo.

### **3.1.6 Otras características.**

(ERMIDA, 2011, Pág. 6) propone la caracterización de las relaciones de trabajo postmodernas en los siguientes términos:

#### **3.1.6.1 Descentramiento Laboral.**

El tema del descentramiento laboral guarda relación con el desplazamiento creciente de la mano de obra por las herramientas tecnológicas, en virtud de la priorización del capital sobre el trabajo, ya que la lógica subyacente en esta fórmula consiste en la posibilidad de producir más y mejor, con el menor número de trabajadores. Se plantea que el trabajo, en la actualidad, es menos necesario, generando, en consecuencia, incremento en el desempleo y exclusión de segmentos importantes de la sociedad. Indudablemente, este escenario económico propicia la destrucción de puestos de empleo, no obstante, permanece en la sociedad fundamentar la ciudadanía y la inclusión y movilidad social en el trabajo.

#### **3.1.6.2 Segmentación de Mano de Obra.**

La segmentación de la mano de obra alude a la situación donde la empresa, en función de su estrategia de externalización o descentralización productiva, flexibiliza la organización del trabajo, a través de la desregulación, sustrayendo de la órbita de la relación de trabajo interna ciertas actividades de su ciclo productivo. En ese sentido se crea e incrementa la informalidad y la tercerización, como expresiones típicas de tal

tendencia empresarial, trayendo como consecuencia inmediata la conformación de dos categorías de trabajadores con notorias disímiles características: una integrada por trabajadores que gozan de estabilidad, protección normativa laboral, buenas remuneraciones y un alto nivel de calificación; y la otra compuesta un grupo de trabajadores periféricos, inestables, con un nivel alto de rotación, sueldos y condiciones precarias de trabajo, bajo las formas tercerizadas de contratación o en la categoría de la informalidad.

#### **3.1.6.3 Inestabilidad en el empleo.**

El trabajador en el sistema de relaciones laborales globalizado adolece de una doble condición de inestabilidad. En primer lugar, derivada de las condiciones precarias, rotativas y periféricas anotadas, las cuales lo hacen vulnerable desde la perspectiva individual en función de la disponibilidad de la fuente de trabajo, y, por otro lado, desde la perspectiva de la conservación del trabajo, queda expuesto a los vaivenes de la competencia internacional y de los factores externos como los flujos de capitales especulativos.

#### **3.1.6.4 Tendencia a la individualización de la relación de trabajo.**

El fortalecimiento de los poderes empresariales produce la unilateralidad en la fijación de las condiciones de trabajo, unido, ya en el plan colectivo, a la cesión, por parte de los organismos sindicales, de espacios de negociación en esa dirección. Ello unido a la desregulación y consecuente flexibilización del derecho del trabajo, amplía el ámbito de la autonomía de la voluntad del empleador y llega a tolerar que escapen de la legislación laboral hacia el derecho privado, relaciones amparadas por aquella.

### **3.1.6.5 Tendencia al abaratamiento de costos.**

Las estrategias empresariales en el contexto de la globalización reflejan como uno de sus objetivos fundamentales la competitividad, siendo uno de los componentes de ésta la disminución de los costos de producción, de tal manera que la mano de obra, clasificado como uno de los principales, estaría sujeto a tal proceso depredatorio. Este autor, sostiene que “si hay menos empleo y más desempleados, si el empleo tiende a precarizarse salvo para un núcleo relativamente reducido, si se abaten las medidas legislativas de protección y ellas no son compensadas por la acción de un sindicato debilitado, la consecuencia es una reducción del salario real, una concentración de la riqueza y un descenso de la participación del salario en la renta nacional. Paralelamente, el empresario introduce modalidades contractuales que incluyen formas de pago cuya fórmula de cálculo aparecen vinculadas al rendimiento, la flexibilización de la jornada de trabajo en función de los intereses de la empresa y la acentuación de la movilidad laboral.

Las características descritas representan el modelo del sistema de relaciones laborales que subyace en el proceso globalizador. El debate se acentúa, con relación a este tema, en la determinación de su carácter permanente o transitorio, esto es, si la fórmula pretende la desaparición de la relación de trabajo *in totum* consiste en una fase de transición hacia una etapa de reivindicación de los derechos de la clase trabajadora.

### **3.2 Perspectivas analíticas en torno a la preconfiguración de las relaciones laborales en la globalización.**

El trabajo concebido como actividad humana presenta, en el intento de su determinación, no pocas dificultades, en virtud de la variedad de enfoques del que ha sido

y puede ser objeto, simples unos, complejos otros, pero con la pretensión de delimitar su contenido y alcance, atendiendo a factores socioeconómicos, sociológicos, psicológicos, jurídicos, políticos, todos éstos dentro de un contexto específico y asumiendo diversas perspectivas de análisis, condicionadas éstas por elementos ideológicos que han moldeado históricamente las concepciones fundamentales del concepto trabajo.

Dentro de la gama de enfoques propuestos doctrinalmente, nos interesa abordar el derivado del fenómeno denominado globalización o mundialización de la economía, procurando describir, en primer término, **tres perspectivas analíticas del trabajo** que se prefiguran en torno a la tendencia globalizante mencionada.

En tal sentido, con relación al trabajo, auscultaremos las principales características de las concepciones postmarxistas, cuyo contenido gira alrededor de las ideas posteriormente desarrolladas del pensamiento de **MARX**; las neoclásicas que tienen como representantes importantes a los integrantes de la escuela de **VON HAYEK Y MILTON FRIEDMAN**; y de la perspectiva postmoderna basada en los aportes de **ANTONIO NEGRI, HART** y otros.

El análisis pretendido nos ayudará a entender las distintas concepciones y enfoques que pueden surgir de un mismo fenómeno, aun con presupuestos teóricos diametralmente opuestos, aspecto que indudablemente propicia el debate, la discusión, la investigación y las polémicas correspondientes.

### 3.2.1 La Perspectiva Neo – Marxista.

Se destacan dentro de ella **RICARDO ANTUNES** y **ADRIAN SOTELO VALENCIA**. El primero (**ANTUNES, 1996, pág. 13**)<sup>311</sup> plantea la transformación que se

ha operado en la organización de los procesos productivos que ha incidido no sólo en la materialidad de los trabajadores, sino en la subjetividad de los mismos. Tales cambios, según este autor, han derivado, en el mundo del trabajo, en la más aguda crisis del siglo XX, caracterizada por una evidente desproletarización del trabajo industrial fabril, en contraste con la expansión del asalariamiento del sector servicios (terciarización del trabajo); heterogeneización del trabajo, por la incorporación creciente del contingente femenino en el mundo obrero; el desempleo estructural y la desindicalización o tendencia a la desafiliación sindical.

Las transformaciones han originado, en la materialidad de los trabajadores, la conformación de una masa laboral fragmentada, heterogénea y compleja, que se refleja, entre otros aspectos, en la reducción de la tasa de sindicalización mundial y que ha fomentado el surgimiento de nuevas tendencias de relaciones laborales que privilegian las siguientes categorías:

- a. La individualización de las relaciones de trabajo.
- b. La desregulación y la flexibilidad laboral.
- c. El agotamiento de las relaciones sindicales con tres variantes: 1) El modelo anglosajón que apunta a la eliminación de los sindicatos; 2) El modelo alemán basado en las relaciones tripartitas; El modelo japonés basado en el sindicato de empresa de carácter participativo.

Con relación a las consecuencias que los cambios han generado en la subjetividad de los trabajadores (ANTUNES, *Ibidem*, pág. 35) afirma que los problemas mencionados producen la enajenación del trabajo, en el sentido marxista, y afectan la forma de ser del

proletariado, su conciencia de clase, efectos que alcanzan también a sus organismos de representación. Señala que del sindicalismo de clase ya no queda rasgo alguno, pues éste fue sustituido por el sindicalismo de participación y adecuación al sistema. Ello explica el por qué se dan las condiciones para una ofensiva del capital en contra de los trabajadores, frente a la ausencia de respuestas y resistencias sindicales. Asumiendo una actitud crítica respecto a la problemática planteada él formula las siguientes interrogantes: ¿Estamos a las puertas del fin del trabajo? ¿Pierde la categoría “trabajo” el estatus central que hasta ahora ha ocupado en la sociedad?

Por su parte, (SOTELO VALENCIA, 2003)<sup>xliii</sup> argumenta que la actual situación de expansión del capitalismo mundial viene a constituir una extensión de la ley del valor marxista y, en consecuencia, de la superexplotación del trabajo generalizada. Señala, en síntesis, que el aumento de la explotación del trabajo es una ofensiva del capital, para contrarrestar la tendencia decreciente de la tasa de ganancia y, además, con el objetivo de aumentar la plusvalía, el capital se vale de la desregulación y la flexibilización en el trabajo y la eliminación de los derechos laborales. La superexplotación del trabajo no es una tendencia dirigida sólo a los países periféricos, sino que se ha generalizado en todo el sistema mundo – capitalista. Agrega que las condiciones de trabajo y de vida experimentarán un proceso decreciente, ya que la mayoría de las categorías de obreros estarán sometidos a regímenes de precarización laboral, en la etapa presente de la economía mundial.

La postura postmarxista, expresada a través de los autores citados, pretenden reivindicar alguno de los postulados marxistas fundamentales, proyectándolos como la

visión del trabajo en los tiempos de la globalización, destacando la concreción de las premisas de la ley del valor trabajo: explotación, desempleo, disminución de salarios y deterioro de la calidad de vida y de los derechos de los trabajadores. Igualmente enfatizan la debilidad del movimiento sindical, cuya aparente decadencia produce el avance de los procesos de flexibilización y desregulación laboral.

### 3.2.2 La Perspectiva Neoliberal.

Esta opción doctrinal tiene como uno de sus máximos exponentes a (FRIEDMAN, 1980, Pág. 48)<sup>xliii</sup> quien, sosteniendo una crítica a los argumentos postmarxistas, manifiesta que éstos incurren en un gran error al atribuir a la economía la búsqueda sólo del interés por las ganancias materiales inmediatas, siendo que el interés personal engloba todo cuanto interesa a los participantes en la vida económica, tanto lo que valoran como los objetivos que persiguen.

Se inscribe en esta doctrina HAYEK AUGUST FRIEDRICH, citado por (BELTRAN, 1976, Págs. 371-378)<sup>xliiv</sup>, quien señala expresamente que:

“(...) el Estado regulacionista es una fuente de problemas y su lugar debe ser tomado por el mercado. Sólo el mercado puede realizar de manera adecuada la asignación de recursos, pues ninguna persona o conjunto de personas podría lograr el conocimiento perfecto de todas las circunstancias que están actuando en el mercado a cada momento”

Los neoliberales propugnan por la legitimación de los mercados liberalizados. Conciben al trabajo como una mercancía más, que está sujeta a las oscilaciones de la oferta y de la demanda y cuyo equilibrio determina un justo salario y evita el desempleo. Atacan las rigideces del mercado derivadas de las regulaciones excesivas e inadecuadas,

lo que produce, según esta corriente, el incremento del desempleo, cuya solución se encuentra en la flexibilización del trabajo. La actual etapa de la globalización se presenta como ideal y justificante de la liberalización de los mercados laborales.

### 3.2.3 La Perspectiva Postmoderna.

La perspectiva postmoderna se configura de variados enfoques, no obstante, abordaremos los argumentos de dos destacados exponentes de esta opción ideológica, en torno a la nueva sociología del trabajo en la era de la globalización: (NEGRI y HART, 2000, Págs. 75-90)<sup>xlv</sup>. Para estos autores existen singulares diferencias entre la economía fordista y la economía postmoderna. La primera constituye un modelo de producción en el cual la información y la comunicación entre productores y consumidores eran escasa y relativamente lenta; mientras que la segunda se caracteriza por ser altamente comunicacional e informacional. Sostienen que **el trabajo afectivo e inmaterial ejerce un predominio durante la sociedad contemporánea**. En ese sentido, distinguen tres tipos de trabajo inmaterial:

- El de la producción industrial que se ha informatizado y ha incorporado tecnologías de la comunicación, transformando el proceso productivo;
- El trabajo inmaterial de las tareas analíticas y simbólicas, a su vez subdivididos en manipulaciones inteligentes y creativas y tareas simbólicas rutinarias; y
- El trabajo que implica la producción y manipulación de afectos y requiere contacto humano, cooperación e interacción social.

Los argumentos de esta perspectiva ideológica se compadecen con los teóricos que predicen el fin del trabajo que tuvieron presencia notoria en la década de los noventa, como consecuencia de la revolución tecnológica vinculada a la informática y a la globalización. Adicionalmente destacan el tránsito de la producción fordista basada en la jerarquía y la organización corporativa a la producción en red, distinguiendo el proceso de competencia entre los trabajadores, que caracterizaba la economía fordista, del modelo de cooperación y mayor interacción social propio de la economía postmoderna, la cual se proyecta descentralizada y desterritorializada.

#### 3.2.4 Síntesis de los tres enfoques.

Para el enfoque postmarxista el trabajo viene determinado por el incremento en la explotación y en el retroceso evidente de la actividad sindical, predominando en éste último un proceso denominado de desagregación, caracterizado por la disminución de la afiliación sindical, la división del sindicalismo, el auge del individualismo y un fuerte involucramiento e implicación de los trabajadores en el capital.

Respecto al fenómeno de la desagregación (HYMAN, 1996)<sup>xlvi</sup> la caracteriza de la siguiente manera:

- a. Viraje del colectivismo hacia el individualismo, reflejado en el descenso de las tasas de afiliación de los sindicatos;
- b. Polarización dentro de la clase obrera que muchos autores califican como una relación de centro – periferia o entre los de adentro y los de afuera.
- c. La fragmentación dentro de la clase obrera organizada, expresada en conflictos intra e inter sindicales y un debilitamiento de autoridad de liderazgos nacionales y de las confederaciones o centrales obreras.

Para los neoliberales el trabajo se desarrolla favorablemente hacia un proceso de racionalización determinado por el mercado, consecuencia inmediata del desmoronamiento del estado regulacionista e interventor. Manifestación positiva lo constituye el síntoma de debilitamiento de los sindicatos, ya que esta postura doctrinal los considera como una fuerza oscura que impide el libre juego de la oferta y la demanda en el campo laboral.

La flexibilidad en el trabajo se justifica en la medida que suprime aquellos vínculos rígidos entre trabajador y un determinado puesto o centro de trabajo y facilita los procesos de renovación tecnológica y de descentralización productiva.

El enfoque postmoderno centra su argumento en la decadencia de los organismos sindicales, cifrada en la poca o nula influencia que pueden ejercer en el proceso organizativo del trabajo, debido esencialmente a la tendencia global, poco favorable para ellos, hacia la desterritorialización y a la desconcentración del trabajo, aspectos que caracterizan a la era de la economía moderna, producto de las transformaciones profundas que ha experimentado el trabajo. Los autores del postmodernismo al privilegiar el trabajo inmaterial, conducen a la pérdida de significado de la problemática centrada en los intereses de los trabajadores asalariados. Igual razonamiento opera respecto a las luchas de los trabajadores por la repartición de las horas de trabajo en procura de reducir el desempleo o aquellas llevadas a cabo con el propósito de enfrentar normativas que fomentan la precarización del trabajo. Finalmente se enfatiza que el concepto multitud reemplaza la vieja concepción de clases, disolviendo así el concepto de trabajadores y

anulando, en consecuencia, las contradicciones del capitalismo en la fase de la globalización.

Lo cierto es que las tres perspectivas analizadas proporcionan conclusiones notoriamente incompatibles entre sí, lo que pone de manifiesto la necesidad de acudir a propuestas de aplicación universal o general, siendo que el trabajo o las relaciones de trabajo conllevan procesos diversos en cada nivel de análisis, que dificultan su homogeneización.

### **SECCIÓN TERCERA**

#### **LA LEGITIMIDAD DE LOS PODERES EMPRESARIALES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO**

##### **4. LA LEGITIMIDAD DE LOS PODERES EMPRESARIALES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO**

El derecho del trabajo, desde sus orígenes, no ha dejado de reconocer las necesidades del rendimiento económico y de funcionamiento del sistema capitalista de producción y acumulación, otorgando al empleador amplios poderes jurídicos para dirigir y disponer del trabajo contratado bajo el régimen de subordinación o dependencia.

El fenómeno de la globalización, según se ha reseñado, ha generado nuevas formas de organizar el proceso productivo y, adicionalmente, nuevas modalidades de contratación laboral, enmarcándose la mayoría de estas dentro de la denominada “descentralización productiva” “tercerización” o “externalización laboral”. Resultado de ese proceso han surgido las relaciones de trabajo triangulares, articuladas en una relación, cuya estructura distribuye los poderes empresariales, entre las empresas

contratantes, de manera tal que una, la empresaria receptora del servicio, se le atribuye el poder de dirección y control de la actividad laboral, mientras que la otra, la facultad sancionadora o poder disciplinario.

El poder empresarial puede legitimarse y limitarse, con fundamento en dos teorías básicas: Una, **la contractualista**, sustentada en el esquema (bilateral) tradicional de la relación de trabajo que fundamenta aquél y sus límites en la estructura del pacto celebrado entre trabajador y empleador, siendo éste el presupuesto del ejercicio del poder de dirección de la empresa, atendiendo a la calidad de parte que ostenta el empleador en tales relaciones jurídico laborales; la otra, **la Comunitarista o institucionalista**, centra sus argumentos, en la calidad del empresario como titular de la organización, aspecto que constituye el factor legitimador del ejercicio de tales facultades directivas.

La controversia gira en torno a la vigencia y aplicación de las tesis **contractualista o institucionalista** en la fundamentación de los poderes empresariales (dirección y disciplinario), opciones doctrinales cuyo análisis posibilita la identificación del modelo adoptado en determinadas relaciones de trabajo triangulares y, adicionalmente, el problema consiste en la determinación del modelo teórico, (contractualista o Comunitarista), seguido por la legislación laboral panameña, en el esquema de los poderes empresariales descrito.

Precisamente, el objetivo central de este apartado es, en primer término, aportar algunas reflexiones en torno al debate de la opción doctrinal que, entre las tesis contractualistas o institucionalistas, sustenta el poder empresarial y, en segundo lugar, la determinación del modelo por el cual opta el Código de Trabajo panameño. En función del cometido descrito, hemos utilizado el método analítico, dogmático jurídico y de

derecho comparado, contrastando la normativa aplicable a las relaciones de trabajo triangulares en general, con las disposiciones vigentes en nuestro país y en España, país éste de avanzada en el trato jurídico del tema, auxiliándonos con algunos aportes doctrinales y jurisprudenciales, nacionales y extranjeros, cuyas investigaciones y opiniones han precedido la presente investigación y que nos brindan un marco orientador para la articulación de nuestros argumentos.

Advertimos, de inicio, que tanto la doctrina como la jurisprudencia local han dedicado poca atención a esta temática, pese a la existencia, en la actualidad, de numerosas empresas que adoptan esta singular forma de organizar su proceso productivo, por lo cual esta novedosa aventura académica, es propicia para el inicio de un debate jurídico que contribuya a configurar tanto el aspecto sustantivo como el adjetivo del fenómeno en estudio.

#### **4.1 Naturaleza Jurídica de los Poderes Empresariales.**

La naturaleza jurídica de los poderes empresariales debe abordarse, según señalamos en párrafo precedentes, considerando esencialmente los argumentos de dos teorías fundamentales: **la teoría contractualista**, que legitima el poder de dirección en el pacto celebrado entre trabajador y empleador para prestar el servicio y **la teoría Comunitarista o institucionalista** que legitima tales poderes en la condición de titular de la organización económica o empresarial. Sobre el particular, haremos alusión, previamente, a las opiniones de especialistas locales y extranjeros y, seguidamente, elaboraremos nuestra postura al respecto. Así, para (CHACÁRTEGUI, 1998, págs.. 18-47)<sup>xlvi</sup>, a quien seguimos en esta apartado, la doctrina se ha agrupado en torno a dos grandes tendencias: **la Teoría Comunitarista o Institucionalista y la Teoría Contractualista**. Otro

sector<sup>xlviii</sup>, argumenta, en relación a la justificación del poder de dirección, que existen tres posiciones: la tesis contractualista, tesis institucionalista y la teoría intermedia.

#### 4.1.1 Teoría Comunitarista o Institucionalista

##### 4.1.1.1 Tesis Comunitarista y Poder de Dirección.

La Teoría Comunitarista o Institucionalista, de génesis alemana, soslaya el presupuesto contractual para legitimar los poderes empresariales, en especial, el de dirección, poniendo énfasis en la **titularidad de la organización empresarial**. Esta condición es la que lo vincula al poder de dirección. (ALONSO OLEA, 1965, pág. 105)<sup>xlix</sup>, ha puesto de manifiesto esta posición, cuando afirma que:

“el contrato de trabajo ni agota ni explica en su integridad el poder de dirección, como tampoco los poderes que el contrato confiere se restringen al de dirección”

Cabe hacer la observación de que en otra producción colectiva doctrinal, de fecha posterior, (ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, 1997, Pág. 354)<sup>l</sup>, el primero de los autores señala que:

“(…) el poder de dirección es la facultad, que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo”

Se aprecia en la última noción expuesta, una aparente variación del criterio anterior, ya que, en primer término, se asumen argumentos acordes con la teoría comunitarista y, posteriormente, como veremos, adopta la posición contractualista que fundamenta el poder de dirección en el contrato de trabajo.

(MONTTOYA, 2003)<sup>li</sup>, uno de sus exponentes más conspicuos, argumenta que el poder de dirección posee dos dimensiones: **una general**, acorde con la atribución al empresario de decidir sobre aspectos relacionados con la totalidad de la organización laboral de la empresa, tales como la determinación del volumen de la plantilla, la contratación del trabajo de modo directo, a través de contratos laborales o por los procedimientos de externalización en el trabajo, la reducción del número de trabajadores, la elección de la forma de contratar a los trabajadores, etc.; **otra singular**, en virtud de la cual el poder de dirección se ejercita a través de las órdenes e instrucciones que el empleador o sus representantes, giran a cada trabajador, en función del cumplimiento de su contrato de trabajo.

Fundamenta (MONTTOYA, 1981, Págs.158- 176)<sup>lii</sup>, adicionalmente, el poder de dirección del empleador, en el artículo 38, de la Constitución Española, que consagra la **libertad de empresa** en el marco de la economía de mercado, disposición que, según él, ordena a los poderes públicos que garanticen el ejercicio de esa libertad, así como la defensa de la productividad, despejándose toda duda razonable de que ese poder queda recogido, implícitamente, en el marco constitucional. Teniendo como referencia normativa el contenido del Estatuto de Trabajadores españoles, este autor afirma lo siguiente:

“Presupuesto de esa sujeción o dependencia es la integración del trabajador al ámbito de dirección y organización del empresario (art. 1.1 ET). En virtud de esa integración, **consecuencia a su vez de la celebración del contrato de trabajo**, el trabajador se obliga a cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas (art. 5 ET). Este poder directivo singular ordena el trabajo convenido (art. 20), fijando la diligencia y colaboración debida en el trabajo (art. 20. 2) y adoptando medidas de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones del trabajador” (Resaltado nuestro)

Y, a la vez, define (MONTTOYA, 1965, Pág. 44)<sup>liii</sup> como poder directivo:

“(…) el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa”

(MONTTOYA, 2003)<sup>liiv</sup>, afirma, que “el supuesto normal de titularidad y ejercicio del poder directivo es aquél que enfrenta a un empresario con un trabajador **vinculado a él a través de un contrato de trabajo**”. No obstante, alude a otros supuestos que él denomina de “estructuras complejas”, incluyendo en éstas las contratas, subcontratas y las empresas de trabajo temporal, por un lado, y los grupos empresariales, por el otro. Respecto a las primeras, sostiene que su finalidad es la descentralización productiva, mientras que las segundas son instrumentos de concentración empresarial. Para este autor, el poder de dirección se expresa, además, de manera individual o colectiva, en el ejercicio del *jus variandi* en sus distintos grados o variantes. Así, el artículo 39, del Estatuto de los Trabajadores españoles, le otorga la **facultad de realizar traslados y desplazamientos**, cuyo texto es el siguiente:

**“Artículo 39. Movilidad Funcional.**

1. La movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador.
2. La movilidad funcional para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional sólo será posible si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. El empresario deberá comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores”

Por su parte, el artículo 41, del Estatuto de los Trabajadores, regula las **modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo**, que puede realizar el empresario, en los siguientes términos:

**“Artículo 41. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.**

1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten las siguientes materias:

- a. Jornada de trabajo.
- b. Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c. Régimen de trabajos a turnos.
- d. Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e. Sistema de trabajo y rendimiento.
- f. Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.”

El autor hace alusión a **otras manifestaciones del poder de dirección empresarial**, concretadas en los artículos 47, 51, 52 y 52c, del Estatuto de Trabajadores, aunque aclara que tratándose de los despidos por causas objetivas, si bien tienen su última causa en el poder de decisión del empresario, se adscriben a la vertiente no directiva sino disciplinaria de dicho poder. Finalmente, destaca que los poderes del empresario van siendo limitados más y más, por los derechos, cada vez más numerosos y bien perfilados, que el ordenamiento reconoce a los trabajadores.

Comentando el punto de vista del distinguido autor, hacemos la observación de que si bien sujeta la subordinación del trabajador a la esfera organizacional del empresario, a la vez, condiciona tal incorporación e integración a **la previa celebración de un contrato de trabajo**, como supuesto normal de titularidad y ejercicio del poder directivo, aspecto, éste último, característico, como veremos posteriormente, de la tesis

contractualista que fija en el contrato la legitimidad y los límites de los poderes empresariales.

Para (HERNÁNDEZ, S/F)<sup>iv</sup>, el poder de dirección, consiste en:

“(...) la facultad del empleador de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de prestación del servicio, la facultad de especificar los puestos y atribuciones de éstos, **de ordenar la empresa conforme a sus necesidades** específicas de orden técnico, funcional, económico y conforme a los requerimientos de la producción”

En **sentido lato**, este autor, sostiene que:

“(...) el poder de dirección del empleador comprende la totalidad de las facultades o poderes jerárquicos. Esto se manifiesta en el poder de dictar reglamentos y normas generales; en la facultad de establecer controles administrativos, disponer de medidas de seguridad, de publicidad, de opinar, informar y dar órdenes particulares al personal (y a cada trabajador), de organizar y **adaptar el trabajo a los cambios técnicos y de organización de la empresa**. Comprende, pues, la facultad de dirigir, dar órdenes e instrucciones, la facultad de reglamentar la prestación del trabajador en la empresa, la facultad de vigilar y fiscalizar y la facultad de sancionar (poder disciplinario) las faltas cometidas por el trabajador”

En **sentido restringido**, define el poder de dirección, como:

“(...) la facultad de dictar órdenes e instrucciones, de acuerdo a **las necesidades de la empresa**, para que ésta pueda cumplir con sus fines. Esto implica necesariamente la facultad de organizar económica, estructural y técnicamente a la empresa”

Describe la teoría institucionalista como aquella que considera a la empresa como una agrupación de personas reunidas y organizadas permanentemente, conforme a los estatutos que confieren determinados poderes a los órganos de dicha asociación, semejantes - guardando la distancia - a los poderes del Estado. De este modo, el poder disciplinario es una cualidad inherente al jefe de la empresa, complemento necesario del

derecho de dirección. Citando a **DURAN Y JAUSAUD**, sostiene que “la vida de un cuerpo social (...) estaría comprometida si la autoridad responsable no pudiera sancionar las reglas de conducta impuestas a los miembros del grupo”, concluyendo que “el poder disciplinario se forma entonces espontáneamente, en todas las instituciones, públicas y privadas: la familia, las asociaciones, la empresa patronal”.

Resulta evidente la suscripción de este autor a la opción doctrinaria comunitarista, desde el momento en que integra la labor del trabajador, esto es, la prestación del servicio a las necesidades organizativas empresariales. Se trata, según se desprende de sus argumentos, de la confluencia de intereses comunes entre trabajador y empleador, en función de cumplir los fines de la empresa.

En igual sentido, **VASQUEZ VIALARD**, citado por (**HERNANDEZ, Ídem**), manifiesta que el poder de dirección comprende:

“(...) el conjunto de atribuciones jurídicas que el ordenamiento jurídico estatal reconoce al empleador para que pueda organizar económica y técnicamente a la empresa (explotación o establecimiento), que se traduce fundamentalmente en la posibilidad de emitir órdenes, instrucciones y directivas, de acatamiento obligatorio para el trabajador, sobre el modo de ejecutar el trabajo y demás aspectos concernientes a la marcha de aquélla, para el logro de sus objetivos, debiendo su ejercicio hacerse con carácter funcional, **atendiendo a los fines de la empresa**, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador” (resaltado nuestro)

Para (**GIERKE, 1982**)<sup>lv)</sup> el contrato de trabajo, denominado por él “de servicios”:

“(...) crea al mismo tiempo **un derecho de señorío** que otorga un poder sobre la persona como tal. Así el que recibe el servicio tiene a su disposición la fuerza de trabajo del obligado y puede dirigir su actividad según su voluntad al fin propuesto”

(**BARREIRO, 1982**)<sup>lvii)</sup>, comentando la obra del autor citado, sostiene que:

“La existencia de la relación de poder es necesaria para GIERKE entre el sujeto y la organización de la que forma parte. Es impensable una organización jurídica sin la sumisión de sus miembros”

La tesis argumentativa de la relación de trabajo, desde la perspectiva institucionalista, afirma que aquél que recibe el servicio tienen a su disposición la fuerza de trabajo del obligado y puede dirigir su actividad según su voluntad al fin propuesto, prerrogativa que se extiende a la personalidad del trabajador, la cual, de acuerdo a esta corriente teórica, es inescindible de la prestación de trabajo, siendo el sujeto empresario el único capaz de ejercerla en el sistema capitalista. Inclusive, se sostiene que el deber de fidelidad contractual general del obligado se mantiene, aún en ausencia de disposiciones legales o contractuales al efecto<sup>lviii</sup>.

Precisamente, otro de los argumentos que suscribe la tesis comunitarista hace referencia al **deber de fidelidad que debe tener el trabajador**, sustentado en el interés del buen funcionamiento de la empresa, el cual justificaría exigencias u obligaciones de diversas naturalezas, que no serían compatibles desde el enfoque contractualista. En vías de ejemplo, se enuncian, entre tales obligaciones, la de laborar trabajo extraordinario, conducir su vida privada sin menoscabar los intereses de la empresa, la de reserva de información que afecte el buen nombre de la empresa. En esencia, lo que se promueve, bajo la exigencia de la fidelidad que debe mantener el trabajador, es el modelo unitario de relaciones laborales, en que se impulsa el reemplazo del contrato de trabajo por la relación de trabajo extracontractual, sustentada en el hecho de la incorporación a la organización de la empresa (DIEGUEZ, 1969, Pág. 24)<sup>lix</sup>. Sobre el particular, se señala que la ideología subyacente en tales argumentos consiste en “trabajo y bien común”,

junto a la concepción de la empresa como sistema unitario, de tal modo que “únicamente existe una fuente legítima de autoridad y un solo centro de lealtad en la empresa” (CHACÁRTEGUI, 1998)<sup>lx</sup>, motivo por el cual el trabajador debe someterse leal y obedientemente al empleador. Adicionalmente, esta perspectiva se proyecta en el ámbito colectivo de trabajo, negándole valor al conflicto laboral y deslegitimando la presencia sindical, reputándola como un acto intrusivo. Respecto a la justificación comunitarista, del poder de dirección del empresario, en el bien común, la autora mencionada, aporta las siguientes críticas y observaciones:

“La concepción comunitarista refuerza el poder de dirección del empresario en el sentido de no admitir ninguna intervención ajena al empresario y trabajador, ya que éste se justifica en base al “bien común” que constituye la organización empresarial tanto para el empresario como para los trabajadores: Se compara el modelo empresarial unitario con el de otras estructuras sociales, como las familiares y al empresario con el de buen padre de familia que mira por el interés de sus hijos cuando les está imponiendo su voluntad que éstos han de acatar. Este modelo unitario de relaciones laborales fue el modelo imperante desde los años 40 hasta la promulgación del Estatuto de los Trabajadores en el año de 1980. A consecuencia de este reforzamiento del poder de dirección, se justifica la idea del derecho del empresario a requerir una obediencia incuestionable al trabajador a través de la aplicación por la jurisprudencia del principio *solve et repete*, por el cual el trabajador se ve compelido a obedecer, sin perjuicio de una hipotéticamente posterior reclamación judicial”

#### 4.1.1.2 Tesis Comunitarista y Poder Disciplinario.

La otra vertiente de los poderes empresariales, la constituye el poder disciplinario, el cual, desde la perspectiva comunitarista, viene conformado por un sistema de sanciones que constituyen un elemento vital de toda organización, concibiendo al contrato de trabajo como un mero acto-condición de la institución disciplinaria. Las prerrogativas empresariales, bajo esta línea argumentativa, no estarían condicionadas a servir solamente de garantía de los derechos particulares del empresario como acreedor de la

prestación, sino que serían instrumentos de defensa del orden en la empresa, en consecuencia, se justificaría la facultad discrecional, en materia disciplinaria, en función de intereses ligados a la organización empresarial que trasciende al ámbito específico del empresario, en los que estarían comprometidos los trabajadores, debido a que el escenario usual o común, la empresa y su organización, resulta un ambiente de convivencia en el que el orden les atañe de manera directa.

En el contexto de la **jurisprudencia francesa**, la doctrina comunitarista ha recibido recepción, en cuanto al poder disciplinario se refiere. En ese sentido, **la Sentencia de 16 de junio de 1945<sup>k1</sup>** dictamina que “el empresario ostenta un poder disciplinario inherente a su persona, en función del cual éste tiene la facultad, en ausencia de disposiciones restrictivas del reglamento interior de empresa, de hacer uso de él, bajo la única reserva de control de la autoridad judicial”. Siendo el empresario la máxima autoridad de la comunidad jerarquizada y organizada, esto es, la empresa, debe disponer de una serie de poderes, incluyendo, el disciplinario, para el ejercicio de sus funciones. Prevalece el interés económico de la empresa, cuya responsabilidad le compete al empresario, aspecto que justifica el poder disciplinario.

#### **4.1.1.3 Tesis Comunitarista y Teoría de la Potestad Delegada.**

La teoría comunitarista o institucionalista presenta una variante, cuyo enfoque central gira en torno a la atribución al empresario del poder disciplinario por la vía normativa laboral, lo que supondría una delegación del ordenamiento jurídico de tales facultades. En el ámbito español, los que se adscriben a esa línea de pensamiento se basan en el contenido del artículo 58 del estatuto de los Trabajadores, cuyo texto es el siguiente:

**“Artículo 58. Faltas y sanciones de los trabajadores.**

1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo aplicable.
2. La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de las empresas serán siempre revisables ante la jurisdicción competente. La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan.
3. No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber”

Respecto al precepto transcrito, se arguye que éste es el que establece directamente las facultades disciplinarias y no el contrato, ubicándose la situación en el terreno de la heteronomía, y no en el de la autonomía, de manera que el ejercicio del poder disciplinario empresarial constituye una expresión de la aplicación de normas, no obstante, el aplicador de éstas sea un sujeto particular.

**4.1.1.4 Otras Teorías Afines a la Tesis Comunitarista.**

Refiriéndose al ordenamiento jurídico español, (CHACÁRTEGUI, 1998)<sup>lxii</sup> afirma que algunos autores han tratado de explicar la naturaleza del poder disciplinario, acudiendo a otras opciones teóricas, derivadas o afines a la teoría comunitarista, entre las que se mencionan: **la concepción institucional del poder disciplinario, la teoría del objetivo comunitario y aquella de la concepción mixta o teoría contractualista reformulada.**

La primera de ellas, **la concepción institucional del poder disciplinario,** apoyándose, al igual que la teoría de la potestad delegada, en el artículo 58 del Estatuto

de Trabajadores españoles, es defendida por (MESQUITA, 1951, Pág. 13)<sup>lxiii</sup>, para quien el origen del poder disciplinario tiene como fuente, no al empresario subjetivamente considerado, sino a la dirección de la empresa, predominando la dimensión institucional, ya que el precepto parte de una realidad institucional, un órgano de la empresa, su dirección, y no del empresario como titular de un contrato. Según esta opción argumentativa, el poder disciplinario es aquél que se ejerce por intermedio del poder directivo institucional, por el simple acto de la integración de la persona que suministra el trabajo en la institución, lo que se verifica normalmente a través del contrato individual de trabajo.

Por su parte, la tesis **del objeto comunitario**, que tiene entre sus exponentes a (LÓPEZ, 1979)<sup>lxiv</sup>, fundamenta el poder disciplinario, en el hecho de haber sido, el empresario, el organizador de la infraestructura empresarial, correspondiéndole, en consecuencia, la coordinación de los elementos necesarios para alcanzar el objetivo social u objetivo comunitario.

Por último, la **teoría mixta o contractualista reformulada**, expuesta por (ALONSO GARCÍA, 1987)<sup>lxv</sup>, la cual adopta los argumentos comunitaristas que sustentan el poder de dirección en consideración a la realidad de la empresa y a las exigencias organizativas, no obstante, incorporan reflexiones relacionadas con la tesis contractualista. En tal sentido, lanzan una crítica a ésta por el elevado nivel de abstracción en sus argumentos, lo que amerita introducirle algunas correcciones. En lo medular, se reconoce el papel que juega la voluntad de las partes en la aceptación de dicho poder, expresada a través del contrato de trabajo, conjugada en sus elementos principales, la subordinación y la disciplina; sin embargo, destacan que la prestación del

servicio debe adecuarse a la realidad y exigencias empresariales, en virtud de que la relación de trabajo se verifica en el seno de una organización que posee sus propias reglas de funcionamiento.

#### 4.1.2 Teorías Contractualistas.

Las tesis contractualistas tienen como denominador común todas aquellas opciones doctrinales que **fundamentan y limitan el poder de dirección del empleador en el contrato de trabajo**. Para fundamentar el origen y límites de los poderes empresariales, se apoya en los elementos subordinación y dependencia, que caracterizan al contrato de trabajo. La existencia y legitimidad del poder empresarial vienen determinadas por la propia estructura jurídica del pacto celebrado entre las partes.

Desde esta perspectiva, el contrato de trabajo cumple una doble función: por un lado, representa la fuente constitutiva de la relación de trabajo y, por el otro, desempeña la función de dotar de contenido a esa voluntad pactada. Vale aclarar que tal noción no fue la expresión inicial, sustentadora de esta opción doctrinal, puesto que bajo el influjo de las tesis liberales decimonónicas, reinaba un absolutismo patronal engendrado por los principios de la Revolución Francesa, escenario donde el contrato de trabajo consolidaba los poderes empresariales y, a la vez, supuso **un derecho de propiedad sobre la prestación laboral de sus trabajadores**, la cual quedaba integrada, como un elemento más, de la explotación.

En ese contexto, la celebración del contrato de trabajo tenía como presupuesto la libre voluntad de los contratantes, hecho que, desde la perspectiva del trabajador, resultó

en una utopía liberal, por ser la parte más débil de la relación contractual, respecto a su contraparte, el empresario.

El esquema liberal – contractualista, posteriormente, se deteriora y cede protagonismo a la postura que, actualmente, constituye el paradigma representativo de la teoría contractualista del poder de dirección. El argumento esencial de esta opción interpretativa consiste en considerar al contrato de trabajo como presupuesto del ejercicio del poder de dirección de la empresa y, conjuntamente, constituirlo como título jurídico que limita al empresario, al momento de determinar las obligaciones del trabajador, por lo pactado previamente. El ejercicio del poder de dirección, integrado a la estructura contractual como parte de la relación jurídico - laboral, aparece condicionado y limitado por su fuente, el contrato de trabajo, **no por ser titular de una organización**, como sostiene la tesis institucionalista.

Para (HERNÁNDEZ, S/F)<sup>lxvi</sup>, esta teoría legitima el poder de dirección del empleador en el contrato. Las facultades empresariales vienen determinadas por la ley, el convenio colectivo o el contrato individual, en consecuencia, el trabajador acepta y está obligado a aceptar el poder jerárquico del empleador. El poder emana de un estado de subordinación propio de la relación contractual, naciendo el deber de obediencia de la relación de dependencia, del poder de mando característico del contrato de trabajo, ya que el poder de mando es una condición esencial del contrato, por lo que las sanciones disciplinarias están dadas sobre el contrato mismo, y la obligación de disciplina, es una obligación del contrato derivada de su estrecha conexión con otras obligaciones esenciales, como la prestación del servicio y la jerarquía reconocida al empleador.

## **4.2 Legitimidad de los Poderes Empresariales en el Derecho Laboral**

### **Panameño.**

#### **4.2.1 Doctrina Nacional.**

Con relación a la legitimidad de los poderes empresariales, en Panamá, pocas han sido las manifestaciones doctrinales que se han expuesto respecto al tema, en consecuencia, se advierte una escasez marcada de fuentes que aborden, ampliamente, un análisis integral y exhaustivo del asunto en cuestión.

Entre los pocos estudios que podemos mencionar, nos encontramos con la opinión de (MURGAS, 1982)<sup>lxvii</sup>, quien sostiene que:

“el poder de dirección corresponde al empresario y deriva fundamentalmente de la situación de subordinación jurídica en que se encuentra el trabajador” y, con relación al poder disciplinario, este autor lo hace derivar “de las facultades de dirección y reglamentaria que ostenta el empresario...” el cual “constituye parte esencial en la organización de la empresa de hoy”.

(TORRES, D. V. 1997, Págs. 59-78)<sup>lxviii</sup>, refiriéndose a los poderes del empresario, afirma que consisten:

“en el poder derivado, por un lado, del derecho a la libre empresa, y por el otro, de la subordinación jurídica a la que se ve sometido el trabajador ante el empleador en las relaciones laborales”

Sin embargo, posteriormente, hace la salvedad de que “el fundamento de los poderes empresariales ha sido encontrado en el propio contrato individual de trabajo. Una vez concertado el mismo se convierte en el título jurídicamente válido en el que el empresario puede basar las decisiones de carácter laboral que recae en la persona del trabajador y a las que el mismo está en la obligación, en acuerdo al diseño normativo laboral, de acatar”.

Puede advertirse que no existe uniformidad en los planteamientos de los referidos autores, ya que el primero pareciera seguir la corriente institucionalista o Comunitarista que sustenta la legitimación de los poderes empresariales en la condición de titular de la organización que ostenta el empresario; mientras que el segundo pareciera adoptar una tesis intermedia que combina los argumentos de ambas opciones doctrinales para sustentar la legitimidad de los poderes empresariales.

Por su parte, (HOYOS, 1982, Págs. 140-142)<sup>lxix</sup>, argumenta, refiriéndose a la validez del poder de dirección del empresario que éste “es inherente al contrato o a la relación de trabajo”, puesto que en este tipo de relación – sigue diciendo – “el trabajador se obliga a prestar servicios o ejecutar obras a favor de una persona natural o jurídica, y bajo la subordinación o dependencia de ésta”. Este autor, aunque en principio, pareciera seguir la tesis contractualista, en la fuente citada finalmente argumenta – refiriéndose a los poderes de dirección y disciplinario – que de ellos surge, para el empleador, el derecho de adoptar todas aquellas normas y disposiciones **que estime convenientes** para el adecuado funcionamiento de la empresa, detalle este último que caracteriza a las tesis institucionalistas o comunitaristas que otorgan al empleador facultades amplias, **en interés de la empresa**, que eventualmente podrían exceder lo pactado en el contrato de trabajo.

(MOLINA, 2002, Págs. 58-59)<sup>lxx</sup>, aborda el tema y concluye, refiriéndose al poder de dirección, que éste tiene su fundamento:

“(…) por un lado, en la propiedad privada de los medios de producción, y, por el otro, en una razón de necesidad técnica”.

El autor citado sustenta su punto de vista, **desde la perspectiva de su condición de propietario de los medios de producción**, argumentando que el poder del empleador capitalista sobre el trabajador se origina en la dependencia económica de éste respecto de aquél, lo cual, a su vez, tienen su causa en el hecho de ser el empleador quien tienen la propiedad real sobre los medios de producción. Es ésta la verdadera causa”; **desde la perspectiva de una razón de necesidad técnica**, afirma que la unidad de todo proceso, incluyendo el de producción, sólo es posible cuando se logra la coordinación de todos sus elementos. Esa unidad – sostiene el distinguido autor – se da de manera natural en el trabajo individual de quien posee los medios de producción. Sin embargo, cuando los factores y/o sus elementos son aportados por varias personas, la unidad de voluntad necesaria para guiar el proceso no se da automáticamente. Entonces se hace necesario que alguien dirija todo el proceso de producción según una estrategia definida.

Respecto a la interesante tesis sostenida por este autor, pertinente resulta hacerle las siguientes observaciones: aunque comparte algunas características de las tesis comunitaristas o institucionalistas, no explica, de manera detallada y consistente, el por qué la condición de ser el empleador el propietario de los medios de producción legitima los poderes empresariales en general y el poder de dirección en especial sobre el trabajador, considerando, por ejemplo, que tal situación jurídica (el ser propietario de los medios de producción) no tendría relevancia alguna, de no existir el **nexo contractual** que la une con el que va a aportar su fuerza de trabajo, el cual constituye la conexión necesaria para que se generen derechos y obligaciones entre las partes. En otras palabras, ningún propietario de algún medio de producción, podría ejercer, en el ámbito laboral, ningún poder sobre alguna persona, a no ser que se encuentre vinculado por un acuerdo

de voluntades, aún a través del moderno contrato de trabajo de adhesión, el cual requiere, inclusive, un mínimo de asentimiento del trabajador para su perfeccionamiento y es a **partir de este momento** que el empleador queda legitimado y limitado, a la vez, para ejercer el poder de dirección y sus derivados, **como parte del contrato de trabajo**. Coincidimos respecto a **la necesidad técnica de una dirección en el proceso productivo**, no obstante, en el ámbito laboral, ésta se actualiza **de acuerdo al contenido de lo previamente pactado**, de tal manera que el ejercicio del poder de dirección, al margen de lo convenido en el contrato de trabajo, carecería de fundamento legitimador.

Finalmente, (VARGAS. 1998, Pág. 34-35)<sup>lxxi</sup>, sostiene que “el poder de dirección se traduce en el derecho de organización, el derecho de mando, el derecho de supervisión o vigilancia y el derecho de sanción por parte del empleador”, argumentos adscritos a la corriente institucionalista, sin embargo, afirma – aludiendo al poder de vigilancia – que tal verificación puede efectuarla “en cualquier momento para determinar la capacidad técnica o productiva del agente y establecer si la ejecuta en la forma prevista **en la relación contractual**”, aspecto éste que resulta coherente con la tesis contractualista, que fija los límites del poder empresarial en la estructura del contrato de trabajo.

#### 4.2.2 Nuestra Posición.

Una vez descritas las teorías principales que fundamentan la naturaleza y límites de los poderes empresariales, nos adscribimos a la corriente que ve en el contrato de trabajo su fuente, fundamento y límite, esto es, a **LA TEORÍA CONTRACTUALISTA**. Nuestro punto de vista lo sustentamos en los siguientes argumentos:

Cómo método expositivo acudiremos al contraste entre los argumentos de las tesis institucionalistas con los sostenidos por la doctrina contractualista, para así arribar a la configuración de nuestra posición en torno a este interesante tema. Según hemos observado, las tesis comunitaristas o institucionalistas, si bien aceptan al contrato de trabajo como fuente inmediata del poder empresarial, en especial, el de dirección, el fundamento de éste lo ubican en la propia naturaleza de relación de trabajo, ya que ésta – según su opinión - determina la necesidad de un poder organizador mucho más complejo que el - calificado por ellos como - propio de la simple relación individual de trabajo.

Se ha puesto de relieve que, para la opción comunitarista, resulta insuficiente la sola celebración del contrato y los efectos que ésta conlleva, para explicar plenamente la presencia del poder de dirección del empleador. No obstante, de acuerdo a la teoría contractualista, respecto al poder de dirección, **el contrato de trabajo se constituye en fuente fundamento y límite de ese poder**, debido, en primera instancia, a que tal opción interpretativa es compatible con los principios fundamentales que integran la teoría general de las obligaciones y contratos y, además, debido a que contribuye a la articulación de un justo equilibrio entre los derechos del trabajador y el poder de dirección del empleador.

Con relación al primero de los argumentos enunciados, acudimos a la teoría general de las obligaciones y contratos regulada en el Código Civil, en la cual se prevé que el contrato supone el acuerdo de dos o más personas, con la finalidad práctica de regular una determinada situación y para cuya realización los contratantes quedan vinculados entre sí a observar una específica conducta. Bajo este enfoque en la estructura del pacto suscrito o celebrado por las partes confluyen los elementos siguientes: una inicial

situación de arbitrio individual de los sujetos contratantes, una disparidad de intereses personales heterogéneos que se intentan armonizar y una vinculación futura de la conducta de los intervinientes a las estipulaciones pactadas. Tales elementos deben armonizarse en la figura del contrato a través de los principios contemplados por el ordenamiento civil, en especial, el de libertad contractual (artículo 1106 del Código Civil), el de igualdad de las partes (artículo 1107 del Código Civil) y de la fuerza vinculante de los contratos como regla objetiva de la conducta (artículo 1109 del Código Civil). Estos principios permanecen estrechamente relacionados y armónicos, no obstante, el principio que reconoce fuerza vinculante al acuerdo celebrado, resulta esencial en la sustentación de la opción doctrinal que adoptamos del contrato como instrumento jurídico limitativo de los derechos y obligaciones de las partes, considerando que el reconocimiento de aquella constituye la fórmula protectora de la libertad de la persona frente al posible incumplimiento de la otra parte, de manera tal que la libertad queda garantizada en la medida en que ambas partes quedan sometidas a lo previsto contractualmente y, correlativamente, queda vulnerada cuando el cumplimiento del contrato se deja al mero arbitrio de una de las partes contratantes.

El acuerdo de voluntades generador del contrato se caracteriza por su tendencia a armonizar la confluencia de intereses contrapuestos y diferentes de las partes que lo celebran, en consecuencia, en el contrato se establecen las obligaciones que deberán ser cumplidas por el trabajador y el empleador. La confluencia de intereses comunes, mediante el acuerdo de voluntades, en función de colaboración de los unos con los otros, degenera la figura del contrato, de tal manera que ésta sólo es posible cuando el acuerdo se origina en una disparidad de intereses de cada una de las partes contratantes. Siendo

así, es evidente la contradicción en la cual incurre la teoría comunitarista al no poder negar, en principio, que el contrato de trabajo constituye la fuente del poder directivo, no obstante, desconocen la contraposición de intereses entre trabajadores y empleadores, pues el trabajador, en su lógica interpretativa, ya no tienen intereses propios, sino que se integra plenamente a la comunidad de la empresa.

Adicionalmente, si consideramos que la teoría general del contrato pone el acento en la armonización de intereses diversos, la teoría del contrato de trabajo deviene en la composición no sólo de intereses diversos sino, y sobretodo, contrapuestos.

A nuestro juicio, la tesis contractualista presenta una versión acorde con la realidad que se proyecta en la relación de trabajo. En efecto, el poder empresarial surge respecto a determinado o determinados trabajadores, según se haya o no concertado un contrato de trabajo. De otra manera, para el derecho del trabajo el poder de dirección no supondría significado jurídico alguno de no darse la existencia del vínculo contractual entre empleador y trabajador. Inclusive, podría existir la empresa, pero dirigida con personal familiar, no obstante, no se produciría ningún efecto trascendental para la disciplina. El poder empresarial surge con y en razón de la existencia de una relación de trabajo, con sus elementos constitutivos: la subordinación jurídica y la dependencia económica, que aunque reflejan debilitamiento en su configuración actual, aún representan aspectos determinantes de la existencia de la relación de trabajo. Y es que la subordinación jurídica existe, en tanto esté presente el poder de mando del empleador y ello puede darse únicamente ante la celebración de un contrato de trabajo, de allí que adoptemos la tesis contractualistas como sustento del poder de dirección empresarial.

Por otro lado, el derecho laboral contemporáneo, se fijó de sus inicios la misión de “elevanto al asalariado, no como individuo, sino como clase, a punto central del ordenamiento jurídico”, subordinando la conveniencia de los empresarios a las necesidades vitales y sociales del trabajador. Adicionalmente, la celebración de un contrato de trabajo no debe conllevar, para el trabajador, la asunción de los riesgos de la empresa, ya que su titular **tiene intereses y metas diferentes** a los de los trabajadores, contrario a lo sostenido por la tesis Comunitarista, que defiende la comunidad de intereses inter partes.

Finalmente, aportamos una aproximación a la situación que se presenta en el ejercicio de los poderes empresariales a lo interno de la estructura contractual derivada de la descentralización productiva o externalización laboral. En ese sentido, opinamos que, en términos generales, en este tipo de relaciones triangulares se produce una disociación entre la titularidad y el ejercicio del poder de dirección del empleador, en virtud a una delegación a la empresa usuaria de facultades jurídicas que le son propias al empleador en los esquemas clásicos de la relación bilateral. La especial conformación triangular del acto jurídico implica una redistribución de poderes empresariales que se alejan de la fórmula bilateral típica, de tal manera que la empresa usuaria, con la que el trabajador no posee ningún vínculo contractual, asume parte del poder que le correspondería al empleador formal del trabajador que pone a disposición de la empresa usuaria.

El escenario descrito, adquiere mayor relevancia tomando en consideración la escisión que se produce del poder de dirección, al conservar el empleador formal la facultad de ejercer el poder disciplinario, restando exclusividad absoluta a la empresa usuaria del poder de dirección y, en consecuencia, convirtiéndose éste en un poder

compartido entre ambos empleadores. La descentralización productiva, como veremos en detalle posteriormente, consiste en todas aquellas formas de organización de la actividad empresarial en virtud de la cual una empresa, denominada principal, decide no realizar directamente ciertas actividades, optando por desplazarlas a otras empresas o personas individuales.

La configuración trilateral de las formas de descentralización productiva, rompe con el principio de unicidad funcional y operativa vigente en el esquema tradicional bilateral de la relación de trabajo en las que generalmente coinciden en la misma persona la titularidad y el ejercicio del poder de dirección empresarial, aspecto que introduce elementos característicos de la tesis comunitarista, ya que pese a no existir un nexo contractual del trabajador con la empresa receptora de los servicios, ésta conserva y ejerce facultades de dirección y control de la actividad laboral durante el tiempo que dure la prestación, sustentada en la idea de la empresa como organización social y adoptando el empleador las disposiciones precisas para que tal institución funcione, de manera que las prerrogativas a él atribuidas lo son en interés de la empresa, aspecto que presupone, además, la escisión entre titularidad y ejercicio del poder de dirección.

La fragmentación del poder de dirección, asignándole a la empresa usuaria facultades de dirección privilegia el interés de la organización en la que se integra el trabajador, debiendo éste obedecer instrucciones y órdenes de aquella en uso de su potestad organizativa, pese a la **inexistencia de vínculo contractual alguno**, lo cual se traduce en una relativización del carácter tuitivo del derecho del trabajo, en la escisión de su sistema de garantías, en la ampliación de los poderes empresariales y, pero aun, en un cambio en los fundamentos del poder empresarial.

Lo anterior, lleva implícito una ruptura con la tesis contractualista del poder de dirección, según la cual el contrato de trabajo constituye el fundamento y límite de ese poder, ya que se subordina la esfera personal del trabajador a **los intereses generales de la organización empresarial**, detalle que, según sostiene la tesis comunitarista, resulta ventajoso, puesto que es a la empresa a la que le corresponde el control efectivo sobre todos los elementos que integran la organización empresarial, **incluidos los trabajadores**. La asignación del poder de dirección y control a la empresa usuaria implica que ésta, en función de sus necesidades productivas, puede impartir órdenes al trabajador sin haber pactado previamente con éste el objeto que constituye la prestación de servicio, desvirtuándose así el principio de que el contrato constituye, no sólo la expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, sino el instrumento indispensable definitorio de los derechos y obligaciones legítimos de trabajador y empleador y, en consecuencia, el título jurídico donde se delimitan los elementos esenciales de la prestación laboral, con base en las fuentes legales y convencionales. Se infiere de lo dicho que el contrato de trabajo representa el primer límite dentro del cual ha de moverse el poder de dirección, obligándose al trabajador a realizar el trabajo convenido o la prestación debida, según lo previsto en aquél<sup>lxxxii</sup>.

Sin perjuicio de profundizar posteriormente, al analizar las modalidades específicas de descentralización productiva, según nuestro criterio, la redistribución de los poderes empresariales no tiene aplicación dentro de un sistema contractualista en el cual el poder de dirección se concibe limitadamente, con base en el acuerdo que libremente se manifiesta entre el trabajador y el empleador, debido esencialmente a que la existente entre ambas partes no puede caracterizarse como una relación preexistente al contrato de

trabajo en la que el trabajador ofrezca su fuerza de trabajo de una forma ilimitada, sino que es precisamente mediante el contrato cuando nace la relación jurídico – laboral entre estos dos sujetos. Esto es así porque lo contrario configuraría una relación de señorío, concebida como una relación de fuerza en la que la persona del trabajador se considera como una herramienta o mercancía de la que se sirve el detentador del poder para extender sus dominios.

La tutela constitucional de la libertad de empresa como sustento del poder de dirección, no constituye un argumento definitivo, puesto que la normativa fundamental exige limitaciones, en función del respeto a los derechos humanos fundamentales del trabajador. Y es que una justificación que se base en la libertad empresarial no puede soslayar toda una serie de derechos constitucionales reconocidos al trabajador cedido como a cualquier otro trabajador y como a cualquier otro ciudadano. La polémica estriba en dilucidar si éstos derechos puede ejercerlos el trabajador contratado en una relación triangular, en el ámbito de la empresa usuaria, hipótesis donde juega un papel fundamental la eficacia de los derechos fundamentales entre privados, articulada en la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*, elaborada por la jurisprudencia alemana, a través de la cual se garantiza la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, aun en el ámbito de las relaciones laborales, promoviéndose la eficacia horizontal de tales derechos.

**CAPÍTULO SEGUNDO**  
**LA EXTERNALIZACIÓN LABORAL O DESCENTRALIZACIÓN**  
**PRODUCTIVA**

**SECCIÓN PRIMERA**  
**LA EXTERNALIZACIÓN LABORAL O DESCENTRALIZACIÓN**  
**PRODUCTIVA**

1. **Aspectos Generales.**

1.1 **Delimitación Conceptual.**

Las transformaciones que se han operado en el mundo, reseñadas en el capítulo anterior de este trabajo, han afectado tanto a la actividad económica en su conjunto, a través del fenómeno de la globalización o mundialización de la economía como internamente al propio proceso productivo, en especial, con la introducción del cambio tecnológico, la informática, la robotización, etc., a tal grado, que se han ampliado las prestaciones de servicios requeridas por los empresarios dentro del esquema tradicional del trabajo industrial, propio del modelo fordista de relaciones industriales sobre el cual se ha construido la versión clásica del derecho del trabajo.

El fenómeno complejo descrito, se proyecta, además, en el ámbito de las estrategias empresariales, de allí que las empresas se han trazado nuevos horizontes, con el objetivo de lograr mayor eficiencia en la organización del trabajo, acorde a los cambios que se han suscitado. Este propósito pretende ser concretado mediante procesos como: la concentración económica de empresas, de fusión e integración de sociedades para enfrentar la competencia internacional, de **externalización laboral o descentralización**

**productiva**, desplazando hacia otras unidades económicas, en estos últimos supuestos, funciones o actividades del ciclo productivo, incluyendo las que previamente se realizaban en su estructura interna.

La empresa, en función de ahorrar costos, desarrolla la técnica empresarial que más protagonismo ha adquirido en el actual escenario globalizado, esto es, la descentralización productiva o externalización laboral, denominada también “tercerización” u “outsourcing”, término éste anglosajón, cuyo sentido sugiere la utilización de recursos “desde afuera”, sustentada (la técnica) en el derecho de la libertad de empresa protegido por la mayoría de las constituciones del mundo actual.

En este contexto, la delimitación conceptual de la externalización laboral o descentralización productiva no deja de presentar algunos inconvenientes terminológicos, debido a la utilización indistinta de diversas voces, a las cuales se les otorgan el mismo alcance o significado. Así, se le ha denominado tercerización, terciarización, descentralización empresarial, deslocalización productiva, externalización, subarriendo de mano de obra, intermediación laboral, descentralización productiva, subcontratación, outsourcing, etc., situación que, según plantea (PLA RODRIGUEZ A. , 2000, pág. 12)<sup>lxxiii</sup>, “agrega una dificultad más a un problema que en sí mismo es difícil”.

Nosotros nos inclinamos por los términos externalización laboral o descentralización productiva, los cuales presentan diferencias importantes con relación a las otras acepciones mencionadas. Por ejemplo, el término **tercerización** hace énfasis en la intervención de un tercero, no obstante, éste no resulta ser el rasgo predominante, ya que la empresa puede realizar actividades a lo externo de ella, mediante el esquema

contractual tradicional, en la que solo participan el empleador y el trabajador, sin la presencia de un tercero en tal relación jurídica; con la **terciarización** se presentan notables diferencias, toda vez que ésta hace alusión a la economía de servicios, en la cual el sector terciario muestra una gran expansión o un peso importante respecto a los sectores agroindustriales, detalle ajeno a la estructura jurídica que analizamos; con la **subcontratación** presenta el inconveniente de que ésta queda integrada al fenómeno general de la descentralización productiva, estableciéndose una relación de género a especie, siendo incompatible utilizar la misma palabra para designar la parte y el todo: con la **intermediación** son valederos los comentarios expresados en torno a la subcontratación, toda vez que la externalización tiene manifestaciones ajenas a la presencia de un intermediario, en adición a que el proceso de intermediación se agota en la colocación o “enganche” de un trabajador con un empleador, sin que sea necesario el establecimiento de un nexo contractual laboral; Con la **descentralización productiva**, figura con la que guarda más similitudes que diferencias, la objetamos solo en el aspecto de su proyección externa, la cual es analizada desde la perspectiva del empleador, puesto que la organización del proceso productivo es competencia de éste, mientras que hablar de lo “laboral” implica la integración de sus dos componentes principales: el capital y el trabajo. No obstante, salvo lo anotado, en esencia, ambas modalidades se identifican y, en consecuencia, **la abordaremos como sinónimos** en la estructura de la presente investigación; respecto al vocablo “*Outsourcing*”, consideramos que, por lo menos, por razones idiomáticas, preferimos usar su equivalente en nuestro idioma y si acudimos a explicaciones jurídicas, el Outsourcing se articula, preferentemente, con las ciencias de la **informática y las comunicaciones**.

En éste último sentido, ya el **Tribunal Superior de España. Sala Cuarta de lo Social**, Ponente Aurelio Desdentado Bonete, mediante **Sentencia de 27 de octubre de 1994**, fijó el alcance y contenido del término anglosajón “*outsourcing*”, argumentando que consiste:

“(...) en la prestación de un tercero de servicios de información basados en la técnica de la información, manifestando que el proveedor asume prácticamente todas las actividades informáticas necesarias para mantener la actividad del cliente. (...) inicialmente esta actividad se aplicó a la externalización de los sistemas informáticos de la empresa cliente, hoy en día la doctrina en su uso se ha extendido para designar cualquier tipo de obtención, mediante subcontratas, de los bienes y servicios que precisa la empresa cliente, pudiendo incluso crear ésta última empresas con tal finalidad, por lo que incluye otras formas de cooperación que van más allá de la simple contratación externa”

En el ámbito jurídico español, la figura ha sido, tradicionalmente, objeto de prohibición expresa, a través del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, siendo asimilada a la intermediación en el mercado de trabajo, con fines lucrativos y, en consecuencia, considerándose ilegal toda operación de cesión de trabajadores, puesto que podía atentar contra los derechos fundamentales de los trabajadores.

No obstante, por diversos factores que detallaremos posteriormente, tal proscripción desapareció con la expedición de la Ley 14 de 1 de junio 1994, publicada en el B.O.E. de 2 de junio de 1994, por la cual se regula la Empresa de Trabajo Temporal. Esta excerta legal, en el artículo 1, la define como:

“... aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá

efectuarse a través de empresas debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley”

El concepto de externalización laboral o descentralización productiva, por regla general, gira en torno a la deslaboralización a lo interno de la empresa, denominada principal, de una gama de actividades principales o periféricas, incluyendo las que previamente eran ejecutadas por ésta, y que por factores económicos y de competitividad, se los asigna a otra persona natural o jurídica, para que ésta los lleve a cabo, fuera de su ciclo ordinario de producción.

### **1.2 Definición y Tipología.**

La doctrina ha elaborado un fecundo catálogo de definiciones del término externalización laboral o descentralización productiva, que a manera de ilustración procederemos a reproducir y comentar:

Según (MARTÍN VALVERDE, 1990, pág. 225)<sup>lxxiv</sup>, la descentralización productiva se caracteriza:

“(…) por la obtención de los objetivos productivos de una empresa principal, no por la incorporación de trabajadores a su planilla, sino por la combinación o coordinación de aportaciones parciales llevadas a cabo por empresas auxiliares o por colaboradores externos (…) se manifiesta, así, en el encargo a terceros de la realización bien de partes en operaciones singulares del ciclo productivo de una empresa, bien de aquellas actividades complementarias que no corresponden a dicho ciclo productivo, pero que son indispensables en su marcha ordinaria”

(CRUZ VILLALON, 1994)<sup>lxxv</sup>, por su parte, refiriéndose la descentralización productiva, afirma que consiste:

“(…) en una forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo; en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas formas o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo”

El mismo autor comenta que:

“...se verifica, pues, un proceso de **externación de la producción**, de modo que formas de división del trabajo que en el modelo centralizado de producción se llevan a cabo en el interior de la empresa, en el caso de la descentralización dan lugar a una división del trabajo interempresarial en lugar de intraempresarial. Vía descentralización productiva, en lugar de realizar ciertas actividades con trabajadores por cuenta ajena al servicio de la propia empresa, esta deriva parcelas de su propia actividad hacia el exterior, en términos jurídicos, vía la celebración de contratos diversos a los de carácter laboral”

(RIVERO LAMAS, 1999)<sup>lxxxvi</sup>, define la externalización laboral o descentralización

productiva de la manera siguiente:

“...una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios basada en una técnica de gestión que consiste en contratar con proveedores externos ciertas fases o actividades de la empresa no consideradas competencias básicas de ésta, con independencia de que con anterioridad las viniera o no desempeñando”

(KAHALE CARRILLO, 2011, pág. 46)<sup>lxxxvii</sup>, describe la figura en estudio, como un sistema moderno de producción:

“(…) en el que el empresario decide desplazar o relocalizar una parte de la actividad productiva de la empresa hacia otro sujeto económico para que éste último la realice. (...) corresponde a una combinación de módulos que acrecienta el esfuerzo inversor de la empresa principal, que tienen su propia autonomía y un proceso de selección nada complicado que se desarrolla cuando esta pretende transferir parte de su actividad productiva a diversas empresas, en el que selecciona, a igualdad de servicios, a las que ofrezcan el precio más bajo”

En adición a lo expresado, este autor concluye que la descentralización productiva se distingue por dos **características esenciales**: “por una parte, forma su identidad, como es **la segmentación del ciclo productivo** o **la división del trabajo** entre empresas; y, por otra, **externaliza ciertas actividades** de su ciclo”.

La externalización laboral, por nuestra parte, puede definirse como aquél proceso mediante el cual una empresa, denominada principal, decide desplazar, al exterior, sus actividades centrales o periféricas, a través de una persona natural o jurídica, conservando ésta, en principio, su autonomía económica y jurídica.

La noción “al exterior” integrada en nuestra propuesta de definición amerita cierta aclaración, ya que la externalización laboral puede referirse a aquella celebrada con una empresa suministradora de mano de obra temporal en donde la relación de trabajo se efectúa a lo interno de la empresa usuaria, pero a lo externo de la planilla de ésta, cuyas notas características desarrollaremos posteriormente en un apartado especial. Subrayamos que “en principio” la empresa ejecutora de los servicios descentralizados conserva su autonomía económica y jurídica, como es el caso de la intervención de una empresa externa, no obstante, vía excepción, la descentralización productiva puede realizarse mediante el desplazamiento a nivel interno de las funciones que dejan de llevar a cabo la principal o matriz, a través de una empresa filial<sup>lxxxviii</sup>, de nueva creación o ya existente, la que desarrolla tales funciones.

Sobre el particular (ARCE, 2013, págs. 65-66)<sup>lxxxix</sup>, afirma que la descentralización productiva:

“supone el desplazamiento de un fragmento del trabajo al exterior y por consiguiente, el trabajador puede estar realizando su trabajo para otro empresario con quien, desde luego, no ha contratado”.

Este autor hace alusión a la propuesta de una organización simplificada, en la que las empresas, para obtener resultados más competitivos y hacer decrecer los costes de salario y obviar los costos del despido, con el objetivo de lucro:

“(…) se desimplican, renuncian a establecer relaciones directas con los trabajadores mediante el outsourcing”<sup>lxxx</sup>.

De las definiciones supratranscritas surge una interrogante obligatoria **¿Pueden ser externalizadas todas las actividades realizadas por la empresa principal, sean estas esenciales o periféricas al ciclo productivo?**

Sin perjuicio de que tratemos este asunto posteriormente, por lo pronto podemos afirmar que el tema no es tan pacífico como a *prima facie* pareciera, por las diversas regulaciones que se han dictado al respecto, unido a los diferentes puntos de vista expresados doctrinal y jurisprudencialmente.

La doctrina española se muestra mayoritaria en aceptar que pueden ser objeto de externalización o descentralización productiva, a través de la fórmula de las contratas, las actividades relativas a **la propia actividad** del empresario principal. No obstante, el problema, desde ese contexto, se agrava cuando se pretende desentrañar el contenido del término “**propia actividad**”, integrado en el texto del artículo 42 del Estatuto de Trabajadores, el cual regula el régimen de responsabilidad derivado de la celebración de contratas y subcontratas. (GARCIA MURCIA Y OTROS, 1997), han sostenido que:

“(…) frente a la magnitud e importancia económica del fenómeno de la subcontratación, el legislador laboral parece haber querido contemplar sólo una parcela del mismo: la consistente en contrataciones referidas a actividades, tareas o labores pertenecientes a la actividad propia de la empresa principal o comitente”.

El artículo 42.1 del Estatuto de Trabajadores de España, establece, en lo pertinente, lo que detallamos a continuación:

“Artículo 42. Subcontratación de Obras y Servicios.

1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.” (Subrayado nuestro)

El Tribunal Supremo de España, mediante **Sentencias de 24 de noviembre de 1998, de 18 de enero de 1995, 22 de noviembre de 2002 y 20 de julio de 2005**, delimitó el concepto de propia actividad<sup>lxxxii</sup>, y de su contenido, un sector de la doctrina española, en especial, (AGUILERA, 2011, págs. 21-22)<sup>lxxxiii</sup>, extrajo las conclusiones siguientes: básicamente proceden **dos interpretaciones** en la determinación de lo que se entiende por propia actividad en el proceso de externalización productiva: así:

1. Una, la denominada **“Teoría de las Actividades Indispensables”**, la cual entiende por propia actividad la **“indispensable”**, de tal suerte que, además de las actividades propias del ciclo productivo de la empresa, se integrarán todas aquellas que sean necesarias para la organización del trabajo.

2. Conocida como “**Teoría del Ciclo Productivo**”, integra en el concepto únicamente a las “**actividades inherentes**”, siendo éstas las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal.

(AGUILERA, 2011, pág. 22), al respecto afirma que, sin dejar de reconocer lo casuístico del tema, **la segunda de las opciones planteadas** resulta la dominante en la jurisprudencia española, por lo que el concepto de propia actividad queda determinado por aquella “**indispensable o inherente**” para conseguir el fin de la empresa principal; esto es, la integrante de su ciclo productivo”, noción que aceptamos con reservas por la inclusión de la voz “indispensable”, que caracteriza la teoría de las actividades indispensables.

El elemento casuístico deviene por el catálogo elaborado, según los asuntos judiciales específicos, por los Tribunales españoles y según el cual se consideran **actividades propias de la actividad**, entre otras:

- 1) La contratación de la promoción y comercialización de teléfonos móviles por una empresa concesionaria de la prestación de un servicio público de telefonía móvil;
- 2) La contratación de la actividad de lectura de contadores por una empresa dedicada a la distribución y producción de energía eléctrica.
- 3) El servicio de conservación y mejora de líneas contratado por una empresa ferroviaria.
- 4) El arrendamiento del servicio de grúa municipal por un ayuntamiento.
- 5) La contratación por una empresa de fabricación de bebidas refrescantes de servicios de promoción con empresa especializada.

Por el contrario, **no se consideran como “propia actividad”**, las que mencionamos a continuación:

1. El servicio de mensajería prestado por una entidad bancaria.
2. La contratación de una empresa de empaquetado y retractilado por una empresa dedicada a la impresión de libros.
3. El servicio de vigilancia y seguridad contratado por una empresa de electricidad o por un ente público.
4. El servicio de limpieza contratado por un ayuntamiento.

Todas las actividades enumeradas, tipificadas o no, como “propia actividad”, tienen como sustento la emisión de una sentencia respectiva, citadas por (AGUILERA, 2011, págs. 22-23), de los Tribunales de justicia españoles.

(PLA RODRIGUEZ A. , 2000, págs. 16-17), presenta una variedad de **clasificaciones** de las actividades sujetas a la descentralización que nos ayudarán a comprender la naturaleza sustancial de las mismas. Clasifica, en primer término, de acuerdo al **papel que juegan dentro del ciclo productivo** de la empresa principal, las actividades en **periféricas, accesorias o secundarias** y las actividades **centrales o nucleares**.

- **Actividades Secundarias**: se consideran como tales a aquellas ajenas a las actividades centrales de la empresa. Como ejemplo, se citan la jardinería, la limpieza, seguridad, comedores, actividades que fundamentaron las primeras acciones descentralizadoras.

- **Actividades Centrales o Nucleares**: son aquellas que forman parte del ciclo productivo que constituye el objetivo del funcionamiento de la empresa. Los avances tecnológicos han ocasionado que éstas sean consideradas para la descentralización productiva, ya que existen empresas especializadas que se dedican a prestar servicios en ése núcleo central, de forma más rápida y eficiente.

Otra clasificación que sugiere el autor, es aquella dada por las formas **normales** y **las patológicas**, según sea o no legítima la operación externalizadora:

- **Formas Normales**: son aquellas que resultan de las razones productivas provenientes de la misma índole de las tareas que deban cumplirse y que pueden requerir una mayor especialidad, idoneidad o instrumentos adecuados.
- **Formas Patológicas**: son las que buscan eludir responsabilidades laborales o de otra naturaleza y bajar costos.

Finalmente, contempla las **formas reales** y las **formas ficticias** de descentralización productiva:

- **Las Formas Reales**: son aquellas en las que existen motivos justificados para recurrir a la especialización de técnicos particularmente capacitados para producir una obra técnicamente superior o económicamente más favorable.

- **Las Formas Ficticias**: son las que no buscan mejorar o abaratar las operaciones, y lo que se busca mediante el fraude o la maniobra, es eludir obligaciones.

Por su parte, (RASO, 2000, pág. 40)<sup>lxxxiii</sup> analizando las características del “*Outsourcing*”, considera que con relación al tema de las actividades sujetas a **tercerización** existe cierto consenso, en que “(...) son **aquellas secundarias, accesorias al giro principal de la empresa**”, posición que se contrapone a la doctrina, jurisprudencia y normativa española, al respecto. Sin embargo, matiza su posición cuando afirma, sustentándose más en razones prácticas que en razones jurídicas, que:

“(...) usualmente la tercerización se refiere a actividades no sustantivas o secundarias, como los servicios de limpieza, mantenimiento, transporte, vigilancia, portería, comedor o cantina. Pero también es posible utilizar criterios de razonabilidad para determinar si la tercerización, además de actividades periféricas o de servicios, puede alcanzar alguna parte del proceso productivo”.

Finalmente, este autor concluye que la tercerización es viable en cualquier tipo de actividades, siempre y cuando la empresa principal “**conservé el control del proceso productivo**”, ya que de suceder lo contrario, no estaríamos en presencia de una externalización, sino de una sustitución de empresas” (RASO, 2000, pág. 41)

(FERNÁNDEZ BRIGNONI, 2000, Págs. 67-77)<sup>lxxxiv</sup>, luego de cuestionar el paradigma taylorista de producción, en especial su sistema de eficacia secuencial y acumulativa, destaca la eficacia inter – operacional de los modelos actuales, que promueven la coordinación horizontal de actores económicos. Este autor, señalando el carácter dinámico del concepto de descentralización productiva, detalla que genera la

aparición de formas contractuales adicionales que puedan adoptar este tipo de estrategia empresarial, propone la siguiente **clasificación**:

- **Modalidades de Contratación Directa:**

1. Contrato de Arrendamiento.
2. El Contrato de Teletrabajo.
3. El Contrato de Distribución.
4. El Contrato de Franquicia.

- **Modalidades de Contratación Indirecta.**

1. La Subcontratación de Obras y Servicios.
2. La Intermediación de la Mano de Obra.
  - a) El Contrato de Suministro de Mano de Obra Temporal.
  - b) La Colocación de Mano de Obra Permanente.

- **Modalidades ilícitas de tercerización.**

- a) El Staff Leasing.
- b) El PayRolling.

Las modalidades que este autor tilda de ilícitas coinciden con aquellas que PLA RODRIGUEZ califica de patológicas, caracterizadas, entre otras notas, por la dotación de todo o parte de los trabajadores de una empresa (la suministradora) a otra (la cliente), manteniendo ésta los poderes de dirección y disciplinario, salvo la contratación y el despido.

Sin embargo,(RACCIATTI, 1997, pág. 140)<sup>xxxxv</sup>, citado por este autor, puntualiza que el aspecto novedoso no reside en su configuración, sino en “la intensidad con la cual son utilizadas las viejas formas de contratación”, y, con relación al tema, propone algunos **criterios generales de clasificación** de las formas, denominadas por él “tercerizadas”, incluyendo las opciones expuestas por **PLA RODRIGUEZ** y sugiriendo otro enfoque relacionado con **el rol empresa/empleador**, agrupándolas de acuerdo a los siguientes criterios:

- **Por su finalidad, derivada del cambio tecnológico:** se caracteriza por la voluntad empresarial de ser competitivo y estar actualizado ante los avances tecnológicos, logrando sus objetivos sin asumir una costosa inversión.
- **Por su finalidad de lograr mayor capacidad de competencia en el mercado:** la tercerización permite la constitución de empresas delgadas y la transferencia del riesgo a un tercero. A través de la descentralización, agrega, “la empresa realiza su actividad atendiendo estrictamente a la demanda que recibe y al tiempo que le llega la misma (*“just in time”*), logrando desprenderse del costo que le ocasiona el mantenimiento del stock de mercaderías”.
- **Por su finalidad, para eludir las normas del derecho laboral:** este criterio hace alusión a las formas que PLA RODRIGUEZ identifica como patológicas. Se trata, según (**FERNANDEZ BRIGNONI, 2000, Pág. 69**), de formas fraudulentas o evasoras de los derechos de protección de los trabajadores.
- **Por su estructura, descentralización productiva horizontal:** se trata de una forma de descentralización estructural verificada entre empresas en un mismo plano de igualdad, conocidas como “redes empresariales”, las cuales consisten en “contratar con proveedores externos, ciertas fases o actividades de la empresa no consideradas competencias básicas de ésta, que con anterioridad y de haber sido necesarias, las hubiera desempeñado ella misma; como ejemplo, se citan los servicios de cesión de créditos, control de calidad, formación profesional, investigación de mercados, etc.” (**FERNANDEZ BRIGNONI, Ob. cit. Pág. 70**)
- **Por su estructura, descentralización vertical:** la descentralización se produce entre empresas en las que una de ellas tiene la capacidad de dirección sobre las otras y se cita como ejemplo típico las empresas filiales.

### **1.3 Origen de la Externalización Laboral o Descentralización Productiva.**

La doctrina especializada, en cuanto a los factores inductores hacia la descentralización productiva o externalización laboral, sostiene que el fenómeno nace ante la necesidad de superar la crisis estructural de los años setenta en el que se yuxtaponen un conjunto de razones que demuestran que no se trata de un simple elemento circunstancial de salvación individual implementado para neutralizar la crisis, puesto que se ha introducido en nuestras vidas con una continuidad que no somos conscientes, ya existía desde la revolución industrial. (KAHALE CARRILLO, 2011, Págs. 34-38),<sup>lxxxvi</sup> a quien seguimos en este apartado, enuncia los motivos o razones siguientes:

- Esquiva los costes de instalación y factor de trabajo relacionados a la actividad que se descentraliza; recupera la productividad y los márgenes en el ámbito internacional, al desairar las actividades sujetas a rendimiento de manera decreciente, reteniendo las de economía de escala; y, a través de la perniciosa marcha de los precios, de los vaivenes de la oferta y de la demanda, y de la materia prima que se traslada el riesgo proveniente de los temporales desfases entre las distintas partes del ciclo productivo.
- En la flexibilidad técnico-productiva busca oponerse a las fluctuaciones de la demanda, en que las empresas se van adaptando con gran rapidez a todo tipo de variaciones que experimentan, de manera que se mantenga y amplíe la posición competitiva de la misma.
- Las causas políticas se encierran en una mayor flexibilización en la fuerza de trabajo, condiciones laborales y retribuciones; neutralizan la capacidad de control, la fortaleza contractual y el movimiento obrero en las grandes industrias; y aumentan el crecimiento del poder sindical que busca debilitar la clase trabajadora, sin tener auge las mejoras sociales que existían.
- El imperativo empresarial de ganar en productividad, capacidad de adaptación y dinamismo en un mercado cada vez más competitivo e internacionalizado, buscando ahorro de costes económicos y menores exigencias de inversión en inmovilizado.
- Mayor eficiencia técnica por los instrumentos de trabajo empleados.

- La posibilidad de acceder a las técnicas más recientes y mantenerse en estratos de alta tecnología. Los altos costes que puede tener una empresa al mantener una gestión adaptada a las técnicas más novedosas obliga al empresario que las obtenga mediante la contratación externa, sin necesidad de realizar gigantes inversiones económicas.
- La disminución del control efectivo de la calidad de las labores encomendadas a las contratas.
- La necesidad de conseguir presencia internacional y aumentar la capacidad interempresas y las alianzas estratégicas. Es decir, la necesidad de estar presente en todos los mercados para no ser superado por sus competidores; dado que la estandarización sigue presente a escala mundial, las empresas tienen que afrontar la disyuntiva o combinación de posibilidades entre atender las particularidades locales y las presiones para tener una presencia internacional.

Las estrategias de descentralización productiva, en efecto, aparecieron durante la década de los setenta como mecanismos de ajuste de las estructuras empresariales y de respuesta a la crisis económica. Para algunos sectores el fenómeno tuvo carácter coyuntural e incluso patológico, sin embargo se instaló de inmediato en la realidad económica, pues tales estrategias fomentaron el aumento de la productividad, la rentabilidad y competitividad empresarial, la incorporación e innovación tecnológica al proceso productivo y la generación de nuevos empleos. Ciertamente nos encontramos ante una expresión estructural, no coyuntural, ante las transformaciones del sistema económico, configurándose un nuevo modelo de empresa, con implicaciones laborales múltiples, la cual constituye una realidad incontrovertible y las técnicas de descentralización, cada vez más diversas y complejas, abarcan los completos ciclos productivos. Se asiste a la sustitución de la empresa industrial, sustentada en la organización vertical de la producción, por una empresa articulada en unidades

independientes, relacionada con una amplia red de proveedores y subcontratistas. El modelo ha comprometido a las grandes empresas, ocasionando el proceso de descentralización *ad intra y ad extra*, reconociéndole autonomía de decisión a departamentos y divisiones, acudiendo, además, a las estructuras de grupo para dotarse de mayor eficiencia y flexibilidad. Pero también ha alcanzado a las medianas y pequeñas empresas las cuales articulan relaciones interempresariales con el propósito de lograr mayor competencia con las grandes empresas, de manera que manteniendo su flexibilidad y autonomía, han configurado estructuras competitivas.

En tal contexto, el nuevo paradigma se materializa en la “**empresa red**”, la cual integra a la pequeña y mediana empresa dentro de una estructura empresarial más compleja, de modo que pueda aprovecharse, al mismo tiempo, las ventajas de las empresas grandes y las pequeñas. El proceso evoluciona y se articulan unas “redes” con otras, configurando un modelo de relaciones entre empresas caracterizado, entre otros signos, por la complementariedad y la coordinación, en la búsqueda de una respuesta rápida, múltiple, dinámica, adecuada a una demanda heterogénea y fluctuante, afectando prácticamente a todas las instituciones fundamentales del derecho del trabajo.

Si bien, para fundamentar la crisis, se alegan razones de altos costos de los recursos naturales, los motivos subyacentes debemos encontrarlos en los impedimentos del preponderante modelo fordista de producción, en el que predomina el único paradigma tecnológico posible concretado en la producción en serie, el cual genera bienes estandarizados con la concurrencia de maquinarias especiales y trabajadores poco calificados, modelo que se torna incapaz de afrontar la incertidumbre actual del mercado,

la reducción del ciclo vital del producto, y a la mayor personalización y diferenciación de la demanda (CORIAT, 1979, Pág. 24)<sup>lxxxvii</sup>

Al respecto, (KAHALE CARRILLO, 2011, Pág. 38)<sup>lxxxviii</sup>, ha señalado, refiriéndose a la nueva estructura empresarial, que ésta se divide en varias empresas que conforman en su estructura interna unidades productivas autónomas, expandiendo sistemas de pequeñas empresas, en el que la empresa madre subcontrata diversas actividades que venían antiguamente desempeñadas por la empresa directamente, creando la relación de interempresas en relación a las actividades a externalizar y el producto final es compartido por las empresas que se encuentran entrelazadas, realizando éstas una la actividad a través de los vínculos de cooperación, coordinación y dependencia. (VALDEZ DAL-RE, 2002, Pág. 30)<sup>lxxxix</sup>, sostiene que la “partera” de ese paradigma de empresa red lo constituye la descentralización productiva.

#### **1.4 Objetivos de la Externalización Laboral.**

Los objetivos inmersos en la estrategia descentralizadora del proceso productivo suelen ser de diversos tipos. Algunos especialistas suelen integrarlos, entre otras categorías, en la necesidad de **actualización tecnológica** y a la búsqueda constante, en el terreno laboral, de mecanismos de **adaptación a las necesidades de cambio**. Para (ESCUDERO, 2009), los propósitos descritos generan, el primero, la reestructuración permanente del proceso productivo para adaptarlo a las exigencias demandadas por el mercado que, paralelamente, se encuentra en constante renovación; mientras que el segundo, se basa en la reorganización del proceso productivo y en la **reducción de costes**

**fijos**, destacándose el de la planilla de trabajadores asalariados que, según este autor, es el que más afecta a las empresas.

Otro sector doctrinal, compartiendo los objetivos enunciados, adicionan otros. Así, por ejemplo, (RASO, 2000), los agrupa bajo las siguientes nomenclaturas:

- Reducción de costos.
- Mayor flexibilidad.
- Mayor competitividad.
- Disminución o anulación del poder sindical.

El autor citado explica cada una de las categorías sugeridas argumentando, en cuanto a la **reducción de costos**, que ésta constituye un objetivo central de toda política de gestión empresarial, dentro de un contexto globalizado y competitivo. Los costos de inversión en infraestructura productiva y los laborales en trabajo externalizado, bajo la fórmula, de la externalización productiva experimentan una reducción considerable; respecto a la **mayor flexibilidad**, alega que las empresas requieren de fórmulas ágiles y dinámicas, para responder - *just in time* - con rapidez a las exigencias del mercado y producir de acuerdo a lo que éste requiera.

Afirma (RASO, Ob. cit. Pág. 40) que:

“Externalizar parte de la producción significa no tener que soportar todos los días del año una estructura rígida, pesada y finalmente costosa. Una empresa de dimensiones reducidas y con posibilidad de contratar libremente y con rapidez los servicios que necesita – a través de terceros o de trabajadores independientes – se posicionará de manera más competitiva en el mercado”

Para fundamentar el objetivo de lograr **la mayor productividad**, este autor sostiene que la externalización promueve la competencia y transforma la naturaleza misma de la empresa, de tal manera que los trabajadores independientes y subcontratistas deberán competir por mantenerse en el mercado con productos de calidad a menores costos, so pena de quedar eliminados.

Por último, en lo relativo al objetivo de **la disminución o anulación del poder sindical**, el autor en cuestión, concluye que:

“La moderna fragmentación de la fábrica, la competitividad de los trabajadores dependientes e independientes, la polivalencia y la desigualdad de las retribuciones, ponen en crisis la solidaridad obrera. El sindicato encuentra dificultad en representar intereses de trabajadores, muchas veces contrapuestos. Se comprueba por lo tanto en toda empresa que terceriza sus servicios un debilitamiento de la influencia sindical que es en definitiva un objetivo inconfesado, pero real de muchos empleadores”

Para (SERÉ, 2000, Pág. 47), los **finés u objetivos** de la externalización laboral o descentralización productiva se pueden agrupar básicamente en dos:

1. Procura la rápida adaptación de la estructura empresarial a los cambios económicos, fenómeno claramente apreciable en aquellas empresas que presentan ciclos productivos y fluctuaciones importantes en los niveles de oferta y demanda;
2. Opera como un elemento que facilita la flexibilidad funcional y numérica de la mano de obra, dando a las empresas la posibilidad de maximizar el rendimiento de la misma.

(HERBERT Y SILVEIRA, 2000, Pág. 59-60), identifican diversos **criterios de clasificación** en torno a la externalización laboral o descentralización productiva, así, sugiere las categorías siguientes:

- Según cual sea el **objeto** de descentralización: se distingue la descentralización en la producción de **bienes** o en la prestación de **servicios**, por un lado; y, por el otro, la descentralización o subcontratación de **trabajadores**. La primera de las clasificaciones, hace referencia, señalan los autores citados, a la denominada “**externalización de ciertas tareas**”, mientras que la segunda se apoya en la **intervención de un tercero** en la relación jurídica que antes era entre dos personas, sostenida por **RACCIATTI**, también llamada “subcontratación de mano de obra”.
- Según el **lugar** donde se preste el servicio: se distingue la **descentralización interna**, si se presta en las instalaciones de la empresa usuaria; la **descentralización externa**, si por el contrario, se llevan a cabo en el exterior de ella.
- Según el **objetivo** de la empresa: se identifican la descentralización productiva **focal** y la descentralización productiva **por costos**. La **primera** alude a la preferencia que debe tener la empresa en concentrar su estrategia y energías en la actividad que mejor sabe hacer, lo cual exige planificación y un uso más eficiente de la capacidad instalada, aprovechamiento de la economía de escala, reducción de tiempos muertos, flexibilización y adaptación de los procesos productivos; la **segunda** no es planificada y se reacciona, por la falta de una planificación previa, ante una necesidad del comercio para no desaparecer, requiriendo una empresa flexible con rápida capacidad de respuesta. Ello implica recorte de planilla, de mano de obra ajena a la actividad central de la empresa, pasando algunos a cumplir las mismas tareas desde el exterior de la empresa y otros a diversos sectores de la economía o a empresas suministradoras de mano de obra.
- Según el **tipo de estrategia** de descentralización productiva: se distingue la **estrategia de red**, o sea aquella mediante la cual una empresa se encarga de la producción estable, mientras que otras pequeñas se atribuyen la producción fluctuante; **distrito industrial y conglomerado regional**, la cual se encuentra vinculada a un territorio y en la que no existe una empresa dominante; **empresas cabeza y empresas mano**, en las que las primeras ejecutan las tareas más importantes del proceso, mientras que las segundas llevan a cabo las actividades más intensivas de mano de obra; **trabajo a domicilio; teletrabajo o trabajo electrónico a domicilio**.

## SECCIÓN SEGUNDA

### 2. MODALIDADES CONTRACTUALES DE EXTERNALIZACIÓN

#### LABORAL O DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

La descentralización productiva o externalización laboral, por su naturaleza de estrategia empresarial, utiliza diversas formas contractuales para implementar sus procesos. Se acude a viejos y a nuevos esquemas por la dinámica implícita en la articulación de las diversas actividades empresariales, con los proveedores y trabajadores.

Para los efectos de esta investigación, y sin pretensiones de exhaustividad, analizaremos las figuras que, a nuestro juicio, desde la perspectiva del derecho del trabajo, han conjugado los elementos característicos de la descentralización productiva o externalización laboral, sin perjuicio de que caractericemos otras modalidades abordadas doctrinalmente que participan de algunos caracteres de la externalización laboral o la descentralización productiva. En ese orden de ideas, abordaremos los siguientes regímenes de descentralización productiva:

- Descentralización Productiva a través de las Empresas de Trabajo Temporal.
- Descentralización Productiva a través del Teletrabajo.
- Descentralización Productiva a través del Régimen de Subcontratación de bienes y servicios.
- Las Modalidades patológicas de descentralización Productiva.
- La Descentralización Productiva a través de las Empresas Multinacionales

## **2.1 La Descentralización Productiva a través de las Empresas de Trabajo Temporal.**

### **2.1.1 Concepto y Definición de Empresa de Trabajo Temporal.**

Para (APARICIO, 2007, págs. 13-28)<sup>xc</sup>, el suministro de mano de obra temporal constituye una fórmula moderna de relaciones laborales triangulares que contratan a un trabajador, lo ponen a disposición de otra empresa que es la que utiliza el trabajo, y esta segunda empresa, vinculada por un contrato mercantil con la primera, paga a la primera, que a su vez paga al trabajador; pero los poderes directivos están divididos entre la empresa que contrata al trabajador y la empresa usuaria de su trabajo. Considera este autor que tales modalidades contractuales “son próximas a ser declaradas ilegales”, ya que – a su criterio – son “instrumentos de tráfico de mano de obra”

La empresa de trabajo temporal presenta una complejidad estructural que, por un lado, la distancia de las formas tradicionales de articular la relación de trabajo, y, por el otro, la identifica con las formas contractuales postmodernas conocidas como relaciones triangulares, en razón de la configuración trilateral de este tipo de vínculo contractual, realidad que ha problematizado su tratamiento jurídico. Inicialmente la relación de trabajo tenía como presupuesto la participación de dos actores principales y exclusivos: el empleador y el trabajador, representantes del capital y de la fuerza productiva respectivamente. Estos celebraban un contrato de trabajo bilateral, instrumento jurídico que signaba los términos y condiciones a los cuales se sometían ambas partes de la relación jurídica mencionada. Distinto ocurre con la aparición de las empresas de trabajo temporal, las cuales presentan un esquema triangular, mediante el cual una empresa de trabajo temporal, en adelante, ETT, pone a disposición de otra denominada usuaria, en adelante EU, a un trabajador de su planilla, para que lleve a cabo, a favor de la EU, determinadas actividades temporales, dentro de la esfera espacial de ésta. En este

contexto, las ETT articulan una doble relación de trabajo: una propia con el trabajador que está subordinado a su organización, pero sólo para ponerlo a disposición de otra empresa, y generan, en consecuencia, otra u otras relaciones de trabajo temporales entre la EU y el mencionado trabajador.

El concepto, tanto doctrinal como legal, de empresa de trabajo temporal difiere, sobretudo, al intentar encuadrarlo en alguna de las figuras contractuales que han surgido y evolucionado, en virtud de las transformaciones que se han operado globalmente en el proceso o ciclo productivo de la organización empresarial. De allí, que un sector de la doctrina(ERMIDA & CASTELLO, 2000, págs. 413-441)<sup>xcv</sup>, sin hacer énfasis en sus notas distintivas, la integre como una modalidad contractual de subcontratación, tercerización, externalización, descentralización, deslaboralización de la relación de trabajo u otras similares. Para estos autores la empresa de trabajo temporal, en adelante la ETT, “es aquella que se dedica a colocar trabajadores en otra (generalmente denominada “usuaria”), para atender necesidades temporales de ésta y asumiendo el pago de los créditos laborales que se generen”. De esta manera, se configura una relación triangular conformada por las siguientes hipótesis contractuales:

- Un contrato, generalmente formalizado como contrato de trabajo, entre el trabajador y la ETT, la que no lo contrata para usar directamente sus servicios, sino para ponerlo a disposición de otra firma;
- Paralelamente, se genera una relación de trabajo real y directa (generalmente no contractualizada) entre ese trabajador y la empresa usuaria o empresa destinataria; y
- La tercera relación es el negocio civil o comercial - escrito o verbal - entre la ETT y la empresa usuaria (en lo sucesivo EU) por lo cual aquella asume el “suministro” a cambio de un precio.

Los autores mencionados encuadran tanto a la empresa de trabajo temporal como al trabajador temporal y, en consecuencia, a la relación jurídica que se articula entre ambos, dentro de los supuestos que se ubican entre la intermediación en la colocación de trabajadores de las agencias clásicas de colocación y con la subcontratación laboral. La asimilan a las agencias de colocación, con base en la acción de pura intermediación desarrolladas por éstas, las cuales, aproximando a las partes, trabajador y empleador, y cumpliendo su objeto, una vez conformada la relación contractual, quedan al margen de ésta, actuando, según plantean dichos autores, “de manera análoga a los servicios públicos de empleo”. Respecto al supuesto denominado por ellos “subcontratación laboral” o “subcontratación de mano de obra”, que definen como “la contratación de trabajadores no directamente por la empresa que se va a beneficiar del trabajo (empresa principal), sino a través de un tercero, subcontratista o intermediario”, consideran que coexisten los mismos elementos de la, otrora, figura del subcontratista o intermediario, prohibida legalmente, en razón del fraude que conllevaba, al descargar las responsabilidades laborales del empleador real, en el subcontratista o intermediario, o, en última instancia, aplicando el sistema de responsabilidad solidaria o subsidiaria, entre el empleador interpuesto y el principal. Similares situaciones se generan, destacan los distinguidos tratadistas, puesto que a su parecer la ETT genera una doble relación laboral: una, denominada como propia, con los trabajadores que están bajo sus órdenes, pero sólo para ponerlos a disposición de otras empresas y, a la vez, otra entre éstas y los referidos trabajadores, aspectos que deberían implicar un mismo tratamiento jurídico, esto es, aplicar las mismas consecuencias, tanto a los trabajadores en régimen de subcontratación

como de aquellos integrados en el contrato de suministro de mano de obra temporal.

Tales efectos similares los describen<sup>xviii</sup> de la siguiente manera:

- La empresa usuaria (la principal en la terminología tradicional), sería el empleador responsable de los créditos laborales generados durante el periodo en que usó al trabajador;
- La empresa suministradora ("la subcontratista, en la terminología tradicional) sería responsable de los créditos laborales generados en los demás casos en que ese, su trabajador temporalmente cedido, permaneció a sus órdenes;
- También sería responsable de los créditos generados por el trabajador durante el lapso en que sirvió directamente a la empresa usuaria; y
- Si el mismo trabajador reitera misiones para la misma empresa usuaria, podría generarse una relación de trabajo permanente entre ellos.

Sin perjuicio de que retomemos posteriormente el tema, por el momento basta señalar que coincidimos con los autores citados, al menos en ciertas circunstancias fácticas, con la adecuación del contrato de suministro de mano de obra con las agencias de colocación, toda vez que, en ambas figuras jurídicas se practica la interposición o intermediación entre el trabajador y a quien éste le presta efectivamente los servicios. Sin embargo, la nota diferencial, según nuestra opinión, radica en la carencia total, por parte de las agencias de colocación, de un nexo o vínculo contractual con el trabajador, agotándose su función u objeto en el enganche del trabajador a la organización del empleador, lo que no ocurre en el supuesto de suministro de mano de obra temporal, en el cual existe, al menos formalmente, un contrato de trabajo entre la ETT y los trabajadores, sobre los cuales ésta ejerce legítimamente, por lo menos teóricamente, el poder disciplinario y algunas facetas del poder de dirección, compatibles con la calidad de empleador. Correlativamente, la contratación celebrada por una empresa de trabajo temporal, cumpliendo los requisitos legales y acordes a la naturaleza de sus funciones,

esto es, de temporalidad, transitoriedad o interinidad, representaría una expresión legítima de su especialidad, que marcaría la nota distintiva con las agencias de colocación.

Consecuencias jurídicas diferentes plantea la hipótesis de la cesión ilegal de trabajadores, denominada por un sector importante de la doctrina, como formas patológicas de externalización o descentralización, que se configura por el incumplimiento de determinados requisitos para el perfeccionamiento del contrato de suministro de mano de obra temporal, como por ejemplo, ceder a otra empresa parte o la totalidad de la plantilla de los trabajadores, conocidas tales prácticas como “PayRolling” o “Staff Leasing”, con el objetivo de evadir las responsabilidades laborales.

Ahora bien, lo expresado no significa que todas las nuevas formas de contrataciones triangulares, implementadas en cumplimiento de su proceso normal de creación, logren su pretensión de validez, puesto que ésta implica (GARCIA MAYNEZ, 2009, pág. 270)<sup>xciii</sup> la realización de valores colectivos, entre ellos la justicia, el bien común, la seguridad y la dignidad humana “como matriz de los principios fundamentales de la Estimativa Jurídica” (RECASENS SICHES, 2008)<sup>xciv</sup>. En ese sentido, debemos inquirir si el contrato de suministro de mano de obra temporal, con su configuración actual, propende a su conformidad con el catálogo de valores socialmente aceptados y jurídicamente reconocidos en el ordenamiento laboral, porque podrían adoptar la fórmula de instrumentos de tráfico de mano de obra o cesión ilegal de trabajadores, lo que, eventualmente, podría vulnerar el sistema de los derechos humanos fundamentales, de naturaleza laboral.

Con relación a la subcontratación, además de considerar inadecuada la denominación de “subcontratación laboral”, ya que debe reservarse aquella noción para la relación empresarial, opinamos que difieren, formalmente, en el objeto principal, de ambos contratos: en el contrato de suministro de mano de obra temporal consiste en la puesta a disposición de un trabajador para el desempeño de una tarea específica sin vocación de continuidad; mientras que en la subcontratación se trata de una relación de carácter civil o mercantil, entre el principal y el subcontratista, cuyo objeto lo constituye la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, estando, por regla general, los trabajadores subordinados a éste último, en virtud del nexo contractual que los une.

Resulta conveniente y necesario aclarar que, si bien mantenemos algunas disidencias formales con los argumentos expuestos por los distinguidos maestros, compartimos los criterios de fondo, en torno a la conceptualización y definición de las figuras contractuales en análisis. En ese orden de ideas, el contrato de suministro de mano de obra temporal no deja de ser un proceso mercantil de colocación de mano de obra, equivalente a lo que (ERMIDA & CASTELLO, 2000)<sup>xv</sup> denominan “una modalidad de comercialización de mano de obra”, ya que se cobra por la operación y se obtiene utilidad por ella, lo que a criterio de estos autores, compartido por nosotros, degenera en una versión moderna, pulida y sofisticada del “Marchandage” francés, caracterizado por la interposición como instrumento de evasión del vínculo contractual entre el empleador y el trabajador. En efecto, el “Marchandage” contempla la coexistencia de dos empleadores: uno de derecho, que determina cuál será la remuneración y lugar de trabajo del dependiente; y otro de facto, distanciado jurídicamente del trabajador, que determina

qué, cuánto y cómo se producirá. El fraude a la ley se verifica porque el empleador de facto no se aleja de la relación de trabajo sino que a él se liga la subordinación del trabajador, puesto que con él se desarrolla la relación de producción. Esto conlleva, como propuesta de solución, según estos autores, potenciar la efectividad de los Principios Generales del Derecho del Trabajo, según previene la doctrina para la generalidad de las formas de precarización y atipicidad del empleo, así:

- a. La aplicación de los principios generales, especialmente el de primacía de la realidad, el cual afirma que el tipo contractual no depende de una calificación convencional, sino de una situación de hecho y, en consecuencia, su desconocimiento implica aceptar la existencia de la simulación o el fraude, quedando facultada la autoridad jurisdiccional o administrativa correspondiente, para realizar la recalificación contractual, fórmula que, implementada adecuadamente, podría operar como un medio disuasivo importante;
- b. La aplicación sobre normas de intermediación, que establecen la responsabilidad compartida (solidaria o subsidiaria) de los sujetos que aprovechan el trabajo por cuenta ajena;
- c. Los medios de prueba y el sistema de presunciones a favor de la protección del trabajo.

(CHACÁRTEGUI, 1998, Pág. 8)<sup>xvii</sup>, sostiene que la descentralización productiva “constituye una vía a la que recurren las empresas para poder adecuar la dimensión de la plantilla de la empresa a la demanda de cada momento”. Adicionalmente, afirma que “forman parte de los fenómenos de la descentralización productiva las contratas y subcontratas, las ETT y, en general, todos aquellos mecanismos de interposición a través de los cuales una empresa puede ampliar o reducir el volumen de actividades en atención a la coyuntura económica por la que dicha empresa atraviesa”

Los elementos constitutivos de la contratación para el suministro de mano de obra temporal, esto es, contratación de trabajadores a través de un tercero, celebración de

contratos de trabajo con la forma de contratos civiles y comerciales, constitución de una empresa real o ficticiamente autónoma con trabajadores hasta ese momento dependientes de la principal, presunción legal de que determinados trabajadores son autónomos o aún empresas (unipersonales), aportan materia prima que exige profundizar el debate en torno a este nuevo enfoque del proceso productivo.

La generalidad de la doctrina define a las ETT, contemplando los caracteres enunciados. Por ejemplo, (RODRÍGUEZ – PIÑERO, 1992) aporta la definición siguiente:

“aquellas empresas de servicios cuya actividad empresarial consiste en el suministro temporal de trabajadores a otras empresas, clientes o usuarias, con el fin de satisfacer sus necesidades temporales de mano de obra, en cuanto a calidad y cantidad de éstas; a tal fin seleccionarán, contratarán y formarán a un colectivo de trabajadores que pondrán a disposición de las empresas que contraten sus servicios, garantizando que los trabajadores suministrados se acomodan a lo acordado entre ambas empresas”

Para UGARTE (UBICAR EL SITIO), la descentralización productiva, a través del suministro de mano de obra temporal, puede definirse así:

“(...) consiste en que una empresa, cuyo giro corresponde al suministro de trabajadores (empresa suministradora o de trabajo temporal), pone a disposición de otra empresa (denominada usuaria), por el pago de un precio determinado, los servicios laborales de sus empleados, reteniendo para sí la calidad formal de empleador”

(LLANO SANCHEZ, 1995), aporta la definición que transcribimos, a continuación.

En efecto, para esta autora, haciendo énfasis en el objeto de las ETT, las define como aquella empresa:

“(…) cuya actividad consiste en el suministro de trabajadores a otras empresas clientes para que éstas puedan atender sus necesidades temporales de mano de obra”

La decisión del empresario de adoptar la estrategia de la ETT, en procura de satisfacer sus necesidades de mano de obra temporal, - señala esta autora - genera una estructura singular que rompe con la tradicional relación jurídica laboral bilateral, en donde el trabajador presta sus servicios retribuidos, en el ámbito, control y dirección del empresario que lo ha contratado. Por el contrario, da lugar a una compleja relación trilateral, en el que un mismo trabajador se somete a dos empresarios que se reparten entre sí, los derechos y obligaciones derivadas de la relación de trabajo, y en donde el trabajador es puesto a disposición temporalmente de una empresa cliente, la cual sin ostentar la categoría de su empleador, será la receptora de sus servicios y tendrá la potestad de controlar y dirigir el desarrollo de su actividad laboral correspondiente.

En el ámbito jurídico español, contexto de análisis de la autora, la figura ha sido, tradicionalmente, objeto de prohibición expresa, a través del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, siendo asimilada a la intermediación en el mercado de trabajo, con fines lucrativos y, en consecuencia, considerándose ilegal toda operación de cesión de trabajadores, puesto que podía atentar contra los derechos fundamentales de los trabajadores.

No obstante, por diversos factores que detallaremos posteriormente, tal proscripción desapareció con la expedición de la Ley 14 de 1 de junio 1994, publicada en el B.O.E. de 2 de junio de 1994, por la cual se regula la Empresa de Trabajo Temporal, reglamentada

por el Real Decreto 4, de 13 de enero de 1995. Esta excerta legal, en el artículo 1, la define como:

“... aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley”

La norma establece **la exclusividad de las ETT**, para desarrollar la cesión de trabajadores con carácter temporal, derecho que se reitera en el texto de la Ley 35 de 17 de septiembre de 2010, sobre Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado, incorporada al texto del Estatuto de los Trabajadores, a través del artículo 16.3, el cual literalmente dispone que:

“La actividad consistente en la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresa **se realizará exclusivamente** por empresas de trabajo temporal autorizadas de acuerdo con su legislación específica. Las empresas de trabajo temporal, podrán, además, actuar como agencias de colocación cuando cuenten con la correspondiente autorización de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable” (resaltado nuestro)

Las ETT, en tal contexto legal, **no tienen la calidad de empresas auxiliares o contratistas**, puesto que no se comprometen a ejecutar una obra o a prestar un servicio con sus propios trabajadores, medios y equipos, sino que simplemente, según señala, (CAMPS RUIZ, 2011, Pág. 311)<sup>xcviii</sup>, “facilitan trabajadores a la empresa cliente para que ésta desarrolle su actividad empresarial utilizando a dichos trabajadores, asumiendo la dirección y control de su prestación laboral”. Sostiene, de igual manera, que **tampoco tienen la categoría de agencias de colocación**, ya que su objetivo no se agota en poner

en contacto al trabajador con la empresa cliente, para que éstos celebren un contrato de trabajo, puesto que las Empresas de Trabajo Temporal “contratan laboralmente al trabajador para cederlo a una empresa cliente, momento a partir del cual mantienen una doble relación jurídica, con el trabajador, de un lado, y con la empresa cliente, de otro”.

Respecto a los señalamientos del distinguido autor, solo resta observar que las Empresas de Trabajo Temporal, podrán ejercer funciones de agencias de colocación, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su autorización, de acuerdo al transcrito artículo 16.3, del Texto Refundido del Estatuto de Trabajadores de España.

Dentro del marco conceptual reseñado, las definiciones citadas conducen a caracterizar la actividad de las ETT, de la forma detallada a continuación:

- La ETT tiene como objetivo básico hacerle frente a necesidades aleatorias, imprevistas o extraordinarias de la EU;
- La característica principal es la naturaleza transitoria, temporal o interina de las actividades a desarrollar por el trabajador suministrado por la ETT;
- Se produce la llamada “desresponsabilización” laboral de la EU;
- Se le atribuye la calidad de empleador formal a la ETT, no a quien efectivamente recibe y dirige el trabajo;
- Dicha actividad provoca la reducción ficticia de la plantilla y la disminución de los costos laborales.

El concepto ha sido incorporado y analizado por la **Organización Internacional del Trabajo**. Un Documento (<http://www.ilo.org/public/spanish/standars/reim>), elaborado

por esta Organización, a través de la Reunión de Expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección, revela que prevalece en el sector empresarial latencia a realizar actividades, dentro o fuera de sus instalaciones, por medio de personas ajenas, las cuales operan eventualmente con un porcentaje fijo de trabajadores que formalmente son exteriores a ella, ya que han sido suministrados por otra, bajo la cual se encauza su contratación laboral.

Lo cierto de todo lo expuesto es que resulta sumamente difícil, y así lo ha reconocido gran parte de la doctrina laboralista, elaborar un concepto y una definición con vocación de aplicación general, del contrato de suministro de mano de obra temporal, debido a la diversidad de enfoques y realidades que subyacen en las normativas locales respectivas y, por otro lado, en la carencia de un marco regulatorio de esta extendida forma de prestación de servicios.

### **2.1.2 Poder de Dirección en las Empresas de Trabajo Temporal.**

En el Capítulo anterior, analizamos los poderes empresariales, incluyendo tanto el poder de dirección como el disciplinario, desde una proyección amplia, de allí que, en este apartado, circunscribamos nuestro estudio, a la legitimidad que ellos adoptan en la estructura de las ETT, destacando, por su desarrollo legislativo y jurisprudencial, la normativa aplicable en España, para luego enfocarlo sobre el ordenamiento jurídico laboral patrio, en especial, a su regulación en el Código de Trabajo de Panamá. Previamente describiremos brevemente el Régimen Jurídico de las ETT en España.

### **2.1.3 Régimen Jurídico de las Empresas de Trabajo Temporal en España.**

Las Empresas de Trabajo Temporal, en lo sucesivo ETT, aparecen reguladas, en el ordenamiento jurídico español, por la Ley 14, de 1º de junio de 1994, en adelante LETT, desarrollada y reglamentada por el Real Decreto 4, de 13 de enero de 1995, en adelante RETT. El artículo 1º, de la LETT, define a las ETT, de la siguiente manera:

“Artículo 1. Concepto. Se denomina empresa de trabajo temporal aquélla cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación d trabajadores, para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley”.

La LETT, otorga la exclusividad a las ETT, para el desarrollo del suministro de mano de obra temporal, situación reiterada, por la reforma introducida al Estatuto de los Trabajadores españoles por la Ley 35 de 2010, específicamente el artículo 16.3, cuyo texto dice así:

“La actividad consistente en la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas **se realizará exclusivamente** por Empresas de Trabajo temporal de acuerdo con su legislación específica”. Las empresas de trabajo temporal podrán, además, actuar como agencias de colocación cuando cuenten con la correspondiente autorización de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable (resaltado nuestro)

De los preceptos transcritos, se colige que las ETT no tienen la calidad de empresas auxiliares o contratistas ni, en principio, de agencias de colocación, ya que, por una parte, no asumen la ejecución de una obra o la prestación de un servicio con sus propios trabajadores y recursos materiales, sino que simplemente facilitan trabajadores a la empresa cliente para que ésta desarrolle su actividad empresarial utilizando a dichos trabajadores, asumiendo el poder de dirección y control de la prestación laboral y, por la

otra, no se limitan a poner en contacto al trabajador con la empresa cliente para que ambos concierten, en su caso, un contrato de trabajo, agotándose así su intervención. Las ETT contratan laboralmente al trabajador para cederlos a una empresa cliente, momento a partir del cual mantienen una doble relación jurídica: con el trabajador, de un lado, y con la empresa cliente, de otro.

Las facultades reconocidas al empleador y los efectos de su distribución en la configuración de las Empresas de Trabajo Temporal, derivadas de la Ley 14 de 1 de junio de 1994 y sus normas reglamentarias, en primera instancia, aparecen regulados en el **Capítulo IV (Relación del Trabajador con la empresa usuaria), artículo 15 (Dirección y control de la actividad laboral), numeral 1**, cuyo texto es el siguiente:

“Cuando los trabajadores desarrolle tareas en el ámbito de la empresa usuaria, de acuerdo con lo previsto en esta norma, las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por aquélla durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito.

De inmediato salta a la vista **el rompimiento del esquema tradicional de la relación de trabajo bilateral**, en la cual coincide la titularidad y el ejercicio del poder de dirección del empleador, convirtiéndose en una compleja relación trilateral entre un trabajador, la ETT y la EU. La ETT celebra un contrato con el trabajador, el cual consiente ser puesto temporalmente, a disposición de una empresa usuaria, delegando la ETT una parcela de su autoridad en la EU, mediante un contrato de puesta a disposición celebrado entre éstas.

Existen dos contratos – el contrato de trabajo entre la ETT y el trabajador y el contrato mercantil entre la ETT y la EU – que generan tres relaciones jurídicas distintas, puesto que se adiciona la que se constituye entre el trabajador y la EU. Se observa que desde la perspectiva laboral tenemos a un trabajador sometido a dos empleadores, distribuyéndose entre ellos el conjunto de derechos y obligaciones que de tales vínculos jurídicos se derivan. En efecto, una primera aproximación a la determinación del verdadero empleador en este tipo complejo de relaciones laborales, la encontramos en el contenido del **artículo 1 (Ámbito de aplicación), numeral 2, del Estatuto de Trabajadores de España**, el cual dispone lo siguiente:

“A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes **que reciban la prestación de servicios** de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas” (resaltado nuestro)

Vemos pues que, pese a la inexistencia del nexo contractual directo, el precepto transcrito le otorga la condición de empleador, también a quienes reciben la prestación laboral de trabajadores que hayan sido cedidos por una ETT. En correlación con esta disposición, **el artículo 8 (Forma del contrato), numeral 1**, de la misma excerta legal, señala:

“El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y **el que lo recibe** a cambio de una retribución a aquél” (resaltado nuestro)

Analizando integralmente ambos preceptos, sin el mayor apremio, se concluye que debería reputarse empleador al receptor del servicio, siendo la EU la que reviste esa condición, ya que es ella la que recibe la prestación del servicio del trabajador puesto a disposición.

(CHACÁRTEGUI, 1998)<sup>xcviii</sup>, se muestra en este sentido, cuando afirma que en las relaciones donde intervienen las empresas de trabajo temporal “la característica determinante para ostentar la condición de empresario se puede concretar en la recepción de la prestación laboral por el trabajador, por lo que se asignaría la condición de empresario a la empresa usuaria, de acuerdo con lo establecido en el primer inciso del artículo 1.2 y en el art. 8.1 ET”. No obstante, la ETT conserva la categoría de empleador formal, por haber celebrado el contrato de trabajo con el trabajador cedido, aspecto de suma importancia al abordar los efectos en el ejercicio de los poderes empresariales correspondientes.

Hemos afirmado que la compleja relación triangular que nace de las actividades ejecutadas por las empresas de trabajo temporal y la EU, alteran el esquema tradicional de distribución de los poderes empresariales, estableciendo, según afirma (DE NIEVES, 2011, Pág. 115),

“un reparto temporal de facultades correspondientes al empleador, toda vez que las facultades de dirección son ejercidas por la empresa usuaria durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito; si bien el poder disciplinario sigue siendo mantenido por la empresa de trabajo temporal”.

El artículo 15, numeral 1, de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal (LETT), regula expresamente las facultades de dirección y control, atribuyéndoselo a la EU, no siendo ésta parte en el contrato de trabajo. Este precepto refleja el distanciamiento del

esquema bilateral típico del contrato de trabajo, puesto que contiene una redistribución de poderes del empleador en la que la empresaria usuaria, que no está ligada al trabajador por ningún nexo contractual, asume parcelas del poder que le corresponden a la ETT, en su carácter de empleador formal del trabajador puesto a disposición. No obstante, en el Capítulo IV (Relación del Trabajador con la Empresa Usuaria), artículo 15 (Dirección y Control de la Actividad Laboral), numeral 2, de la LETT, se le atribuye, expresamente, el poder disciplinario a la ETT, circunstancia que indica que el poder de dirección **no es estrictamente una prerrogativa exclusiva de la empresa usuaria**, sino una facultad compartida con la ETT, debido a que el poder de dirección atribuido a la empresa usuaria excluye la titularidad y el ejercicio del poder disciplinario, el cual está asignado a la ETT y, además, porque la orden ejecutada por la ETT, de poner al trabajador a disposición de la empresa usuaria, es una expresión de las facultades directivas de la ETT, puesto que la primera instrucción que recibe el trabajador de ésta es, precisamente, su incorporación al ámbito productivo y organizativo de la empresa usuaria.

El reconocimiento a las ETT, de facultades derivadas del poder de dirección, además de la expresamente contemplada en la LETT, aparece consagrado en el V Convenio Colectivo de Empresas de Trabajo Temporal (CCETT), cuya cláusula N° 14 introduce algunas reglas que presuponen, frente al mandato de la LETT, que la ETT conserva facultades de dirección durante la puesta a disposición del trabajador.

#### 2.1.4 Tesis de la Titularidad Delegada del Poder de Dirección.

La Tesis de la Titularidad Delegada se le atribuye a (MONTROYA MELGAR, 1965)<sup>101</sup>, quien distingue entre titularidad y ejercicio del poder de dirección. Argumenta

que no siempre quien ejerce el poder de dirección resulta ser el titular de la empresa, ya que éste puede designar a una persona para que lo ejerza funcionalmente, manteniendo el empresario la titularidad básica, mientras que su representante ostentaría la titularidad delegada. Como ejemplo de tal hipótesis, el autor cita, el caso de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, en las que la sociedad es el titular del poder de dirección, el cual es asumido por sus administradores, en virtud de delegación de aquella. Este autor hace extensiva tal aplicación a cualquier ente asociativo cuyo poder directivo se exprese mediante sus órganos gestores. Otro ejemplo descrito, resulta de la situación en la que existe un director general con el objetivo de concentrar los poderes de gestión y de representación, en la que se le reconoce un grado considerable de discrecionalidad al director, pero éste debe actuar según las instrucciones del empresario, quien en todo momento puede supervisar lo actuado.

(SAGARDOY BENGOCHEA, 1995), se adhiere a esta opción interpretativa y distingue, en su análisis de la estructura organizativa de la ETT, la titularidad del poder de dirección y el ejercicio del mismo. La ETT ostentaría la titularidad del poder de dirección, mientras que a la empresa usuaria se le adscribe su ejercicio., sustentándose jurídicamente en el artículo 15, de la LETT, norma que, según vimos en párrafos precedentes, le atribuye a ésta última la facultad de ejercer el poder de dirección y control de la actividad laboral durante el tiempo que dure la prestación de servicios.

La escisión que se opera en la titularidad de los poderes de dirección empresariales, bajo los argumentos de la tesis expuesta, viabilizan la aplicación de la teoría institucionalista de los poderes empresariales, ya que, en la estructura relacional de la ETT con la empresa usuaria, se pone énfasis en la incorporación del trabajador a la esfera

organizativa de ésta, en función de sus intereses y necesidades. A través de la LETT, se **opta por la tesis comunitarista**, puesto que se introducen parámetros organicistas, en favor del interés de la empresa usuaria, puesto que al otorgarle a la empresaria usuaria facultades de dirección y control de la actividad, predomina el criterio de empresa como organización social que funciona con sus propias reglas y en las que el empresario decide en función del funcionamiento de la empresa. No existe coincidencia en los intereses y requerimientos de ambas empresas. Poseen distintas necesidades, sin embargo, la opción legislativa de la ETT, asigna a la empresa usuaria las facultades de dirección, haciendo evidente su inclinación por la tesis comunitarista, al otorgarle primacía al interés de la organización a la cual se integra el trabajador.

La situación del trabajador puesto a disposición de la empresa usuaria quedará sujeta a la subordinación y disposición de ésta, como un elemento más de la organización, con la obligación de obedecer instrucciones y órdenes fundamentadas en la potestad organizativa de aquella, y en ausencia de ningún vínculo contractual que los una. Frente a tal postura se argumenta que “la potestad modificativa del contrato de trabajo necesita, aparte de la concurrencia de unas causas predeterminadas y como sustrato material lógico, la existencia del mismo contrato que pretende alterar”(OLMO GASCÓN, 1996, pág. 883)<sup>c</sup>

La expedición de la LETT y, con ella, la redistribución de los poderes empresariales que subyace en este tipo de relación triangular, implica la desarticulación de la tesis contractualista del poder de dirección que fija en el contrato de trabajo tanto la legitimidad como el límite de éste y, adicionalmente, asume las propuestas comunitaristas al privilegiar los intereses generales de la empresa, al atribuirles a la empresa usuaria el

poder de dirección durante el periodo de puesta a disposición y, en consecuencia, colocar la esfera personal del trabajador cedido, en condiciones de subordinación a los intereses de la organización empresarial, definidos éstos sólo por el poder de dirección que ostenta el empleador.

La empresa usuaria, en el contexto normativo descrito, en ejercicio del poder de dirección reconocido por la LETT, queda facultada para dictar e impartir órdenes al trabajador, en función de sus intereses, sin haber concertado previamente con éste el objeto de la prestación del servicio, aspecto que instrumentaliza y delimita las órdenes empresariales que legítimamente puede impartir el empleador. Al respecto, un sector de la doctrina, en concordancia con lo expuesto, ha manifestado que “el contrato de trabajo y las fuentes formales a él reconducidas aparecen como el único punto de referencia que objetivamente define la regularidad de una orden, dejando al margen con ello las definiciones subjetivas de ninguna de las partes”(ROMAN DE LA TORRE, 1992, pág. 369)<sup>ci</sup>.

La tesis comunitarista o institucionalista inserta en la LETT, **promueve una relación lesiva a la dignidad humana** toda vez que el trabajador se integra a la organización empresarial como una mercancía o herramienta más, que puede ser utilizada por el empleador, sin limitación alguna, dentro de su ciclo productivo, siendo que el derecho laboral, además del infranqueable muro de la dignidad del trabajador, impone, a través del intercambio contractual de voluntades, límites a la disposición de la mano de obra libre y propietaria de su fuerza de trabajo. Lo anterior se agrava aún más, si exploramos las consecuencias que conlleva la adopción de la teoría comunitarista subyacente en la estructura de la ETT, en la vigencia del principio de buena fe contractual, el cual implica

el deber de cumplimiento de las obligaciones de las partes. Esta opción doctrinal ha reducido tal principio a dos categorías: el deber de fidelidad del trabajador y el deber de protección del trabajador, cuyas aplicaciones en el ámbito de la LETT, se manifiestan en la asignación a la empresa usuaria de las responsabilidades atinentes a la seguridad social, delimitadas mediante ley; mientras que el trabajador, en virtud de la fidelidad debida, queda sujeto al cumplimiento de todas las órdenes e instrucciones provenientes de la empresa usuaria, otra vez, en función de los intereses de la organización de ésta.

Por otro lado, se destaca, en la fórmula distributiva de responsabilidades contenida en la LETT, la mera atribución de la responsabilidad subsidiaria en materia salarial, procediendo la responsabilidad solidaria sólo en los supuestos de incumplimiento del contrato de puesta a disposición, regulado en los artículos 6 y 8 de la LETT, los cuales se refieren, respectivamente, al objeto de la cesión de trabajadores y a las hipótesis de exclusión que prohíben la celebración de tales contratos, bajo los supuestos contenidos en el precepto.

Otro aspecto de interés lo constituye el argumento comunitarista de **la finalidad asociativa del contrato de trabajo**, consagrada en la estructura normativa de la LETT, misma que presupone **la confluencia de intereses** entre el trabajador puesto a disposición y la empresa usuaria. En tal sentido, la excerta legal en estudio, según apunta (CHACÁRTEGUIL, 1998, pág. 66)<sup>58</sup>, "ha supuesto dar carta de naturaleza a todos aquellos fenómenos de descentralización productiva en los cuales lo determinante no es la protección de los derechos individuales del trabajador, sino que éste desarrolle la actividad laboral con el objeto de satisfacer al máximo el interés de la actividad, productividad y prosperidad de la empresa", situación que, según plantea esta autora,

**resulta incompatible con la disparidad de intereses inherentes al contrato de trabajo.**

La tesis comunitarista de la **confluencia de intereses entre el empresario y el trabajador**, consolida una supuesta voluntad asociativa entre las partes, sin apoyo en un nexo contractual, en contraposición con la diversidad de intereses que se genera si se adopta la tesis contractualista. Bajo la primera concepción de corte institucionalista, el trabajador puesto a disposición por la ETT, queda integrado al ámbito de dirección y control de la empresa usuaria y a los poderes sobre él ejercidos por ésta, tienen como objetivo o se fundamentan en la satisfacción al máximo de los intereses de la actividad productiva y la prosperidad de la empresa.

En oposición<sup>ciii</sup> a los argumentos señalados, consideramos que **la naturaleza de los intereses de las partes** que intervienen en el contrato de trabajo determina pretensiones u objetivos divergentes: la teoría comunitarista desconoce la fundamentación sobre la cual descansa el interés del trabajador a la retribución, así, el trabajador tiene como propósito esencial la mayor retribución de su prestación laboral, para la subsistencia de él y su familia, mientras que la empresa pretende la utilidad al menor costo posible, lo cual activó, en su momento, la función tuitiva del ordenamiento jurídico laboral; la configuración inicial del contrato de trabajo lleva implícita la posición de un conflicto moderado precisamente con su celebración; si bien existe un interés común, éste converge producto de los intereses individuales que actúan como instrumento para lograr aquél; y, finalmente, la exigencia legal y constitucional a una remuneración y trato digno, conlleva implícitamente la idea de contraposición de intereses en juego.

Es indudable que la empresa capitalista actual, “como centro sometido a conflictos de poderes”, está conformada por dos elementos **esenciales y antagónicos: capital y trabajo**. El empresario, en su calidad de propietario del capital busca la organización de la empresa que mayor rentabilidad le depara, esto es, maximizar beneficios; Los trabajadores, como suministradores del servicio necesario en la empresa buscan el mayor precio por el trabajo ofrecido, precio entendido en sentido amplio, comprensivo de retribuciones y condiciones de trabajo. (ALFONSO, <http://www.uv.es/CFED/10/alfonso.pdf>)

La empresa capitalista, en su calidad de **centro de imputación conflictual**, con mayor poder contractual que los trabajadores, **en el primer conflicto**, relativo a la determinación de las condiciones de trabajo, logró resolverlo a su favor, fijando unilateralmente las condiciones de trabajo, configurando el autoritarismo empresarial, con primacía del capital, con poca participación de los trabajadores, y, en consecuencia, generando **el enfrentamiento** de los trabajadores por la aplicación de esa fórmula que los perjudicaba en sus efectos, no existe, entonces, esa confluencia de intereses comunes.

Como justificación de tal atribución, se arguye (DE NIEVES, Ob. cit. Pág. 116) que opera “**una delegación** a la EU, de facultades jurídicas que pertenecen al empresario en los esquemas típicos y tradicionales de la relación bilateral”, argumento que, según esta autora, resulta artificial e inexplicable, por cuanto el ejercicio del poder de dirección y control de la EU, viene como resultado de que prevalece la idea “de la empresa como organización social que funciona con sus propias reglas (...) el trabajador puesto a disposición se ve obligado a obedecer las instrucciones y órdenes que vengan dadas por parte de la empresa usuaria en uso de su potestad organizativa, por lo que se integra al

trabajador como un elemento más de esta organización, a pesar de que éste no tenga una vinculación formal con la empresa usuaria a través de un contrato de trabajo”.

La tesis de la **titularidad delegada** sostenida por (MONTROYA, Ob. cit. Pág. 197 y sgts.), y acuñada en Francia, destaca, según (CHACÁRTEGUI, Ob. cit. Pág. 54), que la verdadera subordinación del trabajador se ha de predicar con respecto a la empresa usuaria, a través del reparto que de las prerrogativas empresariales se establece en el artículo 124-7 del *Code du Travail* francés, de forma que el reparto de poderes es totalmente artificial y solo puede explicarse en función de las atribuciones que lleva a cabo la ley. MONTROYA basándose en esa opción doctrinal, escinde la titularidad en dos tipos: una titularidad **básica** y una titularidad **efectiva**. La primera es atribuida al empresario, quien la conserva pero en ocasiones no la ejerce, sino que es ejercida funcionalmente por la persona designada por él. (CHACÁRTEGUI, Ob. cit. Pág. 53), observa, a nuestro juicio con sobrada razón, que la opción interpretativa de MONTROYA, distinguiendo entre titularidad y ejercicio del poder directivo se elabora cuando aún no existían los fenómenos que hoy conocemos como descentralización productiva, ya que se trata de situaciones recientes a los que a menudo recurre la empresa para realizar, a través de los trabajadores de la ETT, actividades que ejecutaba, en su totalidad, internamente, como parte de su ciclo productivo, sin crear ningún vínculo contractual con éstos.

Aún con los inconvenientes anotados, (SAGARDOY BENGOCHEA, 1995, Pág. 101-103), opta por la aplicación, a la relación entre la ETT y la EU, de la teoría de la titularidad delegada y, en consecuencia, le atribuye la titularidad del poder directivo a la ETT y su ejercicio a la EU, sustentándose en el multicitado artículo 15, de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, precepto que otorga las facultades de **dirección y**

**control** de la actividad laboral a la EU, durante el tiempo que dure la prestación del servicio.

(KAHALE, 2011, Pág. 112), coincide con la postura anterior, puesto que destaca la existencia de dos empleadores en las relaciones jurídicas donde intervienen las empresas de trabajo temporal: uno, denominado formal que es la empresa de trabajo temporal y, otro, el material que sin ser parte en el contrato de trabajo, podrá beneficiarse de los servicios laborales que constituyen su objeto, mediante el establecimiento de una relación mercantil con la empresa de trabajo temporal.

Otra autora que se adhiere a esa posición doctrinal es (DE NIEVES, Ob. cit. Pág. 116), la cual al abordar el análisis de los efectos de la cesión legal, señala, con algo de ambigüedad, que en los casos en que interviene una empresa de trabajo temporal, al momento de ser contratado el trabajador, éste “escapa del ámbito de organización y dirección de quien efectivamente es su empresario y pasa a depender de otro que no lo es, pero lo parece (...) porque recibe la prestación de sus servicios”

La elaboración doctrinal en respaldo a la teoría de la titularidad delegada, con su fundamento en la escisión de ella en básica y de ejercicio y la forma de redistribución de los poderes empresariales, presume una opción legislativa por la tesis Comunitarista de empresa, por medio de la cual se incorporan principios de esencia organicista que promueven el fortalecimiento de los intereses de la organización empresarial, en este caso, de la EU, a la cual se incorpora el trabajador, quedando sometido a las órdenes e instrucciones de ésta, en uso de esa potestad organizativa que, además, integra al trabajador como un elemento más de la organización, pese a la carencia de un vínculo contractual.

Los efectos de la opción interpretativa en estudio, no sólo se proyectan en el ámbito de las relaciones de trabajo de las ETT, sino que adquieren una dimensión mucho más abarcadora, puesto que por un lado se consolida un concepto de empresa desde la existencia de una actividad organizada y, por el otro, se debilita la función tuitiva del derecho del trabajo y se fragmenta el sistema de garantías. Como señala **BAYLOS GRAU**, citado por (**CHÁRTEGUI**, Ob. cit. Pág. 54), “estaríamos ante una revalorización de la empresa como ámbito de regulación laboral, en donde se refuerza, aunque frecuentemente sometido a procedimientos de ejercicio definidos desde su exterior, un poder unilateral del empresario en la determinación de las condiciones de trabajo”. Este concepto coincide con el contenido de la definición que del término “empresa” sugiere (**RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER**) (ubicar esta obra en 42 estudios.... Ver pág. 58-59), al señalar que consiste en:

“la organización coordinada e interdependiente de trabajadores para la consecución de un fin técnico laboral **propuesto por el empresario**, bajo cuya dirección y con cuyos medios se realiza el trabajo” (resaltado nuestro)

La corriente de pensamiento que defiende la tesis de la titularidad delegada y, con ella, la escisión de los poderes del empleador, valida el contenido sustancial del enfoque teórico Comunitarista, al atribuir a la empresa usuaria la calidad de empleador, por la única razón de recibir la prestación de los servicios del trabajador y éste quedaria vinculado o incorporado a la empresa para el logro de una finalidad propuesta exclusivamente por ésta y de acuerdo a sus intereses.

La opción legislativa, materializada en la LETT, que le asigna el poder de dirección a la empresa usuaria, pareciera adoptar principios Comunitaristas que privilegian las decisiones del empleador por encima de otras consideraciones, entre ellas, las enmarcadas dentro del contrato de trabajo, fundamento y límite del mismo poder de dirección. La teoría comunitarista o institucionalista erige a la empresa y los intereses que representa como fundamento del poder de dirección, puesto que el empresario, según esta tesis, debe gozar del derecho a un control efectivo sobre todos los elementos que conforman la organización, incluyendo a los trabajadores.

Tal y como hemos sostenido con anterioridad, **el contrato de trabajo constituye el primer límite a la esfera de acción del poder de dirección**, asumiendo el trabajador la obligación de ejecutar su labor con base a los lineamientos previamente pactados, por ende el empleador no puede actuar en función de una relación de señorío entendida como una relación de fuerza en la que la personalidad del trabajador aparece tratada como una herramienta o instrumento de la que se sirve el detentador del poder para extender su dominio. La redistribución de poderes entre la ETT y la EU, contenida en el artículo 15, de la Ley que regula a las ETT, resulta incompatible con un sistema contractualista que impone límites al poder de dirección, el cual será vigente y eficaz, tan pronto y a partir de, cuándo se articule el contrato de trabajo, no derivándose de una relación social preexistente, sin límites a la prestación laboral, como pretende la corriente comunitarista.

#### 2.1.5 El Poder de Dirección y los Derechos Fundamentales del Trabajador en la esfera de las Empresas de Trabajo Temporal.

Como punto de partida de este controversial tema, destacamos el principio básico de la vigencia de los derechos fundamentales en todas las esferas y entornos del ser humano, incluyendo el ámbito de la relación de trabajo, cuyo núcleo argumentativo proscribe la renuncia de los derechos inherentes a la condición y dignidad de la persona humana, so pretexto de salvaguardar determinados intereses ajenos, en especial, los de la organización empresarial.

El trabajador no debe ser limitado en el ejercicio de sus derechos constitucionales por el sólo hecho de haberse incorporado a una colectividad organizada, pese a que un sector doctrinal (ROMAN DE LA TORRE, 1991, Pág. 303), desde la perspectiva institucionalista, sostiene que las necesidades organizativas de la empresa, en virtud de la situación de subordinación del trabajador, son las que limitan los derechos de éste; argumenta – este autor – que “las necesidades empresariales son una razón poderosa que, impuesta por la vía de hecho o de derecho, no responden en principio a un criterio de autolimitación”, no obstante, en contraargumento a lo expresado, (CHACARTEGUI, Ob. cit. Pág. 71) afirma, criterio que compartimos, que “no existe un interés organizativo de empresa que pueda anular genéricamente el ejercicio constitucional de los derechos fundamentales ...” del trabajador.

La prevalencia del interés empresarial sobre los derechos constitucionales de los trabajadores, comprensible más no justificable, desde la óptica comunitarista, soslaya la **indivisibilidad de los derechos civiles, políticos y sociales** integrados en la persona humana del trabajador, articulados en el concepto de derechos humanos, detalle que hace inconcebible el desconocimiento de unos (los sociales) por el solo hecho de integrarse a un contrato de trabajo o a una relación de trabajo.

En ese orden de ideas, el trabajador cedido por la ETT, no puede estar sujeta al cumplimiento de órdenes o instrucciones de la EU, que impliquen la vulneración de sus derechos fundamentales, pese a que ésta ostenta el poder de dirección y carece del nexo contractual laboral con el trabajador. El aserto lo sustentamos en la vigencia y eficacia horizontal de los derechos fundamentales del trabajador, teoría de génesis alemana conocida como la doctrina de la *Drittwirkung des Grundeschte*, sustentada en la Sentencia de 15 de enero de 1958, (Caso Luth-Urteil), opción interpretativa que, entre otros aspectos, coloca a las relaciones de trabajo como centro de imputación respecto a la vulneración de los derechos fundamentales, requiriendo, en consecuencia, la tutela del aparato estatal, por conllevar tal afectación una violación al orden público.

Una de los mecanismos que serían de utilidad en la determinación del ámbito constitucional de protección de un derecho fundamental, lo constituye el **principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales** (CASTILLO, <http://ruc.ud.es>), cuya esencia predica un ámbito dual de significación: uno subjetivo y otro objetivo; se caracteriza el primero por el reconocimiento al ciudadano de un estatus jurídico o la libertad que, en tal virtud, configura un derecho subjetivo de defensa frente al Estado; el segundo, denominado objetivo, supone una dimensión en la cual los derechos fundamentales operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico, puesto que se trata de la expresión jurídica de un sistema de valores determinantes de la organización jurídica y política o, como señala el autor citado, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos al ordenamiento tipificado como Estado Social y Democrático de derecho (CASTILLO, *Ibidem*).

En el Derecho Español, privilegiado en el análisis de este apartado, **la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales**, en la vertiente de la dimensión objetiva, se sustenta, entre otras disposiciones, en el artículo 1.1, que califica al Estado Español como Social de Derecho, en el cual “la tutela de los derechos fundamentales no se traduce en que los poderes públicos se abstengan de interferir en la esfera privada delimitada por tales derechos – que era la pretensión del Estado Liberal – sino en que **los poderes públicos deben actuar positivamente** para promover de manera activa el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales por los particulares” (MARTINEZ-PUJALTE LOPEZ, 1997, Pág. 119). El artículo 10.1 que coloca a la dignidad de la persona y a los derechos que le son inviolables como sustento del orden político y de la paz social, le corresponde al Estado y a su brazo ejecutor (el gobierno) la obligación inderogable de promover el respeto y la vigencia de tales valores.

#### 2.1.6 Requisitos de Constitución y Funcionamiento de las ETT.

Las Empresas de Trabajo Temporal deben cumplir una serie de requisitos expresamente regulados en la LETT, para quedar debidamente constituidas y, en consecuencia, puedan operar como tales. En primer término, han de estar “**debidamente autorizadas**”, para el ejercicio de su actividad específica, permiso que puede ser otorgado tanto a personas naturales como jurídicas, de acuerdo al artículo 2, de la LETT. En efecto, el artículo 2.1 de la LETT, exige que el solicitante deba justificar, previamente, ante el organismo administrativo competente, el cumplimiento de los **requisitos** siguientes:

- **Disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador con relación al objeto social.**

Se trata de una exigencia derivada de lo contemplado en el artículo 43.2 del Estatuto de Trabajadores, precepto que establece uno de los criterios utilizados para distinguir las verdaderas contrataciones de obras y servicios entre empresas de las meras Seudocontratas, encubridoras de un tráfico ilegal de trabajadores. La LETT, respondiendo al aludido parámetro señala que para apreciar la efectiva disponibilidad de la estructura organizativa requerida se valorarán la adecuación y suficiencia de los elementos de la empresa para desarrollar la actividad planteada como objeto de la misma, particularmente en lo que se refiere a la selección de los trabajadores, su formación y las restantes obligaciones laborales. Los factores a considerarse serían:

- La dimensión, equipamiento y régimen de titularidad de los centros de trabajo.
- El número, dedicación, cualificación profesional y estabilidad en el empleo, de los trabajadores contratados para prestar servicios bajo la dirección de la ETT (personal de estructura).
- El sistema organizativo y los procesos tecnológicos utilizados para la selección y formación de los trabajadores contratados para su puesta a disposición en empresas usuarias.

Con relación a la estabilidad en el empleo del personal de estructura, el artículo 2.1.3º, de la LETT dispone que la ETT deberá contar al menos con doce trabajadores de este colectivo con contratos estables o de duración indefinida por cada mil trabajadores o fracción, contratados en el año inmediatamente anterior. No obstante, precisa resaltar que el CCETT, recoge el compromiso de las ETT de que el 65% del personal de estructura tenga relación laboral de carácter indefinido, no computándose, para estos efectos, los

contratados a tiempo parciales de jornada inferior al 50% de la jornada a tiempo completo. El incumplimiento de esta obligación impide a la ETT acogerse, respecto de su personal de estructura, a la ampliación a doce meses de la duración del contrato eventual prevista en el apartado 2, párrafo segundo, del artículo 17 del propio CCETT, por lo que de superarse el periodo de duración de seis meses, el trabajador contratado tendrá la consideración de indefinido.

- **Dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de Empresa de Trabajo Temporal.**

El requisito descrito se justifica como medio para lograr que la actividad sea ejercida responsablemente por empresas solventes, expulsando del mercado a los simples intermediarios o traficantes de mano de obra.

- **Carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social.**

La solicitud de autorización administrativa para desarrollar la actividad de ETT debe ir acompañada de la documentación que acredite que se encuentra al día en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y frente a las de Seguridad Social o de carecer de las mismas.

- **Garantizar, de forma especial, el cumplimiento de las obligaciones salariales y para con la Seguridad Social.**

La forma de garantizar las obligaciones salariales y de la seguridad social es a través de la constitución de una garantía que puede consistir en depósitos en dinero efectivo en valores públicos en la Caja General de Depósitos, organismo integrado a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda; o en

una fianza solidaria expedida por un Banco, o póliza de seguros contratada al efecto. La cuantía de la garantía se establecerá considerando; por un lado, si se trata de la primera autorización o las sucesivas, o si se ha mantenido una autorización con carácter indefinido y, por el otro, la masa salarial o el conjunto de retribuciones salariales y extrasalariales devengadas por todos los trabajadores contratados por la ETT para ser cedidos a las EU. La finalidad de la garantía es responder por las eventuales deudas incurridas por la ETT, en concepto de indemnizaciones salariales y de Seguridad Social. El monto será devuelto al cese de actividades de la ETT y compruebe que no tiene pendientes obligaciones indemnizatorias de las mencionadas, según lo dispone el artículo 3.6 de la LETT.

- **No haber sido sancionada con suspensión de actividad en dos o más ocasiones.**
- **Incluir en su denominación los términos “Empresa de Trabajo Temporal o la abreviatura “ETT”.**

#### **2.1.7 Registro de las Empresas de Trabajo Temporal.**

Tanto la LETT (artículo 4.1) como el RD 417/2015 (artículo 12.1), regulan la organización del Registro de las ETT, y en tal sentido señalan que cada una de las autoridades laborales competentes para conceder autorizaciones administrativas a empresas de trabajo temporal llevará un Registro de Empresas de Trabajo Temporal, con funcionamiento por medios electrónicos que tendrá carácter público.

#### **2.1.8 Información que debe figurar en el Registro de las ETT.**

El artículo 4.1 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal señala que en el registro deberá constar la siguiente información:

- Los datos relativos a la identificación de la empresa.
- El nombre de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad.
- El domicilio, ámbito profesional y geográfico de actuación, número de autorización administrativa y vigencia de la misma.
- En su caso, la suspensión de actividades que se acuerde por la autoridad laboral y el cese en la condición de ETT.

Adicionalmente, las ETT están obligadas a remitir a la autoridad administrativa una relación de contratos de puesta a disposición celebrados (artículo 5.1 LETT); informar a la autoridad laboral sobre todo cambio de titularidad, apertura y cierre de centros de trabajo y cese de actividades, de acuerdo a los artículos 5.2 de la LETT.

#### 2.1.9 Efectos del Incumplimiento de las obligaciones de las ETT.

La principal consecuencia de la actuación de la ETT, sin la previa autorización administrativa, sea por no haberla obtenido, o por haberse agotado su plazo de validez y no haber solicitado la prórroga, o por haber sido revocada por la autoridad administrativa, consiste en que **asimilarse contractualmente a la cesión ilegal de trabajadores**. En ese sentido se establece que:

- El cedente y el cesionario **responderán solidariamente** de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social (artículo 43.3 del Estatuto de Trabajadores)

- Los trabajadores afectados por el tráfico prohibido tendrán **derecho a adquirir la condición de fijos**, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, si ambas son verdaderas empresas.
- Los derechos y obligaciones del cedido en la empresa por la que haya optado serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal

Finalmente, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su constitución y funcionamiento, constituyen faltas leves, graves o muy graves que originan responsabilidades administrativas, como no remitir a la autoridad competente la información y actualizaciones correspondientes, la no actualización del valor de la garantía, no dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de la ETT, la falsedad documental u ocultación de la información respecto a sus actividades.

#### 2.1.10 El Contrato de Puesta a Disposición.

La ETT y la EU, celebran un contrato de naturaleza mercantil, denominado contrato de puesta a disposición, cuyo objeto es la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél, al cual no se le aplica la jurisdicción social.

##### 2.1.10.1 Características del Contrato de Puesta a Disposición.

Con relación a la **forma** de celebración, el artículo 6.3 de la LETT señala que el contrato de puesta a disposición **se formalizará por escrito**, en los términos que establece el artículo 15 del RD 417/2015, de 29 de mayo, precepto éste último que exige el contenido mínimo siguiente:

- Datos identificativos de la empresa de trabajo temporal, haciendo constar el número de autorización, número de identificación fiscal y códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

- Datos identificativos de la empresa usuaria, indicando, expresamente, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.
- Supuesto de celebración, con expresión concreta de la causa que lo justifica, según lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio.
- Contenido de la prestación laboral y cualificación requerida.
- La establecida en el artículo 2 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.
- Servicios comunes e instalaciones colectivas de la empresa usuaria.
- Duración prevista del contrato.
- Lugar y horario de trabajo.
- Precio convenido.
- Retribución total.
- Convenio colectivo de aplicación en la empresa usuaria.

En concordancia con lo anterior, el CCETT establece que las ETT incluirán en el contrato de puesta a disposición:

- Las exclusiones sobre contratación contempladas en la ley.
- El puesto de trabajo y categoría profesional correspondiente que pretende cubrir.
- Si el contrato de puesta a disposición se concierta para atender a un supuesto de interinidad, la indicación de a quién sustituirá el trabajador.

Los **supuestos de exclusión o prohibición** de la celebración de contratos de puesta a disposición, aparecen regulados en el artículo 8 de la LETT, el cual contempla los siguientes:

- Para sustituir trabajadores en huelga en la empresa usuaria.
- Para ejecutar trabajos peligrosos para la salud de los trabajadores.
- Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa hubiera amortizado los puestos de trabajo que se pretenden cubrir por despido improcedente.

- Para ceder trabajadores a otra ETT.

En cuanto a **la duración del contrato de puesta a disposición**, se prevé que si el trabajador continúa prestando sus servicios a la empresa, una vez finalizado el plazo, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido, siendo nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la empresa usuaria a la finalización del contrato en mención, según los artículos 7.2 y 7.3 de la LETT.

#### 2.1.10.2 **Deberes de Información**

La celebración de los contratos de puesta a disposición y el motivo de su utilización **deben ser informados a los representantes de los trabajadores**, por la empresa usuaria, dentro de los diez días siguientes a su formalización. Además, se le entregará una copia básica del contrato de trabajo o de la orden de servicio del trabajador puesto a disposición, que la ETT le ha suministrado. El incumplimiento de tales obligaciones configura una infracción grave, ya que supone la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales.

Respecto a **las obligaciones de la ETT frente a la EU**, el artículo 18 del RD 417/2015, de 29 de mayo, señala que aquella deberá suministrar a ésta: copia del contrato de trabajo o de la correspondiente orden de servicio y la documentación que acredite haber cumplido las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas con

dichos trabajadores. El incumplimiento de esa obligación constituye una infracción leve para la ETT.

#### **2.1.11 El Contrato de Trabajo entre la ETT y su personal para cesión.**

La relación de trabajo entre la ETT y el trabajador que será puesto a disposición de una empresa usuaria surge de la celebración entre ambos del correspondiente contrato de trabajo, el cual **debe formalizarse por escrito**, por duplicado, debiendo comunicarse su contenido a la Oficina Pública de empleo, dentro de los diez días siguientes a su celebración, en los términos que señale el **Real Decreto 417 de 29 de mayo de 2015**, norma reglamentaria de las Empresas de Trabajo Temporal. Puede concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada, coincidente con la del contrato de puesta a disposición. El CCETT expresamente regula el tema, a través de la Cláusula 18.1, cuyo texto es el siguiente:

#### **“Artículo 18. Supuestos de contratación laboral para el personal de puesta a disposición.”**

“1. El personal puesto a disposición para prestar actividad laboral en una empresa usuaria puede ser contratado por tiempo indefinido o mediante relación laboral de carácter temporal, coincidente en este último caso con la causa y la duración del contrato de puesta a disposición suscrito entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria. Podrán concertarse contratos de duración determinada con este tipo de trabajadores en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el Artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo. 2. Las empresas de trabajo temporal no podrán celebrar contratos de formación”

La legalmente necesaria coincidencia entre la duración del contrato de trabajo temporal y la duración del contrato de puesta a disposición significa que la causa que justifica, en su caso, la celebración del contrato de puesta a disposición es la misma que

justifica la celebración de un contrato a término entre la ETT y el trabajador. Similar razonamiento es aplicable a la exclusión de los contratos de formación con los trabajadores que van a ser puestos a disposición, ya que no resulta legalmente posible por la vinculación del contrato con la ETT con el de puesta a disposición en cuanto a su causa y su duración.

#### 2.1.11.1 Contenido del Contrato.

El contenido del contrato celebrado entre la ETT y el trabajador viene signado por la modalidad que se adopte o acuerde entre las partes. Tratándose de **los contratos temporales o duración determinada** coincidente con la del contrato de puesta a disposición, contendrá como mínimo lo siguiente:

- Identificación de las partes contratantes, haciendo constar en el caso de la ETT, el número de autorización administrativa, número de identificación fiscal y códigos de cuenta de cotización a la seguridad social.
- Identificación de la EU, especificando el número de identificación fiscal y el código de cuenta de cotización a la seguridad social.
- Causa del contrato de puesta a disposición.
- Contenido de la prestación laboral.
- Información relativa al artículo 2, del RD 216 de 5 de febrero de 1999.
- Duración prevista del contrato de trabajo
- Lugar y hora de trabajo y remuneración convenida.
- Convenio Colectivo aplicable en la ETT y la EU.

En la hipótesis del **contrato de práctica**, en adición a lo anterior, se hará constar la titulación del trabajador. En cambio, cuando el contrato se celebre **con carácter indefinido**, la Empresa de Trabajo Temporal deberá entregar al trabajador, en cada misión, una orden de servicio en la cual se indicará:

- Identificación de la empresa usuaria en la que ha de prestar servicios, especificando el número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

- Causa del contrato de puesta a disposición.
- Contenido de la prestación laboral.
- Información relativa al artículo 2 del RD 216 de 5 de febrero de 1999.
- Lugar y horario de trabajo.

#### 2.1.11.2 Facultades de la ETT frente a su personal.

El artículo 15 de la LETT atribuye a la EU, **durante el periodo de puesta a disposición**, el ejercicio de las facultades de dirección y control de la actividad laboral, con la excepción de las facultades disciplinarias que continúan asignadas a la ETT. El CCETT, correlativamente, dispone en su artículo 13 que:

“(...) en relación con los trabajadores que desarrollen tareas al servicio de una empresa, las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por ésta durante el tiempo de prestación de dicho servicio, sin perjuicio del ejercicio de las facultades disciplinarias legalmente previstas que corresponden siempre a la Empresa de Trabajo Temporal”

La bifurcación de los poderes empresariales, otorga la titularidad de las facultades disciplinarias a la ETT, incluso respecto de los trabajadores que desarrollan sus tareas en el ámbito espacial de la EU y durante el tiempo de prestación de las mismas. Por ello, y atentos al contenido del artículo 15.2 de la LETT, cuando una empresa usuaria considere que por parte del trabajador se hubiere producido un incumplimiento contractual lo pondrá en conocimiento de la ETT, a fin de que por ésta se adopten las medidas disciplinarias correspondientes. El CCETT, a través de los artículos 52 y 53, tipifican las faltas de los trabajadores y señalan las sanciones respectivas. En efecto, el artículo 52.1 del CCETT tipifica como **faltas leves** las siguientes:

- Tres faltas de puntualidad en un mes sin causa justificada.

- La no comunicación con la antelación debida de una falta al trabajo por causa justificada, a no ser que se pruebe la imposibilidad de hacerlo.
- Falta de aseo y limpieza personal.
- Discusiones que repercutan en la buena marcha de los servicios.
- Falta de atención o diligencia con el público, así como el desarrollo del trabajo encomendado.
- Faltar al trabajo un día al mes sin causa justificada.
- Pequeños descuidos en la conservación del material.
- No comunicar a la empresa los cambios de residencia o domicilio.
- No comunicar a la ETT el cambio de funciones o centro de trabajo ordenados por la Empresa Usuaria.
- No entregar a la ETT los partes del trabajo desarrollado en la empresa usuaria.
- Falta de respeto y consideración en materia leve a los subordinados, compañeros, mandos, personal y público, así como la discusión con los mismos dentro de la jornada de trabajo.

La norma en estudio clasifica como **faltas graves** las siguientes conductas:

- Hasta diez faltas de puntualidad al trabajo durante un mes, sin causa justificada.
- Faltar dos días al mes sin justificación.
- Simular la presencia de otro trabajador, valiéndose de su ficha, firma o tarjeta de control.
- Cambiar, mirar, revolver los armarios y ropas de los compañeros sin la debida autorización.
- La negligencia o imprudencia graves en el desarrollo de las actividades encomendadas, incluyendo las normas sobre prevención de riesgos.
- Las cometidas contra la disciplina en el trabajo o contra el respeto debido a sus compañeros y superiores.
- La negligencia grave en la conservación y utilización de materiales y máquinas que el trabajador tenga a su cargo.
- El abandono del trabajo sin causa justificada.
- Realizar, sin el oportuno aviso, trabajo particulares o empleo de elementos de la empresa durante la jornada de trabajo en beneficio propio.
- La reincidencia en cualquier falta leve en un periodo de tres meses.
- La inasistencia a cursos de formación profesional en horario de trabajo.
- Conducta reiterada en el incumplimiento de comunicar a la ETT el cambio de funciones o centro de trabajo ordenado por la empresa usuaria, así como de suministrar a la ETT los partes del trabajo desarrollado en la empresa usuaria.

En cuanto a las **faltas muy graves**, el artículo 52 del CCETT, considera como tales:

- Más de diez faltas de puntualidad no justificadas cometidas en el periodo de tres meses o de veinte durante seis meses.
- Faltar al trabajo más de dos días del mes sin justificación.
- El fraude, la deslealtad y abuso de confianza en gestiones encomendadas.
- El hurto, el robo y la apropiación indebida, tanto a los demás trabajadores como a la empresa o a cualquier persona dentro de los locales de la empresa o fuera de la misma durante el desarrollo de su actividad laboral.
- La simulación comprobada de accidente o enfermedad.
- Hacer desaparecer, inutilizar, destrozar o causar desperfectos en máquinas, aparatos, instalaciones, edificios, enseres, documentos y departamentos de la empresa.
- La embriaguez y la toxicomanía habitual durante el trabajo, si repercute negativamente en el mismo o en la imagen de la empresa.
- La competencia desleal.
- Los malos tratos de palabra u obra o faltas muy graves de respeto y consideración a los superiores, compañeros o subordinados.
- La desobediencia e indisciplina reiterada o continuadas en el trabajo.
- La disminución voluntaria y continuada en el rendimiento normal de trabajo,
- Haber recaído sobre el trabajador sentencia firme de los Tribunales de Justicia competentes, por delitos o faltas de robo, hurto, estafa, malversación cometidas fuera de la empresa, que puedan motivar desconfianza hacia su autor.
- La imprudencia o negligencia inexcusables en el desempeño del trabajo y el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales.
- La falsificación de los partes de trabajo suministrados a la ETT.
- Los malos tratos de palabra, obra o falta grave de respeto y consideración de contenido sexista, racista o xenófobo.
- La inasistencia injustificada a curso de formación en prevención de riesgos laborales en horario de trabajo.
- La reincidencia en comisión de falta grave en un periodo de tres meses.
- El acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

### 2.1.11.3 Suspensión del contrato de trabajo de los trabajadores contratados para su puesta a disposición.

La LETT no contiene reglas especiales en materia de suspensión, en consecuencia, debe acudir a la aplicación de las normas generales y algunas cláusulas del CCETT.

Éste instrumento convencional señala en su artículo 45.1 que el tiempo de suspensión del contrato por las causas legalmente previstas no computará a efectos del cumplimiento del periodo de vigencia pactado por las partes contratantes ni será tomado en consideración a los efectos de la duración máxima de la relación laboral prevista para la contratación laboral del personal de estructura o los supuestos de contratación del personal de puesta a disposición.

El artículo 45.2 del CCETT, recoge otras hipótesis de suspensión del contrato: por parto, adopción, riesgos durante el embarazo y nacimiento de hijo, hipótesis contempladas expresamente en los artículos 48.4, 48.5 y 48.bis del Estatuto de Trabajadores.

#### **2.1.11.4 Extinción del contrato de trabajo de los trabajadores contratados para su puesta a disposición.**

Tampoco la LETT contiene previsiones en materia de extinción, salvo las relativas al derecho de los trabajadores a percibir una indemnización a la finalización del contrato, en consecuencia, rigen las normas generales con las especificaciones del CCETT. En ese sentido, el artículo 49.1.d) establece que el contrato de trabajo se extingue por dimisión del trabajador, mediando los preavisos correspondientes. El CCETT señala que los trabajadores en misión que deseen resolver voluntariamente su contrato, con anterioridad a su vencimiento, habrán de ponerlo por escrito en conocimiento de su empresa con la antelación mínima de quince días, tratándose de técnicos titulados o de una semana tratándose del resto de trabajadores.

Como regla específica, para los casos en que la vigencia del contrato suscrito entre la ETT y el personal contratado para su puesta a disposición a una empresa usuaria fuera igual o inferior a los plazos de preaviso fijados con carácter general, la duración de los mismos se reducirá a la mitad del tiempo de vigencia de la relación laboral acordada entre las partes contratantes. El incumplimiento de los términos del preaviso faculta al empleador a descontar de la liquidación que proceda por la resolución contractual, el importe del salario correspondiente a los días de preaviso omitidos, según el artículo 46.3 del CCETT.

Una vez se extinga la relación de trabajo con la ETT, las empresas usuarias deberán informar a los trabajadores cedidos, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que a los trabajadores contratados directamente por aquella.

#### 2.1.11.5 Relaciones Colectivas de Trabajo en las ETT.

Las estructuras de las organizaciones sindicales aparecen condicionadas a las características de la prestación de servicios que se desarrollan en las Empresas de Trabajo Temporal, de tal manera que el CCETT, respondiendo a esa circunstancia, establece en su artículo 56.2 que el ámbito para la celebración de elecciones para Delegados de Personal y miembros del Comité de Empresa será el provincial, de modo que "(...) se constituirá un Comité de Empresa en aquellas empresas que sumen en dicho ámbito un número no inferior a cincuenta trabajadores", mientras que "si no se alcanza dicho número, se elegirá el número de Delegados de personal que corresponda". Los criterios descritos contemplan un órgano de representación conjunta para los centros de una determinada

provincia, si bien no son coincidentes con los parámetros establecidos en el artículo 63.2 del Estatuto de Trabajadores, lo cual suscita algunos inconvenientes.

El artículo 63.2 del Estatuto de Trabajadores señala lo siguiente:

**“Artículo 63. Comités de empresa**

2. En la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto. Cuando unos centros tengan cincuenta trabajadores y otros de la misma provincia, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro.

Analizando ambas fórmulas de constitución y representación, observamos que el sistema de representación conjunta se configura en el Estatuto de Trabajadores como una solución para aquellos centros que aisladamente considerados no cuenten con cincuenta trabajadores, como se desprende del inciso final del precepto, según el cual “(...) cuando unos centros tengan cincuenta trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresas propios y con todos los segundos se constituirá uno”. Por el contrario, el CCETT, aparentemente concibe el sistema de representación conjunta como el general, ordenando la constitución en cualquier caso de un único comité de empresa en cada provincia, aunque en ella hubiere algún centro que por sí solo alcanzara el número necesario para disponer de comité propio, interpretación cuestionable y descartable por ser contraria al Estatuto de Trabajadores y por conducir a la elección de un menor número de representantes.

Un ejemplo práctico, lo constituye la situación de una empresa que contara en una provincia con doscientos veinticinco trabajadores, distribuidos en tres centros de cincuenta trabajadores cada uno y en otros tres centros con veinticinco. Con arreglo al artículo 63.2 del Estatuto de Trabajadores habrían de constituirse tres comités propios, cada uno con cincuenta miembros, y uno conjunto, con otro cinco miembros; mientras que un único comité conjunto contará con nueve miembros, es decir, once menos que procediendo según el Estatuto de Trabajadores.

#### 2.1.11.6 **Competencias de los Comités de Empresa y Delegados de Personal.**

El CCETT regula determinadas competencias que se les atribuyen a los Comités de Empresa y a los Delegados de Personal, en especial la de recibir informaciones específicas:

- Trimestralmente, “sobre los aspectos laborales de los contratos de puesta a disposición celebrados por las Empresas de Trabajo Temporal”.
- Sin indicación expresa de periodicidad, “sobre los planes y acciones de las ETT en materia de formación profesional, dirigidos y realizados en beneficio de los trabajadores que prestan tareas en empresas usuarias”.
- Anualmente, información relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad sobre la aplicación del mismo.

Adicionalmente, el artículo 54 d) del CCETT, les adscribe a los Comités de Empresa la competencia de “colaborar con la dirección de la empresa en el

establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación e Igualdad de Oportunidades, la cual ya había sido referida por los artículos 64.7 d) y 64.7.a), del Estatuto de Trabajadores, el cual asigna al comité de empresa la competencia de ejercer “una labor... de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”.

#### 2.1.12 Relaciones entre el Trabajador y la Empresa Usuaria.

Las relaciones que se suscitan entre el trabajador y la empresa usuaria presentan algunas características de gran relevancia para los efectos de nuestra investigación, entre las cuales vamos a destacar, las relativas a las facultades de aquella en la dirección y control de la actividad laboral, la movilidad funcional, la movilidad geográfica y la modificación de las condiciones de trabajo.

##### 2.1.12.1 Facultades de Dirección y Control de la actividad laboral.

En primer término, puntualizamos que el trabajador y la empresa usuaria no suscriben ningún tipo de contrato y, aun así, la puesta a disposición supone el establecimiento de un vínculo jurídico entre uno y otra, del cual derivan una serie de derechos y obligaciones recíprocos. El artículo 1.2 del Estatuto de Trabajadores, al respecto, señala lo siguiente:

“A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.” (Resaltado nuestro)

La norma transcrita atribuye expresamente a la empresa usuaria la condición de empleador laboral, si bien esta posición jurídica resulta en realidad compartida entre la Empresa de Trabajo Temporal y la Empresa Usuaria. La peculiaridad del carácter trilateral de las relaciones que derivan de la actuación de las ETT conduce a un complejo entramado en el que las diversas facultades y responsabilidades derivadas de la posición jurídica de empresario corresponden bien a la ETT, en los términos expuestos, bien a la EU, o bien a ambas. Recordemos que de conformidad con el artículo 15 de la LETT, durante el tiempo de prestación de servicios en el ámbito de la empresa cliente, corresponden a ésta las facultades de dirección y control de la actividad laboral, salvo las facultades disciplinarias que corresponden a la ETT. Se desprende de esto último que si la empresa usuaria considera que un trabajador puesto a disposición ha incurrido en incumplimiento contractual sancionable, debe poner tal circunstancia en conocimiento de la ETT, para que ésta tome las correspondientes medidas disciplinarias.

La atribución a la EU de las facultades de dirección y control de la actividad laboral implica, que el trabajador está obligado a cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, así como a proceder con la diligencia y colaboración en el trabajo que marquen las órdenes e instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio de sus facultades de dirección, aspecto que, en su momento, cuestionamos, por la ilegitimidad de los poderes así ejercidos por la EU, carente de un nexo contractual que la une con el trabajador.

El CCETT, en su artículo 14 señala que el personal puesto a disposición queda obligado al cumplimiento de las órdenes e instrucciones emanadas de la EU, relacionadas

con la prestación del trabajo objeto del contrato de puesta a disposición, durante el tiempo de prestación de servicios a la misma.

#### 2.1.12.2 **La Movilidad Funcional.**

Tanto el lugar como la determinación de la prestación de servicios se derivan del acuerdo previo de las partes del contrato. En el contrato de puesta a disposición debe aparecer mencionado este aspecto, así como lo contempla el contrato de trabajo temporal entre la ETT y el trabajador. Para los trabajadores contratados por tiempo indefinido, sería la orden de servicios el instrumento que precise el contenido de la prestación, en congruencia con los términos del contrato de trabajo. Las modificaciones de las funciones o de la prestación acordada constituirán un supuesto de movilidad funcional, sometida a las reglas generales sobre la materia, considerando que durante la puesta a disposición las facultades de dirección corresponden a la EU.

El CCETT, a través del artículo 23.1 dispone que la movilidad funcional en el seno de las Empresas de Trabajo Temporal o, en su caso, en las empresas usuarias, se regulará por el régimen legal y tendrá las limitaciones previstas en el artículo 39 del Estatuto de Trabajadores. Ahora bien, la movilidad funcional en el seno de las propias ETT, debe entenderse referida al personal de estructura o, al personal de puesta a disposición contratado indefinidamente, existiendo alguna variación o diferencia entre la orden de servicios y la prestación descrita en el contrato de puesta a disposición; pero no al personal de puesta a disposición contratado temporalmente, cuya movilidad funcional se desenvuelve exclusivamente en el ámbito de la EU, única depositaria de las facultades de dirección. No obstante, el personal de puesta a disposición que fuera objeto de movilidad

funcional a instancia de la EU donde presta actividad laboral, debe comunicar a su ETT con la máxima diligencia y celeridad, según lo manda el artículo 23.2 del CCETT.

### 2.1.12.3 La Movilidad Geográfica

Tal y como anotamos, el lugar de ejecución de la prestación laboral se determina inicialmente por acuerdo entre las partes. Ambos instrumentos contractuales, el de puesta a disposición y el contrato de trabajo, deben identificar el lugar donde debe desarrollarse la actividad laboral. En caso de los trabajadores contratados indefinidamente será la orden de servicios la que contendrá tal previsión, no porque sea un producto del acuerdo entre la ETT y el trabajador, sino por la evidente correspondencia que debe existir entre ella y los términos del contrato.

El marco legal general que regula la movilidad geográfica está constituido por las reglas contenidas en el artículo 40 del Estatuto de Trabajadores, así como las establecidas en el CCETT. Respecto al artículo 40, éste precepto regula los siguientes supuestos de movilidad geográfica: traslados o desplazamientos, los cuales exigen cambio de residencia y de centro de trabajo; y aquellos supuestos de movilidad geográfica, en los cuales el cambio de centro de trabajo no exige cambio de residencia. Los dos primeros son causales, esto es, requieren la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que los justifique; los otros supuestos se entienden comprendidos dentro del ejercicio regular del poder de dirección del empresario, sujeto a los límites convencionales. Con relación al CCETT, las previsiones relacionadas con la movilidad geográfica son fundamentalmente las siguientes: límites territoriales de los

traslados y desplazamientos, compensación por viajes o desplazamientos y comunicación a la Empresa de Trabajo temporal.

#### 2.1.12.4 **Modificación de las Condiciones de Trabajo.**

La complejidad de esta materia, sobre todo en materia de responsabilidades, permite que la EU tenga la facultad, durante la puesta a disposición, en el tema de modificación, sustancial o no, de las condiciones de trabajo. Frente al trabajador, sin embargo, la responsabilidad recaería, en principio, sobre la ETT, incluyendo, eventualmente, la relativa a la extinción del contrato con indemnización, de acuerdo a lo previsto en el artículo 41.3 y 50.1.a) del Estatuto de Trabajadores, con independencia de sus implicaciones internas en las relaciones entre la ETT y la EU.

El CCETT establece que en todos los casos en los que la empresa usuaria, proceda a modificar alguna de las condiciones de trabajo del personal puesto a disposición prevista en el contrato de puesta a disposición, los trabajadores afectados habrán de ponerlo en conocimiento de la ETT con la máxima diligencia y celeridad posible.

#### 2.1.12.5 **Otros Derechos laborales en el ámbito de la EU.**

Los trabajadores puestos a disposición tienen derecho a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones con relación a las condiciones de ejecución de su actividad laboral. Así ha quedado establecido en el artículo 14.2 del CCETT, que señala que durante el plazo de vigencia del contrato de puesta a disposición el personal puesto a disposición tendrá derecho a canalizar cualquier reclamación con relación a las condiciones de ejecución de la actividad laboral a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria.

Adicionalmente, los trabajadores de puesta a disposición tienen derecho a la utilización de las instalaciones colectivas, servicios de transporte, comedor, guardería y otros servicios comunes de la empresa usuaria, durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición en las mismas condiciones que los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria, según lo establece el artículo 17.2 de la LETT.

Finalmente, el Régimen Jurídico de las Empresas de Trabajo Temporal regula un catálogo de infracciones y sanciones que generan responsabilidades administrativas, para los sujetos responsables, sean personas físicas o jurídicas. En cuanto a la normativa supletoria y el orden jurisdiccional competente, la disposición adicional 1ª de la LETT establece que en todo lo no previsto en la presente ley se aplicará la legislación laboral y de seguridad social a las relaciones existentes entre la ETT y el trabajador, y entre éste y la EU, y la legislación civil y mercantil a las relaciones entre la ETT y la EU.

## **2.2 Descentralización Productiva a través de la Subcontratación Laboral**

### **2.2.1 Introducción.**

En primer término, señalamos que la temática de la Subcontratación Laboral, reviste un alto grado de actualidad, puesto que, al pertenecer a la familia de las relaciones triangulares de trabajo, aparece en el mundo laboral como una constante, en la vida real y cotidiana, que va desplazando la lógica de protección inmersa en el proceso de nacimiento y evolución del derecho del trabajo, materializada en torno al modelo “taylorista-fordista” de organización productiva, en el cual predominaba la integración,

en un mismo ámbito, de todas las actividades y funciones requeridas para la ejecución de obras, productos o servicios.

En ese contexto, la identidad del empleador se concibe como una realidad tangible que se identificó con el resultado del proceso productivo, en el que residía su finalidad lucrativa, presentaba una organización de naturaleza vertical, en la cual la producción se concretó en los denominados “ciclos completos”, debido a que incorporaba todas las fases necesarias, para transformar la materia en el producto que se ofertaba al mercado. La consecuencia inmediata de tal escenario se tradujo en el diseño de un esquema jurídico de regulación y tutela, con criterios puntuales para identificar los sujetos de la relación de trabajo, de tal manera que nadie dudaba quién era el empleador y sus dependientes, en un proceso que tenía como escenario natural un ámbito espacial determinado.

El esquema tradicional descrito generó un derecho del trabajo, como infraestructura dominante, en cuya estructura la subcontratación de obras o servicios tenía carácter excepcional o colateral, limitada a aquellas operaciones periféricas, no esenciales, accesorias al proceso productivo, como las de vigilancia, limpieza, etc. Éstos supuestos fácticos se abordaron a través de la figura del contratista, el subcontratista y el intermediario, concebidos como entes jurídicamente independientes, con infraestructura y recursos propios, asumiendo los riesgos de la actividad, para lo cual, además, contaban con sus respectivos dependientes, conformando así, descartando la hipótesis de fraude, una verdadera empresa, sin una vinculación contractual directa con el principal. Indudablemente, los desvíos cuya causa radicaba en maniobras fraudulentas, producían efectos puntuales en contra de contratistas y subcontratistas, cuya expresión jurídica fue

la aplicación de un régimen de responsabilidad solidaria, entre principal, contratista y subcontratista.

La subcontratación surge, alentada por diversos factores, tanto de orden tecnológico como económico, que impusieron los cambios en las estrategias de organización productiva, para afrontar las mutaciones del mercado y así obtener mejor nivel competitivo. Esos cambios se tradujeron en la fragmentación del ciclo productivo y en la búsqueda de una diferencia competitiva, a partir de lo que se ha denominado las competencias nucleares, aspectos que implicaron la desintegración del ciclo productivo, ya que éste no se desarrolla en un espacio determinado y, además, se limita a producir lo básico de su actividad y a externalizar las otras tareas que realizaba, aunque no sean una mera periferia. Se acude a la subcontratación en función de imponer una estrategia organizativa basada en la externalización de todo aquello que no sea lo central, promoviendo el denominado adelgazamiento de la estructura productiva.

Podemos concluir esta breve introducción, señalando que la descentralización productiva a través de la subcontratación laboral implica que, frente al modelo de empresa que lleva a cabo por sí misma, directamente y con sus propios trabajadores, todas las etapas de su proceso productivo, una parte significativa de la actividad empresarial es encomendada a otras empresas, incluso de carácter individual, que con sus propia organización y recursos humanos y materiales, asumen los riesgos de la explotación correspondiente.

Se analizará, entonces, en profundidad, el trabajo en régimen de subcontratación, con atención especial, a su definición y alcance conceptual, a la subcontratación como expresión de descentralización productiva, sus implicaciones, modalidades emblemáticas,

indicios que la configuran, al sistema de corresponsabilidad entre el contratista y el o los subcontratistas, a sus deberes de información, a las modalidades de contratación laboral que puede utilizar el empresario auxiliar o a los compromisos que debe asumir un nuevo contratista frente a los trabajadores del anterior contratista cesante. Adicionalmente, se hace un recorrido por el derecho comparado, con fin de analizar y contrastar la regulación de la normativa extranjera en materia de subcontratación laboral, limitado el estudio a aquellas regiones en donde la institución ha representado un significativo desarrollo legislativo, doctrinal y jurisprudencial, como la Uruguay, la Española, etc. Seguidamente estudiaremos la subcontratación laboral en el marco del derecho internacional, en especial, su tratamiento en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, para finalizar en el estudio obligado del derecho laboral panameño, en cuanto a subcontratación laboral se refiere.

### **2.2.2 Definición y Alcance conceptual.**

La delimitación conceptual y la articulación de una definición unánimemente aceptada doctrinalmente de la noción de “subcontratación”, ha sido uno de los temas que, tanto a nivel nacional como internacional, exige una constante y profunda elaboración, existiendo, en constatación de lo dicho, agudos problemas de configuración e interpretación sobre trascendental temática, que no sólo se circunscriben a la determinación subjetiva de su configuración jurídica inicial, sino que se extiende a las diversas formas contractuales laborales que se resisten a encuadrarse en esquemas jurídicos, concebidos para regular situaciones en contextos históricos, sociales y económicos distintos.

La problemática se hace aún más patente, cuando al sustantivo “subcontratación” se le agregan adjetivos como el de “laboral” (AMEGLIO, 2000, págs. 405-412)<sup>civ</sup>, adición que, a nuestro juicio, si el planteamiento hace alusión a la configuración del vínculo contractual del trabajador con el subcontratista, desnaturalizaría el sentido y alcance de la figura en estudio, toda vez que en el ámbito laboral al trabajador se le contrata de manera formal y directa por el empleador, acorde con las características de bilateralidad y de ser sinalagmático que informan al contrato de trabajo, aún en el esquema moderno de la relación de trabajo, que implica una manifestación mínima de consentimiento de la receptora del servicio.. Resulta inadecuado, aún en el régimen de subcontratación, adscribirle a los trabajadores que llevan a cabo las labores bajo la subordinación y dependencia del subcontratista, la calidad de “subcontratados”, ya que en puridad se ha efectuado una contratación pura y simple, no sujeta a condición alguna. No obstante, con las reservas planteadas y asumiendo que la frase “Subcontratación Laboral” integra subjetivamente, tanto las situaciones propias del empleador como aquellas referidas a los trabajadores, **optamos por mantener tal nomenclatura** en el desarrollo de nuestra investigación.

La noción de subcontratación se reserva a la relación jurídica surgida entre contratista y subcontratista, en la que, por regla general, coexisten dos negocios jurídicos, de naturaleza civil o mercantil, bien definidos, descartándose la configuración de aquella, ante la inexistencia coetánea de ambos contratos. En otros términos, toda hipótesis de subcontratación supone la existencia de dos contratos, con la participación de tres sujetos: un contrato principal, denominado “base” y otro contrato conocido como derivado. En el primero interviene el que encomienda la obra o servicio y el contratista; éste, a la vez,

traslada parte de su obligación a un subcontratista, pagando un precio, esquema en el que se aprecia una doble participación del contratista, una en calidad de arrendatario de obra o servicio, y otra como arrendador en el subcontrato. (RASO DELGUE, 2000)<sup>cv</sup>, advierte de la necesaria presencia de ambos contratos para definir la existencia de la subcontratación y, en tal sentido, afirma que “debemos individualizar un contrato base o principal, del cual se derive un segundo contrato”, sin el cual no podrá haber contrato derivado.

Para (BRONSTEIN, 1999, págs. 428-429)<sup>cv</sup>, quien usa el término de **subcontratación laboral**, argumenta que ésta comprende **dos situaciones conceptualmente diferentes**: una, **el suministro de mano de obra a través de un intermediario**, incluyendo en esta modalidad al contrato de equipo y el enganche por medio de un reclutador. En este esquema, este autor le atribuye a las empresas de trabajo temporal o de servicios eventuales contempladas en varios países, la calidad de intermediario, categoría que extiende a la cooperativa de trabajadores en Perú, a la entidad empleadora en Cuba, a los préstamos de mano de obra inter-empresas en Chile, en cuya estructura encontramos un contrato de trabajo formal con el suministrador de mano de obra, y coetáneamente existe una relación de subordinación laboral con la empresa usuaria. La **otra hipótesis de subcontratación laboral** la hace consistir en aquella que **adopta una fisonomía jurídica** distante, en apariencia, del Derecho del Trabajo, debido a que su objeto reside en la prestación de servicios personales o la realización de labores en beneficio de una empresa usuaria, **dentro del marco formal de un contrato civil o mercantil**. Se trataría de una forma de **subcontratación de producción**, siendo el contrato a domicilio el único de tal clase, al cual la doctrina le

reconoce naturaleza laboral. Al respecto, se cuestiona si en este tipo de actos jurídicos se establece una relación subordinada y dependiente con relación a la empresa usuaria, si el objeto del contrato corresponde con su contenido o se trata, simplemente, del suministro de trabajo, configurándose, en este último caso, según plantea este autor, **una subcontratación laboral**, cuestionándose, entonces, cuál de las normativas sería aplicable: el derecho de las obligaciones, de acuerdo a lo pactado, o el derecho del trabajo, tratándose de una relación de trabajo típica.

Las dos hipótesis descritas, expresan caracteres puntuales distintos, sin embargo, presentan los siguientes rasgos comunes: la relación de dependencia y subordinación de **hecho** entre el trabajador en régimen de subcontratación y la empresa usuaria; y la ausencia de una relación de trabajo directa entre dicho trabajador y ésta última, sea porque tiene una relación de empleo con un tercero (contratista o intermediario) o tiene una relación de prestación de servicios o de ejecución de una obra de naturaleza civil o mercantil.

Otro sector doctrinal, (GAUTHIER, PRATT, & GARI, 2000, págs. 341-343)<sup>CVII</sup> aborda la polémica distinguiendo **dos opciones interpretativas principales**: una denominada **restringida** y la otra calificada como **amplia**. La **primera** pone el énfasis en los argumentos de la concepción civilista del subcontrato, la cual exige la coexistencia de dos contratos: uno catalogado como principal, "padre o base" y un segundo contrato que deriva del anterior, llamado subcontrato o contrato derivado. Esta estructura contractual aparece integrada por tres sujetos, ya que uno de ellos es parte, tanto en el contrato base como en el subcontrato, operando solo la inversión de su calidad o posición jurídica: de arrendatario en el contrato base, pasa a ser arrendador en el subcontrato o

contrato derivado, de allí que los defensores de esta postura sostengan que en ausencia del contrato principal no puede existir la figura del subcontrato. La **segunda** postura permite la inclusión, en la noción de subcontratación, de todas aquellas hipótesis mediante las cuales el empleador contrata con terceros actividades descentralizadas respecto a su organización, utilizando<sup>cviii</sup> el término como equivalentes a los fenómenos de externalización de servicios y de descentralización productiva de la empresa y, además, entendiéndolo<sup>cix</sup> como las decisiones empresariales de descentralización productiva que pueden formar parte de su programa de producción y que se traducen en una exteriorización del empleo.

Otros autores<sup>cx</sup>, en especial la doctrina española, conciben a la subcontratación, desde la perspectiva restringida, destacando, para su existencia, su elemento distintivo, consistente en la presencia de un **encargo base** “en mérito a que la regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores no pretende que el empresario responda por todos los que tengan relación a través de la miríada de contratos de suministros, transportes, compraventas, que forman la trama de las relaciones interempresariales”.

Para (GRZETICH, S/F)<sup>cxí</sup>, no es necesario acudir a la existencia de un contrato principal y otro derivado en el sentido civilista de los términos, fundamentándose para ello en leyes análogas extranjeras y en interpretaciones doctrinarias iuslaboralistas, puesto que “toda vez que una empresa pública o privada contrate o subcontrate a otra para realizar parte de la obra a entregar o para cumplir tareas pertenecientes a su giro normal, por razones de especialidad, complementariedad o similares, estamos frente a un caso de subcontratación”.

Por su parte, (BAFICO & FERNANDEZ, 2000, pág. 357)<sup>cxii</sup>, sostienen que los intentos por definir el concepto de “trabajo en régimen de subcontratación”, han generado que dentro de éste queden enmarcados prácticas y conceptos jurídicos diferentes e, inclusive, ajenos al Derecho del Trabajo. Distinguen<sup>cxiii</sup>, dentro de la órbita del derecho del trabajo, dos especies bien diferenciadas:

- 1) El Suministro de mano de obra a través de un intermediario, siendo sus formas más tradicionales el contrato de equipo y el enganche por medio de un reclutador, con las variantes del suministro de mano de obra a través de una empresa de trabajo temporal o de servicios eventuales, donde se mantiene un contrato formal con el suministrador de la mano de obra y al mismo tiempo se establece una relación de subordinación con la empresa usuaria;
- 2) La prestación de servicios personales en beneficio de una empresa usuaria dentro del marco formal de un contrato civil o comercial.

**La primera hipótesis** de “trabajo en régimen de subcontratación” descrita, corresponde a lo que ellos asimilan, incorrectamente a nuestro juicio, **a la intermediación laboral**, caracterizándola como aquella que “supone la interposición de un tercero en el vínculo directo entre el trabajador y la empresa en la cual éste deberá prestar sus servicios”, donde existen formalmente dos contratos y tres personas.

Nuestra discrepancia radica en **el objeto diferente** que tienen ambos negocios jurídicos: la intermediación laboral y el contrato de suministro de mano de obra. En el primero, el objeto del contrato se agota una vez operada la colocación del trabajador en el entorno operativo y organizacional del empleador; mientras que en el contrato de suministro de mano de obra, además de la puesta a disposición del trabajador, subsisten otros efectos derivados de la existencia del contrato de trabajo suscrito con la empresa

suministradora de trabajo, nexo éste ausente en la figura de la intermediación. Por otro lado, la **subcontratación**, implica la asunción del subcontratista de un encargo, utilizando recursos materiales, técnicos y humanos propios, elementos inexistentes en la intermediación, aspecto que la sustrae del entorno estructural de la intermediación.

La **segunda**, constituye, según apunta **FERRO**, citado por (BAFICO & FERNANDEZ, 2000)<sup>CXIV</sup>, un **típico caso de descentralización productiva o externalización laboral** “en el sentido de trasladar fuera de la empresa parte de la producción que antes se realizaba internamente”, concluyendo que “en rigor no corresponde al supuesto de la intermediación laboral”. Los autores mencionados corroboran este aserto al concluir que la subcontratación, que denominan “auténtica”, es la que “supone la existencia de una relación triangular, donde interviene necesariamente un contratista que a cambio de un precio encarga la realización de una tarea u obra determinada a un subcontratista o empresario autónomo que oficia de intermediario y contrata o cuenta con su propio personal”.

Las empresas, en principio, como estrategias comerciales, pueden llevar cabo sus actividades económicas por sí mismas o encomendar a otra la realización de tareas específicas; no obstante, a su vez, la empresa que recibe la encomienda puede ejecutarla ella misma o encargar a una tercera empresa su ejecución. Se trata de una técnica de explotación empresarial bastante generalizada a la que acude el capital, en función de optimizar sus recursos y enfrentar los desafíos que le impone la competencia interna y externa, dentro del actual panorama de globalización económica.

La subcontratación empresarial constituye un instituto jurídico que evidencia una enorme complejidad en su configuración, expresándose con él variados fenómenos que han sido objeto, en algunas ocasiones, de análisis diferenciados, distinguiéndose así el outsourcing, la tercerización, la externalización, la triangulación u otras figuras similares, y, en otras, se acude a la propuesta metodológica de reducir el estudio a aquellas modalidades de intermediación en el suministro de mano de obra o a la delegación de fases o tareas a otras empresas, en el ámbito nacional e internacional, o a cooperativas de trabajo. Independientemente de la opción analítica que se adopte, el epicentro común de estudio de esta figura, desde la perspectiva laboral, radica en el no reconocimiento de la existencia de una relación de dependencia entre el trabajador y el beneficiario final de la obra o servicio que aquél realiza.

La alternativa o estrategia contractual de la subcontratación empresarial ha adquirido notoria relevancia en la gestión y políticas de este sector, no obstante, los estudios especializados coinciden en ubicar, como objetivo central de tales prácticas, la búsqueda de abaratamiento de costos de la mano de obra para aumentar la tasa de ganancia del capital. Precisa destacar que lo dicho no obsta la existencia de una externalización genuina que genera empleos y auténticas empresas que venden actividades a terceros, generando espacios laborales de calidad, por lo que no toda externalización implica deslaboralización. (RASO, 2000, pág. 223)<sup>cxv</sup>, sostiene, al respecto, que la tipología contractual responde muchas veces a nuevas y legítimas formas de organización del trabajo, pero en otras circunstancias encubre verdaderos vínculos laborales disfrazados con un contrato comercial.

Ahora bien, el proceso de externalización predominante, de acuerdo a las evidencias fácticas derivadas de la discusión de la temática en cuestión, es aquella catalogada como perniciosa que pretende ocultar las relaciones laborales, que transfiere obligaciones y exporta costos, que crea divisiones artificiosas entre empresas o falsas cooperativas y que, frecuentemente, pretende socavar las estructuras sindicales.

Dentro del marco de la externalización laboral o descentralización productiva, la subcontratación empresarial ha capturado especial atención como fórmula eficaz en el proceso de desregulación y de pérdida de derechos laborales, lo cual ha generado precarización del empleo y de las condiciones de reproducción cotidiana, incertidumbre, la negación de la identidad individual y colectiva surgida del trabajo estable y con derechos, la intensificación del trabajo remunerado y doméstico, incidiendo de manera puntual y negativa en el sector servicios y colocando a los jóvenes, mujeres, los grupos étnicos raciales y los inmigrantes, en el sitio, no envidiable, de los grupos más afectados.

En suma se trata de un fenómeno que experimenta dramáticas repercusiones sobre los trabajadores y las organizaciones sindicales y, además, proyecta sus efectos en las relaciones y la división del trabajo en las empresas. Paradójicamente, las consecuencias negativas, también alcanzan al interior de organización productiva en la medida en que la hacen perder el control de partes del proceso, afecta su propia organización o les impide el desarrollo del sentido de pertenencia y la lealtad de su personal.

En este contexto, la **iniciativa estatal** se circunscribe a priorizar la competencia sobre el bienestar y mediante políticas aperturistas, privilegiando iniciativas parlamentarias desreguladoras y subrogatorias del sistema tradicional de relaciones de trabajo, aunado a la constante negativa del sector empresarial, de permitir cualquier tipo

de regulación que pueda menoscabar sus estrategias externalizadoras. Tal escenario ha provocado, con diversos niveles de intensidad, que en muchas regiones se esté acudiendo a la implementación de políticas públicas, que aún sin eficacia concreta, se muestren tendientes a regular el fenómeno, a la vez que algunos empresarios, ponderando las consecuencias adversas de la externalización para el aumento de la productividad, se plantean la reducción de algunas de sus formas. Dentro de la esfera sindical aparecen manifestaciones tímidas de sindicatos de tercerizados, cuyas pretensiones rebasan el ámbito de la empresa en particular e interpelan al conjunto de la sociedad, debido a la degradación del trabajo y la discriminación de la cual vienen siendo objeto, aspectos que confirman que la inestabilidad macroeconómica, política y social del mundo actual, se asienta en la escasa protección, seguridad y estabilidad en el empleo. Esto crea la imperiosa necesidad de construir un nuevo horizonte de relaciones laborales que configure un nuevo paradigma equitativo y democrático.

### **2.2.3 La Subcontratación como expresión de la Descentralización Productiva.**

La descentralización productiva o externalización laboral suele formalizarse mediante dos modalidades básicas que implican el nexo con las personas físicas: la contratación directa o la subcontratación. Ésta, denominada también contratación indirecta, vincula una empresa principal o usuaria con una empresa “tercera”, cuyos trabajadores son los que realizan la labor externalizada. Se concreta la descentralización, en consecuencia, a través de dos contratos mercantiles de distintos tipo, siendo el más común el arrendamiento de servicios, no obstante, han ido configurándose nuevas

opciones contractuales, como el contrato de marcas, de *franchising*, consorcio, de *Know how*, etc.

La subcontratación se manifiesta como la forma más característica de intermediación en la organización productiva empresarial, en el ámbito de la descentralización productiva, adquiriendo una notable fuerza expansiva en su articulación e interpretación, lo cual modificó el enfoque patológico anterior, legitimando su uso, puesto que era utilizada para encubrir cesiones prohibidas de mano de obra. Los cambios interpretativos - según afirma (CASAS BAAMONDE, 1998) - han impulsado el desarrollo de esta figura jurídica de las contratas y de los fenómenos de descentralización productiva, configurando modelos organizativos más flexibles, no omnicomprensivos, más sensibles a la especialización funcional y a la división de tareas entre empresas.

La subcontratación como expresión de la descentralización productiva o tercerización ha sido objeto de análisis por parte de (SOARES, GIUZIO Y RUSSO, 2000), y, en tal sentido, argumentan que “en un concepto amplio de subcontrato, la mayoría de las fórmulas jurídicas por medio de las cuales se verifica la tercerización desde el punto de vista laboral, pueden ser comprendidas en la subcontratación. La subcontratación es la cara jurídica de la tercerización”.

A nuestro juicio, la subcontratación, entendida tanto en sentido amplio, como todo encargo de una actividad productiva por parte de una empresa a otra auxiliar o, como en sentido restringido, como el encargo a otra empresa para que ejecute actividades centrales del ciclo productivo de otra, **constituyen manifestaciones de descentralización productiva**, toda vez que la empresa principal o contratante transfiere o externaliza la realización de obras o servicios, sean éstos principales o complementarios, a otras

personas naturales o jurídicas, ligadas a éstas por un vínculo de naturaleza mercantil o civil.

#### 2.2.4 Implicaciones del trabajo en Régimen de Subcontratación.

La Organización Internacional del Trabajo, desde sus inicios, se constituyó en un organismo especializado en la neutralización del conflicto social, de allí que en el Preámbulo de su Constitución, partiendo de la convicción de que la injusticia social pone en peligro la paz mundial, contemple el impulso de mecanismos para asegurar las bases sólidas de la paz universal.

Durante gran parte del siglo XX, los sistemas de relaciones laborales proveyeron en su contenido y praxis, una gran dosis de protección, estabilidad y seguridad en el empleo, generando la concreción de la paz social invocada por la OIT, como uno de sus objetivos esenciales, con vocación de aplicabilidad y vigencia permanente en todo el universo.

No obstante, los últimos cincuenta años, han sido testigos de graves alteraciones sociales en diferentes partes del mundo, en contra de la ampliación de los mecanismos de flexibilización y externalización del trabajo que revelan la ineficacia de la desregulación y la reducción de los derechos laborales, como fórmulas de solución a las exigencias de la competitividad, en la medida que conducen a malograr la paz, como escenario propicio para la realización de los valores fundamentales de la humanidad.

La implementación de tales políticas ha generado la precarización del trabajo, cuyo impacto ha sido de mayor intensidad en los países en vías de desarrollo, debido, entre otras causas, a la falta o ausencia de sistemas sociales que pudieran ofrecer un mínimo de garantía a los trabajadores que quedarán fuera del trabajo regulado y, paralelamente, la

existencia de una cobertura restringida para los que están dentro, a causa de las frecuentes prácticas de incumplimiento y fraude a la ley laboral, agravado por la ineficacia institucional de la administración del trabajo en la aplicación de los correctivos correspondientes. Todo ello repercute, con mayor gravedad, en aquellos países, que como el nuestro, no gozan de un buen nivel de protección social y de servicios sociales de cierta calidad.

Durante las primeras décadas del siglo XX, se regularon las formas de prestación de servicios a través de terceros, incorporando restricciones patronales importantes a la iniciativa de utilizar intermediarios y contratistas y, además, fortaleciendo el régimen de responsabilidades, tanto de quien contrataba al trabajador como de quien recibía el servicio. Se trataba de un derecho del trabajo de alto contenido tuitivo.

No obstante, entrada la década de los noventa, se facilitó a las empresas, a través del impulso de reformas laborales, el uso de mecanismos que le permitieron evadir las sanciones de la legislación laboral y, a la vez, viabilizaron la reducción de las responsabilidades patronales. Así, el derecho del trabajo presenta como rasgo distintivo, la incorporación, como uno de sus objetivos, a la productividad, la competitividad y la generación de empleo, configurándose un nuevo paradigma, caracterizado por la pérdida de derechos en contraste con el modelo anterior y la baja incidencia del movimiento sindical.

La fórmula se ha materializado en las denominadas "relaciones triangulares", concebidas como aquellas modalidades de prestación de servicios a través de terceros. Éstas, en su concepción clásica, están siendo objeto de un proceso de reinterpretación, cuyo resultado, en su versión más radical, se dirige a la desregulación de los mercados de

trabajo, poniendo en entredicho el carácter protector del derecho del trabajo y generando una evidente regresión al tener que ajustarse a las exigencias del mercado, esto es, la denominada *Lex Mercatoria*.

### **2.2.5 Las modalidades más emblemáticas de Subcontratación Laboral.**

La transformación del esquema tradicional de la relación de trabajo, a través de la incorporación de un tercero y el consiguiente desplazamiento de la figura patronal clásica, en función de disminuir los derechos de los trabajadores, aparece articulada, a partir de las reformas flexibilizadoras, mediante específicas expresiones jurídicas, entre las que se mencionan: las empresas de trabajo temporal, los contratistas y subcontratistas y las cooperativas de trabajo. Sin perjuicio de que abordemos, con más detalle, otras de las mencionadas en este apartado, nos limitaremos, en este espacio, al análisis sucinto de las figuras mencionadas, enfatizando la caracterización del contratista y subcontratista.

#### **2.2.5.1 Las Empresas de Trabajo Temporal.**

Las empresas de trabajo temporal, conocidas por las siglas ETT, como señalamos con anterioridad, son aquellas que se dedican a contratar trabajadores, para cederlos a otra empresa, donde habrán de desempeñarse de manera temporal, pero cuya relación de trabajo no es con ésta última, manteniendo la ETT la condición de empleador, mientras dure la labor para la cual fueron contratados.

El propósito principal de la contratación a través de las ETT es utilizar una mano de obra sin tener que asumirla como propia, fórmula beneficiosa, especialmente para las grandes empresas que tienen convenciones colectivas con adecuadas prestaciones para

sus trabajadores regulares. Las empresas se han manifestado muy favorables al uso de esta modalidad argumentando que les facilita una alta movilidad y flexibilidad en casos de requerirse ajustes o reestructuración del proceso productivo. Lo cierto es que, en adición a lo anotado, las ETT les posibilitan a las empresas un ahorro significativo a las que utilizan mano de obra intensiva, además de reducirles costos a las empresas usuarias, en concepto de indemnizaciones por preaviso y por despido injustificado. Esto sin considerar el ahorro de costos indirectos que representa el tiempo y los recursos que debería dedicar a la búsqueda, selección, reclutamiento y administración de ese personal. Por su parte, las ETT, al tener la calidad de único empleador, puede ofrecerles a sus trabajadores los beneficios laborales que considere convenientes, siendo, generalmente, los mínimos legales contemplados.

Lo relevante de la regulación de esta opción contractual, radica en el rompimiento de la noción jurídica de empleador, puesto que en su estructura puede serlo quien no recibe el servicio y no ejerce el poder de mando, tendencia de la cual, ni siquiera la OIT ha escapado, ya que, en 1997, adoptó un convenio internacional que permitió su funcionamiento. Un gran número de legislaciones permiten su funcionamiento, condicionándolas al cumplimiento de ciertas limitaciones y estableciendo un régimen especial de responsabilidad en cabeza de la empresa usuaria, sin embargo, en muchos casos son usadas sobre la base de un supuesto falso, ya que ellas sólo deben de proporcionar fuerza de trabajo para operar en situaciones temporales, eventuales o extraordinarias, y se les emplea para colocar mano de obra en puestos de carácter permanente, siendo el trabajador, lo único realmente eventual y temporal.

### 2.2.5.2 Los Contratistas y Subcontratistas.

En principio, se delimita conceptualmente al contratista como aquellas empresas que ejecutan obras o servicios para otra empresa, dentro o fuera del ámbito espacial de ésta, utilizando sus propios trabajadores y recursos. Un sector doctrinal la denomina *outsourcing* atendiendo a la presencia de determinadas condiciones de orden técnico y, adicionalmente, suelen conformarse cadenas de subcontratación en redes cuando los contratistas transfieren la realización de ciertas fases o tareas a otras empresas.

Ciertamente las modalidades que las empresas adoptan en la subcontratación de obras o servicios pertenecen al ámbito discrecional de su estrategia comercial, encuadrándose su regulación, por su misma naturaleza, dentro de la esfera del derecho mercantil o civil. Aunque el derecho del trabajo mantuvo tal visión, el contratista regularmente ha sido considerado como empleador en las diversas legislaciones laborales, sin embargo, de acuerdo con (IRANZO Y RICHTER, 2005), existen justificadas razones que generaron la necesidad de una regulación al respecto:

- a. La insolvencia de muchos contratistas, la cual impedía garantizar las acreencias y los derechos de los trabajadores bajo su cargo;
- b. El uso indebido que, en algunos casos, hacia la empresas beneficiaria de tales contratistas, en especial su utilización como mecanismo de evasión de sus responsabilidades;
- c. Las diferencias en las condiciones de trabajo, entre los trabajadores de la empresa beneficiaria y los de las contratistas.

En efecto, los motivos anotados constituyeron el fundamento para regular la responsabilidad del beneficiario de la obra o reforzar la existente, detalle que privó sobre

las consideraciones acerca de la libertad comercial, efecto que se tradujo en la incorporación en la estructura de la mayoría de las legislaciones laborales, del régimen de responsabilidades del beneficiario de la obra o servicio, contemplando básicamente dos especies: la responsabilidad solidaria y la responsabilidad subsidiaria. Ésta resulta frecuente en las legislaciones que establecen una regulación con protección limitada y que permiten la entrega al contratista de cualquier actividad o servicio de la empresa principal, la cual ha sido objeto de fundadas críticas, puesto que opera en desmedro de los trabajadores, ya que en caso de surgir alguna controversia, éstos, en primera instancia, deben accionar y agotar todas las vías de reclamación contra el empleador principal o contratista, y, posteriormente, dirigir sus pretensiones contra el beneficiario de la obra o servicio. La responsabilidad solidaria en cambio, surge de la existencia de conexidad e inherencia, entendiéndose por “conexidad” la actividad que está en relación íntima con la del contratante y se produce con ocasión de ella, y por “inherente” la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante. Este tipo de responsabilidad otorga una mayor protección al trabajador, debido a que el trabajador, en caso de controversia, puede actuar directamente contra el beneficiario de la obra o servicio, aspecto que le impone a éste el deber de ser más cuidadoso en la selección del contratista y abre la posibilidad de que le exija, previo a la celebración del contrato, una serie de garantías laborales; la posibilidad de insolvencia de los contratantes es menor, lo cual permite asegurar el cobro de las acreencias por parte de los trabajadores; desde la perspectiva de los contratistas, la eventual responsabilidad solidaria jugaría un papel decisivo en el cumplimiento de sus obligaciones, ya que demandas directas contra la

contratante podrían significar la finalización de la relación comercial con esta y probablemente tendría que afrontar el pago de indemnizaciones.

### 2.2.5.3 Las Cooperativas de Trabajo Asociado.

Se trata de organismos integrados por trabajadores en condición de socios que se agrupan para ofrecer determinados productos o servicios a otras empresas, pudiendo también desempeñarse dentro o fuera de ella. Este tipo de descentralización empresarial o productiva se manifiesta - según plantea (HENDERSON, 2000, pág. 166) - en:

“(…) la articulación o coordinación de aportaciones parciales llevadas a cabo por terceros, empresas auxiliares o colaboradores, a los que en principio, se les encarga la realización de acciones operativas secundarias dentro de la marcha o el ciclo productivo de una empresa”.

La descentralización obedece a razones organizativas o tecnológicas, que hacen necesaria la utilización de otros, particularmente especializados, o puede derivarse de una ilícita maniobra fraudulenta, para eludir obligaciones laborales. Las cooperativas presentan diversas formas organizativas, destacándose entre ellas, la clasificación en cooperativas de producción, de trabajo o de servicios. Esta distinción resulta de utilidad, por cuanto se considera que la cooperativa de producción se acerca más a una auténtica descentralización empresarial, mientras que la cooperativa de trabajo o intermediarias de mano de obra, está más propensas o próximas al fraude laboral.

Lo anterior explica que en determinadas regiones del continente se establezca expresamente, en la normativa laboral, la inexistencia de vínculos de dependencia entre la cooperativa de trabajo y sus asociados y entre éstos y la empresa principal, trayendo como consecuencia inmediata la desaplicación de la legislación laboral y la desprotección

en materia de seguridad social de los socios, lo cual, desde la perspectiva empresarial, reduce los costos operativos y salariales de las cooperativas y de quienes las pretendan utilizar en un proceso de descentralización productiva, atenúa responsabilidades, simplifica trámites administrativos de la empresa principal y propicia que ésta centre su acción en sus objetivos primordiales. En el terreno del derecho colectivo deja de afrontar ciertas obligaciones derivadas de los convenios colectivos y puede disminuir tanto la afiliación como la efectividad de la acción sindical dentro de su establecimiento (HENDERSON, 2000, 167).

El uso fraudulento de las cooperativas fue tomado en consideración al promoverse la Recomendación Internacional del Trabajo N° 193 de 2002, relativa a la Promoción de las cooperativas. Este instrumento jurídico internacional dirige a los Estados Miembros una serie de pautas, que deberían cumplirse al dictarse las Políticas Nacionales, entre ellas se mencionan:

- Velar por que no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo ni ello sirva para establecer relaciones de trabajo encubiertas;
- Luchar contra las seudocooperativas que violan los derechos de los trabajadores, velando por la aplicación de la legislación laboral en todas las empresas.
- Propone que se apliquen las Normas Fundamentales del Trabajo de la OIT y de la Declaración de la OIT, relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo, a todos los trabajadores de las cooperativas, sin distinción alguna.

(IRANZO Y RICHTER, 2012), señalan que en la última década del siglo XX se limitó el campo de acción de las cooperativas y, respecto al tema, (VEGA, 2005) cita el

caso de Argentina, país que en el año 2000 estableció que los socios de cooperativas son considerados trabajadores dependientes a efectos de la aplicación de la legislación laboral y de seguridad social; mientras que (UGARTE, 2004) hace alusión al caso chileno, en donde en caso de fraude a la ley, el trabajador se considera subordinado de la empresa usuaria y no de la cooperativa. En otro contexto, (MARÍN, 2010), afirma que en Venezuela, desde el 2001, los trabajadores de las cooperativas quedaron fuera del manto protector del derecho del trabajo, siendo el país donde más abusos se han cometido con el empleo de esta modalidad de flexibilización. Sostiene que el gobierno venezolano, desde 2004, fue induciendo a muchos de sus empleados, por lo general los de más baja calificación, a abandonar su condición de asalariados y a constituirse en cooperativistas, sin derechos laborales.

Se argumenta (IRANZO Y RICHTER, 2012), que, en lo relativo a la calidad en el empleo, las cooperativas de trabajo asociado están teniendo consecuencias de gran envergadura, las cuales describe de la siguiente manera:

- En un número importante de casos, esas cooperativas son creadas a instancias de las empresas y dependen de éstas para su subsistencia, lo que les resta autonomía y posibilidades de sobrevivencia a largo plazo;
- Los trabajadores que la integran, si bien puede ser que pasen a percibir mayores ingresos mensuales que antes, no gozan de los beneficios que representa el salario indirecto (prestaciones sociales, vacaciones, seguro, etc.);
- Con ellas no sólo se han sustituidos puestos que antes pertenecían a la nómina regular, sino que además han multiplicado las relaciones de trabajo precarias a través de las subcontrataciones laborales que ellas mismas llevan a cabo;
- Las cooperativas de trabajo asociado se están convirtiendo en un instrumento eficaz para el debilitamiento del movimiento sindical.

Concluyen los autores citados, afirmando que el uso indiscriminado de las cooperativas de trabajo asociados, han puesto en entredicho una forma de organización, cuyo objetivo principal fue la de crear un área social de la economía y democratizar las relaciones laborales, de allí que sostengan, apoyándose en (GOLDÍN, 2007; MARÍN, 2010), que varios autores hacen hincapié en diferenciar las verdaderas cooperativas de las falsas o fraudulentas a fin de rescatar un instrumento valioso para la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores.

Sin perjuicio de profundizar, posteriormente, el análisis de algunas de las figuras descritas, podemos arribar a la conclusión, de que aun cuando en algunos países se han establecido ciertos límites al uso de las ETT, los contratistas y subcontratistas o las cooperativas de trabajo asociado, todas siguen teniendo una presencia importante en la región latinoamericana, incluso más allá del marco legal, y si bien ellas son las más emblemáticas, existe todo un catálogo de figuras con fines similares.

#### 2.2.6 Indicios de subordinación en la subcontratación.

El derecho del trabajo, de manera generalizada, ha acudido a dos elementos básicos o esenciales, para calificar la existencia o no de un contrato, o una relación, de trabajo: la subordinación jurídica y la dependencia económica. La primera supone el ejercicio del poder de dirección del empleador, sea éste directo, continuo o atenuado; mientras que la segunda guarda relación con la fuente, principal o exclusiva, de donde el trabajador deriva sus ingresos. En la actualidad tales elementos vienen siendo objeto de reflexiones y críticas, en especial, la subordinación jurídica, la cual afronta una crisis insertada en la

que sufre el mismo derecho laboral, producto de los cuestionamientos elaborados desde la economía neoliberal. Tales tendencias dirigidas hacia la revisión del concepto de subordinación jurídica pueden integrarse, entre otras, en la denominada **fuga del derecho del trabajo y las nuevas formas de organización del trabajo**.

Con relación a la **fuga o emigración del derecho del trabajo** (CASTELLO, 1998), señala que ella se ha venido desarrollando “escudándose en reales o presuntas necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo”, trayendo como consecuencia la colocación de un trabajador fuera del ámbito de aplicación de la normativa laboral, recurriendo a las diversas modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, descentralización, y deslaboralización de la relación de trabajo, las cuales han experimentado una desmesurada difusión planetaria; a la contratación de trabajadores a través de un tercero; celebración de contratos de trabajo, bajo la forma de contratos civiles o mercantiles: constitución de una empresa real o ficticiamente autónoma con trabajadores hasta ese momento dependientes de la principal, etc. La mayoría de estas hipótesis se dirigen a ocultar la subordinación, sea aparentando independencia o relacionando la dependencia inocultable con otro empleador.

**Las nuevas modalidades de contratación**, en especial, las relacionadas con los avances de la tecnología y las ciencias de la comunicación (automatización e informática), generan una forma de organizar el trabajo sobre la base de un reducido número de trabajadores estables, altamente calificados y bien remunerados que trabajan en el establecimiento de la empresa a tiempo completo, y con el recurso a un alto número de trabajadores periféricos e inestables, que son requeridos para tareas y por periodos cortos. Paralelamente, se acude a la fórmula de la competitividad y de lucro, como

objetivos esenciales de la organización, practicando reducciones sustanciales de la plantilla laboral y, en consecuencia, expulsándolos a la mayoría de trabajadores del ámbito de la subordinación y del ámbito de aplicación del derecho del trabajo.

En tal contexto, se tornaba necesario construir algunos criterios o parámetros que pudieran discernir el grado de independencia existente entre la empresa principal y el subcontratista, cometido asumido por la doctrina y por la labor realizada por la Organización Internacional del Trabajo, los cuales vale acotar, si bien no son decisivos valorados individualmente, la combinación de ellos aportaría elementos suficientes para definir, además de la existencia o no de una relación de subcontratación, la naturaleza del vínculo que une a los trabajadores de la empresa secundaria con la principal y, en consecuencia, el grado de subordinación que media entre tales trabajadores y aquellas.

Los indicios utilizados con mayor frecuencia son los siguientes:

- a. La exclusividad o no de trabajador.
- b. Quien ejerce el poder de dirección del trabajo.
- c. Cuál de las empresas (contratante o contratada) elige el lugar de realización de las tareas, horario de labor y descansos.
- d. Si el contratado asume algún riesgo comercial que tenga como contrapartida una expectativa de ganancia adicional a la remuneración del trabajo realizado.
- e. Grado de especialidad de las tareas de la empresa contratada.
- f. Cuál de las empresas asume las cargas fiscales y de seguridad social.
- g. Quien ejerce el poder disciplinario.
- h. Si las tareas realizadas por la subcontratante son iguales a las que realizan o realizaban los trabajadores dependientes de la empresa contratante.
- i. Quien remunera a los trabajadores dependientes de la contratada.
- j. La regularidad y continuidad en el desempeño del trabajo.
- k. Ante quien responden los trabajadores dependientes de la empresa contratada.
- l. Si la contratante imparte formación a las personas involucradas en la ejecución del contrato entre empresas.
- m. Si la empresa contratante puede imponer sanciones a los trabajadores de la empresa contratada.

n. Efectos del incumplimiento de la empresa.

### **2.2.7 El Trabajo en régimen de subcontratación en el Derecho Comparado.**

#### **2.2.7.1 En el Derecho Laboral Uruguayo.**

##### **2.2.7.1.1 Concepto Legal.**

La subcontratación empresarial presenta, según se constata, singulares dificultades en su precisión conceptual, en razón de las múltiples acepciones y la variedad de enfoques adscritas a dicha expresión. Por ejemplo, **la Ley N°. 18.251 de enero de 2008**, expedida en Uruguay, aporta la definición siguiente:

“Existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras y servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras y servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo”

La definición transcrita invita a reflexionar sobre el alcance que se le reconoce a la figura de la subcontratación en dicho país, toda vez que la circunscribe a la **externalización de operaciones de una empresa**, excluyendo, así, las formas de externalización que implican suministro de mano de obra a un tercero. Se trata de la configuración de una relación jurídica de naturaleza civil o mercantil, ajena a los presupuestos socioeconómicos básicos para la aplicación de la normativa laboral, ya que las relaciones de trabajo o servicios prestados por los dependientes de la empresa proveedora no se ejecutan en condiciones de subordinación, respecto a la empresa

comitente o principal. (CASTELLO, 2009, págs. 53-87)<sup>cxvi</sup>, refiriéndose a la legislación uruguaya, señala que, para que exista subcontratación, se requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

1. La existencia de un acuerdo contractual cuyo objeto es el encargo de ejecución de obras o servicios (requisito negocial);
2. El subcontratista debe ser una empresa auténtica, que posea una organización productiva propia de medios y recursos materiales, técnicos, económicos, financieros y humanos, los cuales utilizará y dirigirá con autonomía jurídica y funcional (requisito subjetivo);
3. Las obras o servicios encomendados deben tener una especial relación con la organización y actividad que cumple la empresa principal o comitente (requisito objetivo)

Comenta este autor, con relación al tema, que si bien el acuerdo no exige determinada forma contractual, la circunstancia de que su objeto sea la ejecución de “obras o servicios”, sugiere la adopción del arrendamiento de servicios o de obras, como figuras jurídicas más idóneas para instrumentar la externalización, ya que la prestación de servicios resulta una nota distintiva en este tipo de negocio jurídico. Adicionalmente, la empresa debe contar con una organización empresarial propia, autónoma y diferenciada de la que posee la empresa principal o comitente, lo cual implica, señala el citado autor, que tenga medios, recursos materiales, técnicos y humanos propios, incluyendo locales, herramientas de trabajo, cuentas bancarias, logos distintivos, servicios administrativos, etc., los cuales deben ser administrados y dirigidos con autonomía técnica y funcional, sin la intervención permanente y determinante de la empresa principal. En este contexto, los trabajadores de la empresa auxiliar o contratista estarán bajo el poder de dirección de éste y no de la empresa principal, aspecto que puntualiza la distinción con la intermediación

laboral, la cual presupone la integración de los trabajadores al ámbito organizacional del comitente, estableciéndose una relación de subordinación fáctica dentro de la estructura operacional de éste último.

La naturaleza de las actividades, principales o accesorias, objeto de la subcontratación no aparecen delimitadas con suficiente claridad, en la legislación uruguaya, sin embargo, (CASTELLO, 2009, pág. 74)<sup>cxvii</sup> sostiene que aquellas, para viabilizar la subcontratación, deben revestir las cualidades siguientes:

- a. Sean imprescindibles y de primordial importancia para la realización del ciclo productivo o de la actividad que constituye el objeto social de la empresa, de modo que sin el concurso de esas operaciones no pueda obtenerse el producto final que ofrece la empresa principal en el mercado.
- b. Sean inherentes o se encuentren indisolublemente vinculadas a la actividad principal de la empresa comitente, entendida como función central, neurálgica o vital de la misma.
- c. Se trate de actividades de limpieza, seguridad, vigilancia o mantenimiento.

Lo cierto es que no podrán ser objeto de subcontratación aquellas actividades ajenas al giro normal de la empresa comitente o que no estén incorporadas en su organización, como Marketing, desarrollo y mantenimiento de software, asesoramiento profesional, transporte, mensajería, almacenaje, por tratarse de actividades periféricas o de apoyo.

Finalmente, el autor mencionado, sostiene que el lugar donde se ejecuten las actividades no determina la naturaleza del negocio jurídico bajo estudio, toda vez que pueden realizarse dentro o fuera de las instalaciones del comitente. No obstante, si se llevan a cabo dentro del ámbito espacial de la empresa principal, debe analizarse con detenimiento si no se ha generado una relación de subordinación de hecho entre los

trabajadores y la empresa principal, surgiendo la posibilidad de que se transforme la modalidad contractual y derive en un supuesto de intermediación o de suministro de mano de obra, conclusión esta última que entraña una incongruencia, según nuestra opinión, ya que, entonces, el lugar, dentro o fuera de las instalaciones del comitente, donde se lleva a cabo la prestación de servicios si constituye un elemento definitorio de la naturaleza jurídica del negocio.

En materia de responsabilidad laboral el régimen uruguayo, mediante la Ley N° 18.099, en materia de subcontratación, atribuyó al empresario principal la responsabilidad solidaria pasiva con los subcontratistas, intermediarios y suministradores de mano de obra, respecto a las obligaciones laborales a cargo de éstos, así como los pagos en concepto de contribuciones a la seguridad social, prima de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y saldos pendientes en estos conceptos, a favor del banco de Seguros del Estado. Sin embargo, la Ley N° 18.251 introdujo, en tales supuestos, la responsabilidad subsidiaria del comitente, condicionándola al requerimiento previo de información al intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra, del estado de cumplimiento de las obligaciones mencionadas, pudiendo retener del precio que deba pagar a éstos, el monto correspondiente a las obligaciones laborales y de la seguridad social incumplidas; de no ejercer, el comitente, este derecho de información deviene en solidaria la responsabilidad..

La normativa laboral uruguaya actualiza y aborda el régimen de responsabilidad laboral de las empresas en el marco de la descentralización productiva, regulando mecanismos que funcionan como “antídoto normativo”, capaz de inmunizar a los

trabajadores inmersos en tales situaciones, principalmente frente a la problemática de la alteridad jurídica formal de quien implementa la tercerización, haciendo corresponsable al beneficiario del servicio externalizado, incluso rebasando toda fórmula de imputación directa de las relaciones laborales.

La nueva legislación uruguaya, por un lado legitima las iniciativas empresariales para organizar su funcionamiento y, por el otro, consagran diversas medidas alternativas de tutela de los trabajadores que prestan sus tareas en régimen de subcontratación, como la descrita instauración de un régimen de responsabilidad compartida, entre el empleador directo y la empresa principal o un régimen de responsabilidad subsidiaria, en el evento de que ésta última ejerciera su derecho a solicitar información a la empresa proveedora, sobre el estado de cumplimiento de sus obligaciones laborales o previsionales, de lo contrario, sobrevendrá la responsabilidad solidaria, por no haber ejercido oportunamente tal facultad.

Resulta trascendente destacar, en la legislación laboral uruguaya, la no discriminación entre modalidades lícitas o ilícitas de tercerización, como condicionante de la responsabilidad de la empresa principal, comitente o usuaria, configurándose ésta con la sola materialización de los supuestos previstos en las leyes (entre ellos la subcontratación), sin importar las causas o motivos de la contratación empresarial o las características que revista la empresa a la cual se delegó o confió el encargo, o sea, si se trata del denominado “hombre de paja” o una entidad real e independiente. En todo caso, se le atribuirán a todos los sujetos que intervinieron en la relación triangular no permitida una responsabilidad de naturaleza solidaria. En efecto, el artículo 1º de la Ley 18.099, expresamente, señala lo siguiente:

**“(...) todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad provisional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado, en relación a esos trabajadores”**

Dentro de la estructura legal uruguaya, la subcontratación se concibe como una forma de **externalización de operaciones**, detalle que distingue a las otras expresiones de tercerización reguladas (intermediación y suministro de mano de obra), configurando a éstas últimas como expresiones de **externalización de mano de obra**, distinción, a nuestro juicio, correcta, toda vez que poseen objetos y fisonomías sustancialmente diferentes. El artículo 1º de la Ley 18.251, textualmente dispone que:

**“(...) existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentran integrados a la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo”**

Tal y como hemos manifestado en párrafos precedentes, el ordenamiento laboral uruguayo no considera al elemento espacial funcional, como determinante en la configuración de la subcontratación, ya que el lugar donde se ejecuta la obra o se presta el servicio encomendado por el empresario principal, puede ser dentro o fuera del local o establecimiento del comitente o, inclusive, de un tercero. Sin embargo, del contenido del artículo 1º de la Ley 18.251 de 2008, pueden extraerse los siguientes elementos, para que se configure la subcontratación, así:

- **La existencia de un acuerdo contractual cuyo objeto es el encargo de ejecución de obras y servicios.**

Con relación a este requisito o elemento, la normativa no lo condiciona a ninguna formalidad o solemnidad, bastando, según (CASTELLO, 2009), a quien seguimos en este apartado, la concertación verbal del negocio jurídico. Prescinde, igualmente, de dotarlo de una determinada naturaleza jurídica, de tal manera que puede adoptar la forma de un contrato civil o mercantil e, inclusive, de derecho público. No obstante, con frecuencia se acude al arrendamiento de servicios o de obra, como estructuras contractuales más idóneas para instrumentar la externalización, siendo que el objeto de ésta es el encargo de ejecución de “obras o servicios”.

- **El subcontratista debe ser una empresa auténtica, que posea una organización productiva propia de medios y recursos materiales, técnicos, económicos, financieros y humanos, los cuales utilizará y dirigirá con autonomía jurídica y funcional.**

Este elemento guarda relación con la capacidad organizativa y autónoma de funcionamiento, contando, para ello, **la empresa auxiliar**, con una organización empresarial propia, con medios y recursos económicos propios, locales, herramientas de trabajo, cuentas bancarias, servicios administrativos, marcas, logos, distintivos, que lo diferencien y separen de la estructura organizativa y funcional de la empresa comitente o principal. La autonomía se proyecta al poder de dirección de la empresa auxiliar, puesto que ésta debe ejercerlo directamente sobre sus trabajadores, sin injerencia alguna de la empresa principal o comitente, puesto que lo contrario conduce a reputar la relación

jurídica como de intermediación laboral, detalle que desfigura la externalización de operaciones y abre paso a la externalización de mano de obra.

- **Las obras o servicios encomendados deben tener una especial relación con la organización y actividad que cumple la empresa principal o comitente.**

Este elemento guarda relación con el especial vínculo funcional de las obras o servicios a ejecutar, con la organización o actividad principal del comitente o principal, el cual puede manifestarse bajo las siguientes modalidades: 1) las obras o servicios deben encontrarse integrados en la organización de la empresa principal; 2) deben formar parte de la actividad normal o propia del establecimiento de la empresa principal; 3) deben formar parte de la actividad principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad y vigilancia) de dicha empresa.

La legislación uruguaya del trabajo contempla algunas hipótesis que se consideran excluidas del contenido expresado en las definiciones citadas. Se trata de los supuestos en que las obras o servicios se prestan de manera ocasional, aplicables a la intermediación laboral y a la subcontratación, en consecuencia, si el suministro de mano de obra se lleva a cabo de forma ocasional, eventual o casual, se aplicará el régimen de responsabilidad subsidiaria o solidaria regulada en la normativa bajo estudio. Se excluyen, además, los casos de “distribución de productos”, definido este proceso en la legislación uruguaya como “el desplazamiento o circulación de productos desde cualquiera de los locales de las empresas productoras o importadoras hasta su entrega a otras personas físicas o jurídicas”. Dicho proceso comprende las operaciones de almacenaje, transporte, venta y entrega”.

### 2.2.7.1.2 Régimen de Responsabilidad Laboral.

El régimen de responsabilidad laboral aparece consagrado en el artículo 1° de la Ley 18.099 de 2007, cuyo texto es el siguiente:

**“(…) todo empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad provisional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores”** (subrayado nuestro)

La responsabilidad solidaria representa una institución garante del cumplimiento de las obligaciones laborales, frente a los casos de insolvencia del empleador que conlleve la inejecución de los créditos de los trabajadores que se han desempeñado dentro del marco de la externalización empresarial. La Ley 18.251 de 2007, introdujo modificaciones al sistema de responsabilidad descrito, estableciendo **la responsabilidad subsidiaria**, en el evento de que la empresa principal hubiera ejercido la facultad de exigir al intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra, información respecto al estado de cumplimiento de sus obligaciones laborales, previsionales o las correspondientes a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; de no haber ejercido tal derecho, la situación quedaría enmarcada dentro del supuesto de responsabilidad solidaria, todo ello de acuerdo a lo establecido por los artículos 4° y 5° de la Ley 18.215 mencionada, disposiciones que reglamentan la forma de implementar esta facultad y las acciones reconocidas a la empresa principal para hacerla efectiva y, en consecuencia, garantizar el cumplimiento de los derechos y prestaciones de los trabajadores.

➤ **Alcance Objetivo y Temporal de la Responsabilidad Laboral.**

Tal y como se ha expuesto, el artículo 1º de la Ley 18.099, contempla, respecto al **alcance objetivo**, una cobertura bastante amplia, en cuanto a las obligaciones cubiertas por los responsables. Se incluyen las obligaciones laborales contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores, así como los pagos de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional correspondiente, la prima de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sanciones y recuperos adeudados al Banco de Seguro del Estado, etc.

Con relación al **alcance temporal**, resulta de interés el contenido del artículo 8º de la Ley N° 18.251, el cual dispone que:

**“La responsabilidad queda limitada a las obligaciones devengadas durante el periodo de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra, por el personal comprendido en cualquiera de las modalidades de contratación referidas. Cuando se trate de obligaciones que se determinen en función de periodos mayores al de la subcontratación, intermediación o suministro, la cuantía máxima por la que responderá el patrono o el empresario principal o la empresa usuaria no podrá exceder el equivalente de lo que hubiera devengado si los operarios trabajasen en forma directa para el mismo”**

La directriz contenida en el precepto transcrito resulta equitativo, considerando que se toman en cuenta solo el tiempo durante el cual hubo utilización o aprovechamiento del trabajo, de tal manera que no prosperarán los reclamos interpuestos contra el empresario principal, por trabajadores contratados por el subcontratista que no hayan trabajado o intervenido directa y efectivamente en obras y servicios realizados a favor del comitente, extremos que deben ser acreditados por el trabajador.

Finalmente, a manera de conclusión, cabe destacar que el régimen de responsabilidad contemplado en las Leyes N° 18.099 de 2007 y N° 18.251 de 2008, solamente rige para los casos de relaciones de trabajo triangulares, excluyéndose aquellas relaciones con empresas unipersonales o profesionales universitarios que no ocupen personal. Además, la responsabilidad es aplicable tanto a las entidades privadas como a las entidades públicas, de cualquier naturaleza.

#### **2.2.7.2 El Derecho Laboral Español.**

##### **2.2.7.2.1 La Subcontratación Empresarial como Opción Organizativa.**

En el derecho laboral español se acepta pacíficamente la práctica empresarial de la contratación o subcontratación de obras o servicios, esto es, los empresarios pueden llevar a cabo por sí mismos el objeto de su actividad o encargar a otra persona la ejecución de determinadas tareas y, de igual manera, ésta puede ella misma realizar el encargo o encomendar a una tercera empresa su realización

En el ordenamiento jurídico español, particularmente en el Estatuto de Trabajadores (ET), una de las principales normativas reguladoras del derecho del trabajo en España, no se regula específicamente el fenómeno de la contrata y subcontrata, en su proyección de negocio jurídico, ya que tal excerta aborda más bien el sistema de responsabilidades subyacente en estos tipos de negocios, entre la empresa principal y la contratista en materia salarial y de seguridad social.

En España la contrata y subcontrata se conciben como negocios útiles y necesarios para el buen desarrollo de la actividad industrial, actitud razonable considerando que en

los actuales momentos, desde la perspectiva económica, resulta inconveniente, por decir lo menos, que una empresa pueda cumplir sus ciclos productivos y ser autosuficiente para lograr sus fines comerciales. Así lo ha puesto de manifiesto (KAHALE, 2011), al expresar lo siguiente:

“Es imposible, desde el punto de vista económico, que en estos tiempos que vivimos una empresa pueda bastarse por sí sola para desarrollar su actividad económica, y ser prácticamente autosuficiente para obtener su fin productivo. Bajo este contexto aparece la figura de la contrata que es utilizada por las empresas con el fin de llevar a cabo su actividad en el momento en que su producción se caracterice por su complejidad”

(RONCERO, 2011), afirma que, en principio, el empresario, sustentado en el ejercicio de la libertad de empresa, puede definir el objeto de su actividad empresarial y establecer con otros empresarios cuantas relaciones contractuales estime oportunas. En el derecho laboral español se acepta pacíficamente la práctica empresarial de la contratación o subcontratación de obras o servicios, esto es, los empresarios pueden llevar a cabo por sí mismos el objeto de su actividad o encargar a otra persona la ejecución de determinadas tareas y, de igual manera, ésta puede ella misma realizar el encargo o encomendar a una tercera empresa su realización.

En ese sentido, el autor citado señala que la contrata de obras o servicios no es una actuación tolerada sino una actividad legalmente regulada, en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa. El derecho a la libertad de empresa aparece expresamente reconocido en el artículo 38 de la Constitución Española, disposición que analizada en su texto y en los efectos que de la misma se derivan, conduce a distinguir dos dimensiones: **la institucional del precepto y la de derecho fundamental.**

(PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, 2005, Pág. 185), citado por (RONCERO, 2011), aborda el aspecto **institucional**, sosteniendo que la libertad de empresa, que prevé el artículo 38 de la CE, se reconoce “en el marco de la economía de mercado”, puesto que “es el mercado el objeto de la garantía institucional cuyo respeto impone el precepto al legislador y al resto de los poderes públicos”. La categoría de derecho fundamental deviene por su inclusión en la Sección 2ª, del Capítulo II, del Título I, “los derechos y deberes de los ciudadanos”, del Texto Constitucional y por la tutela de las garantías contempladas en el artículo 53.1 de la CE, que estatuyen que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse la libertad de empresa”.

Los perfiles del contenido esencial del derecho de libertad de empresa ha sido materia del Tribunal Constitucional Español, el cual ha fijado, a través de **la Sentencia Nº 11 del 8 de abril de 1981**, dos vías de aproximación a la idea de contenido esencial, las cuales se complementan entre ellas: una relativa a **la naturaleza jurídica de cada derecho**, la cual está referida básicamente a la coincidencia entre el denominado “metalenguaje” o ideas generalizadas y las convicciones generalmente aceptadas entre los juristas, jueces y especialistas en derecho, y el supuesto jurídico que resulta recogido o regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto (metalenguaje) preexiste conceptualmente al momento legislativo, lo cual implica su reconocibilidad en la regulación concreta; la otra vía consiste **en buscar los intereses jurídicamente protegidos** como núcleo y médula de los derechos subjetivos, esto es, aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para la protección real, concreta y efectiva del mismo. Este contenido esencial se desconoce, cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen ineficaz, lo dificultan más allá de lo razonable o lo

despojan de la necesaria protección. Los dos caminos diseñados por el Tribunal Constitucional para aproximarse a la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales, permite afirmar que el derecho de libertad de empresa está integrado, en todo caso, por **la libertad de acceso al mercado, libertad de desarrollo de la actividad empresarial y libertad de cesación o salida del mercado.**

Respecto al tema que nos ocupa, la subcontratación de obras y servicios son expresiones de descentralización productiva del sistema de trabajo y si la Constitución Española, como hemos anotado, reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, tal prerrogativa no puede ser limitada sólo al momento de constitución de la empresa, sino que se extiende también a decidir sobre sus objetivos y dotarla de la estructura organizativa para defender su productividad y situarla en condiciones de competir en un mercado libre (RIVERO LAMAS, 2000). Esta postura ha sido recogida, además, por la **Sentencia de 27 de octubre de 1994, emitida por el Tribunal Supremo**, la cual en lo pertinente argumentó que:

“(...) el ordenamiento jurídico no contienen ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el art. 42.1 ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse los derechos de los trabajadores”

Lo cierto es que, con carácter general, la descentralización de servicios es una técnica de explotación empresarial cada vez más extendida y que encuentra su apoyo legal, según

se ha dejado anotado, en el artículo 42 del Estatuto de Trabajadores y 38 de la Constitución Española.

La jurisprudencia<sup>cxviii</sup> española ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto y, en lo pertinente, señaló que:

“El ordenamiento Jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva”.

Ello implica que, en principio, no se establecen límites al empresario para acudir a esta opción de estrategia productiva organizativa, prerrogativa expresamente contemplada en el artículo 5.1, de la Ley 32 de 2006, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, publicada en el BOE, N° 250, de 19 de septiembre de 2006, excerta que en su Exposición de Motivos expresa lo siguiente:

“Hay que tener en cuenta que la contratación y subcontratación de obras y servicios es una expresión de la libertad de empresa que reconoce la Constitución Española en su artículo 38 y que, en el marco de una economía de mercado, **cualquier forma de organización empresarial es lícita**, siempre que no contraría el ordenamiento jurídico. La subcontratación permite en muchos casos un mayor grado de especialización, de cualificación de los trabajadores y una más frecuente utilización de los medios técnicos que se emplean, lo que influye positivamente en la inversión en nueva tecnología. Además, esta forma de organización facilita la participación de las pequeñas y medianas empresas en la actividad de construcción, lo que contribuye a la creación de empleo. Estos aspectos determinan una mayor eficiencia empresarial” (resaltado nuestro)

Los límites que contempla la Ley 32 de 2006, aparecen enunciados en el artículo 5.2, el cual establece algunas reglas generales limitativas de los niveles de subcontratación admisibles en su ámbito aplicativo, así se mencionan las siguientes:

- El promotor podrá contratar directamente con cuantos contratistas estime oportuno, ya sean personas físicas o jurídicas;
- Cada contratista o empresario principal podrá contratar con las empresas subcontratistas o trabajadores autónomos la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor;
- El primer y segundo contratista podrán subcontratar la ejecución de los trabajos que, respectivamente, tengan contratados, salvo aquellos subcontratistas cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, los cuales tienen prohibida la subcontratación de las tareas que les haya encomendado su comitente.
- El tercer subcontratista no podrá subcontratar los trabajos que hubiera contratado con otro subcontratista o trabajador autónomo;
- El trabajador autónomo no podrá subcontratar los trabajos a él encomendados no a otras empresas subcontratistas no a otros trabajadores autónomos.

Se permite excepcionalmente adicionar la subcontratación, al caso previsto con anterioridad, cuando a juicio de la dirección facultativa fuese necesaria la contratación de alguna parte de la obra con terceros, en los siguientes supuestos contenidos en el artículo 5.1 de la ley 32 de 2006:

- Casos fortuitos debidamente justificados;
- Por exigencias de especialización de los trabajos;
- Por complicaciones técnicas de la producción;
- O por circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra.

(PÉREZ DE LOS COBOS, 2011), citado por (RONCERO, 2011)<sup>cxix</sup>, con relación al tema en análisis, sostiene que en la legislación española se admite el fenómeno descentralizador sobre la determinación de garantías y cautelas destinadas a evitar que su utilización pueda menoscabar los derechos de los trabajadores. Se articula así, un sistema de responsabilidad para un específico supuesto: aquél en el que el empresario contrate con otro la realización de obras o servicios de **la propia actividad empresarial**, contemplado en el artículo 42 del Estatuto de Trabajadores español.

#### 2.2.7.2.2 Concepto de “Propia Actividad” Empresarial.

El concepto de propia actividad aparece ligado a la esencia misma de la contrata en el derecho español y el mismo ha sido objeto de diversos pronunciamientos de la jurisprudencia<sup>cxix</sup> española, en función de delimitar su alcance. Mediante **Sentencia u.d. de 11 de mayo de 2005, el Tribunal Supremo de España** sostuvo, en lo pertinente, lo siguiente:

“(...) para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa y (...) nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse acordado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de afectar sensiblemente su actividad empresarial”

Otros pronunciamientos han reiterado y precisado la delimitación conceptual de la frase “propia actividad”, argumentando que lo que determina que una actividad sea “propia” de la empresa es su condición de **inherente a su ciclo productivo**. Suele

acudirse a dos interpretaciones del concepto: una que entiende que propia actividad es la “actividad indispensable”, de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo productivo de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y la otra que integra únicamente en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán “propia actividad” de ella. En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas labores no “nucleares” quedan excluidas del concepto y, en consecuencia de la regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. El criterio predominante se inclina por la segunda opción interpretativa, o sea, la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente, debido a que la primera posición anula el mandato contenido en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que tiene por finalidad reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente.

#### **2.2.7.2.3 Subcontratación Empresarial y Cesión Ilegal de Trabajadores.**

La distinción entre las auténticas contrataciones de obras y servicios de las Seudocontratas que encubren cesiones ilegales de mano de obra, atiende básicamente a las condiciones recurrentes en su celebración y a los aspectos materiales de su ejecución y desarrollo. Así, a través de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991**, se declaró que:

“(…) en la auténtica contrata la empresa contratista ejerce una actividad empresarial propia y cuenta con patrimonio, instrumentos, maquinarias y organización estables, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo, manteniendo, en todo caso, a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección conservando con respecto a los mismos los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empresario”.

Complementando la corriente jurisprudencial expuesta, la misma instancia jurisdiccional ha precisado diversos criterios a considerarse, en función de determinar la legitimidad de la contrata, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios<sup>cxxi</sup>, el ejercicio de los poderes empresariales<sup>cxvii</sup>, y la realidad del contratista que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico tales como capital, patrimonio, solvencia, estructura, etc.<sup>cxviii</sup>

#### 2.2.7.2.4 Delimitación Legal de la Cesión Ilegal de Trabajadores.

El artículo 43.2 del Estatuto de Trabajadores, en virtud de la reforma que experimentó en el año de 2006, dispone que se entienda como cesión ilegal de trabajadores:

- Cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria;
- Cuando la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable;
- Cuando la empresa cedente no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad;
- Cuando no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

#### **2.2.7.2.5 Delimitación Jurisprudencial de la Cesión Ilegal de Trabajadores.**

Los Tribunales laborales elaboraron los criterios para delimitar los supuestos de subcontratación empresarial y la Cesión Ilegal de Trabajadores, sintetizados, básicamente, en las tres últimas hipótesis enunciadas en el artículo 43.2. En ese orden de ideas se consideraron los siguientes:

➤ **Infraestructura necesaria.**

Para tener la condición de contratista resulta necesario que posea una infraestructura organizativa propia e independiente, de tal manera que no sería suficiente con el simple dato formal de que la empresa contratista está válidamente constituida, esto es, tenga personalidad jurídica, o esté inscrita en la Seguridad Social, etc., sino que se requiere que tenga una sede y plantilla propia, centro de trabajo, máquinas e instrumentos de trabajo, de acuerdo al contenido de las Sentencias de 17 de febrero y 11 de octubre, dictadas por SSTS (Rec.2099/91 y Rec. 1023/92).

➤ **Organización y Control de la Actividad Laboral.**

El contratista debe tener el control, la organización y la dirección de la actividad laboral, de tal manera que los trabajadores de aquella, deberán estar sujetos a sus órdenes e instrucciones y no de la empresa principal, sin perjuicio, en su caso, de la facultad de supervisión general que pueda ejercer el empresario principal, si bien más frente al propio contratista que directamente sobre los trabajadores, criterio expresado mediante Sentencia u.d. de 31 de enero de 1995 (Rec.930/94), dictada por el Tribunal Supremo. Otro fallo de

interés, lo representa la Sentencia u.d., de 24 de abril de 2007 (Rec. 36/06), la cual en lo pertinente señaló que:

“(…) siendo cierto que en ambos casos el TPL (ordenador portátil de lectura de contadores) lo proporcionaba la empresa principal, las diferencias en la gestión de personal y en la implicación en esa gestión de las empresas contratistas en cada caso, son bastante diferentes, puesto que mientras en el caso de la sentencia recurrida se aprecia la existencia de un control empresarial por parte de ELN, S.A. directo de sus propios trabajadores, aunque funcionara como es natural como intermediaria en muchas ocasiones, en el caso de la sentencia de Aragón se aprecia la realidad de una implicación directa de esta empresa principal en la dirección y control de los trabajadores de la empresa contratista o, lo que es igual, una falta de implicación de la organización y medios de esta última en la dirección y organización de sus propios trabajadores, indicativo de aquella interposición con la consiguiente triangulación de la relación.

Ahora bien, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no es suficiente para eliminar la cesión ilegal, si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. Sobre el particular ver la SSTS u.d. de 14 de marzo de 2006 (Rec. 66/05) y la de 4 de marzo de 2008(Rec. 1310/07).

➤ **Asunción del Riesgo Empresarial.**

La condición de contratista exige que asuma un verdadero riesgo empresarial, de tal manera que deban correr a su cargo, los importes de los salarios y demás costos, en consecuencia, no deben ser cargados al comitente.

➤ **Actividad específica y delimitada.**

El objeto de la subcontratación debe ser una actividad específica y delimitada, diferenciable de la actividad desplegada por la empresa principal, aunque materialmente

pudieran ser coincidentes. Cabe, en este sentido, la subcontratación parcial, de modo que ciertas tareas puedan ser realizadas, aunque siempre separadamente, por comitente y auxiliar. Como sustento jurisprudencial se cita la Sentencia de 15 de abril de 2010 (Rec. 2259/09), dictada por el Tribunal Supremo, la cual aceptó como verdadera subcontratación, excluyente de la pretendida cesión ilegal de trabajadores, la externalización de los servicios informáticos de una entidad bancaria, asumiendo las correspondientes tareas el personal de la contratista, cuyo horario se ajustará a su propio convenio colectivo, y utilizando los equipos informáticos del banco, con un abono de un alquiler por parte de la empresa subcontratada por la utilización de dichos equipos.

➤ **Finalidad Especulativa.**

Con relación a esta exigencia los Tribunales españoles, en especial las SSTS del 14 de septiembre de 2001 (Rec. 2142/00) y la del 17 de abril de 2007 (Rec. 504/06), han entendido que el artículo 43 del Estatuto de Trabajadores delimita una conducta objetiva, por lo que en la mayor parte de los casos será detectable una finalidad especulativa, no es preciso, sin embargo, que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores.

**2.2.7.2.6 Cesión ilegal de trabajadores entre empresas con actividad y organización propia.**

La cesión ilegal puede configurarse entre dos empresas con actividad y organización propia, cuando en la relación entre ambas tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo

necesaria para el desarrollo de tal servicio, de acuerdo a la **Sentencia u.d., de 19 de enero de 1994 (Rec. 3400/92)**, dictada por el Tribunal Supremo, lo cual significa, según la doctrina sentada, que la intervención de una empresa sólo aparente es sin duda un dato suficiente para que exista una cesión ilegal de trabajadores; pero no es un dato necesario o imprescindible para que se pueda apreciar una cesión ilegal, si concurren otras circunstancias. Esta doctrina fue anticipada mediante la **Sentencia de 16 de febrero de 1989, dictada por el Tribunal Supremo**, cuando sostuvo que la “cesión puede tener lugar, aun tratándose de dos empresas “reales”, si el trabajador de la una trabaja... para la otra”, y que ha sido mantenida a través de variadas decisiones, entre ellas, las SSTS u.d. de 25 de octubre de 1999 (Rec. 1792/98); de 14 de septiembre de 2001 (Rec. 2142/00); 17 de enero de 2002 (Rec. 3863/00; 20 de septiembre de 2003 (Rec.1741/02; 17 de abril y 2 de octubre de 2007 (Rec. 504/06 y 3656/05; 4 de marzo de 2008 (Rec. 1310/07).

#### 2.2.7.2.7 Efectos Jurídicos de la Cesión Ilegal de Trabajadores.

Respecto a las consecuencias jurídicas derivadas de la cesión ilegal de trabajadores, el artículo 43.3, del Estatuto de Trabajadores, contempla un primer efecto, traducido en la **corresponsabilidad solidaria de los empresarios implicados**. En efecto, la norma citada expresamente dispone que:

**“Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores, responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos”**

Un segundo efecto, aparece regulado en el artículo 43.4 del Estatuto de Trabajadores, el cual establece que los trabajadores afectados **tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección**, en la empresa cedente o cesionaria, siendo ambas verdaderas empresas.

La **solución jurisprudencial** se hace extensiva aun en el caso cuando el cesionario sea una Administración Pública, no obstante, en tal hipótesis, el trabajador cedido no adquiere la condición de fijo, sino la de trabajador por tiempo indefinido, posición asumida en diversas decisiones, entre las que podemos citar: la SSTS u.d. de 19 de noviembre y 11 de diciembre de 2002 (Rec. 909 y 639/02; de 28 de octubre y 11 de noviembre de 2003 (Rec. 4878/02, 17/03 y 3898/02; 30 de junio y 8 de julio de 2009 (Rec. 770 y 722/08; y 19 de octubre (Rec. 757/08). La ley laboral le otorga al trabajador **el derecho a ejercer la opción de elegir la empresa, cedente o cesionaria, durante el periodo de vigencia de la cesión**, de tal manera que, una vez concluida ésta, cesará tal prerrogativa, criterio recogido en la SSTS de 11 de septiembre de 1986, 14 de septiembre de 2009 (Rec. 4232/08. En caso de despido de un trabajador que se produce mientras dure la cesión, sí es posible alegar en la demanda la ilegalidad de la cesión, para obtener la condena solidaria del cedente y del cesionario en orden a las consecuencias del despido.

Los **Derechos del trabajador que adquiere la condición de fijo** consisten, fundamentalmente, en el reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones de los trabajadores de la nueva empresa por la que haya optado el cedido, salvo que las condiciones aplicadas por el empresario interpuesto fueran superiores a las de la nueva empresa. La antigüedad se computará **desde el inicio de la cesión ilegal**, según lo establecido por el artículo 43.4 del Estatuto de Trabajadores, criterio seguido por la

Sentencia de 11 de febrero de 2008, dictada por el Tribunal Supremo (Rec. 61/07). El artículo 43.4 del Estatuto de Trabajadores, es el de tenor siguiente:

“Artículo 43. Cesión de trabajadores.

“3. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”.

Otra consecuencia jurídica, se refiere al tema conexo, del momento a partir del cual se aplicarán las condiciones propias de la empresa a la que se incorpora el trabajador. La jurisprudencia no ha mantenido un criterio constante, sin embargo, a través de las SSTS u.d. de 21 de marzo de 1997 (Rec. 3211/96) y la del 3 de febrero de 2000 (Rec. 1430/99), respecto a este punto, diferenció dos supuestos:

- El caso de la cesión ilegal entre **dos empresas reales**, supuesto en el cual las nuevas condiciones se aplicarán “ex nunc”, a partir de la incorporación del trabajador a la empresa cesionaria.
- El caso de la cesión ilegal **donde haya intervenido una empresa aparente**, supuesto en el cual las condiciones se aplicarán “ex tunc”, desde el inicio mismo de la cesión, que en realidad simplemente ocultaba la única relación laboral existente desde un principio, pues lo contrario, convertiría el artículo 43 en una norma protectora del empresario infractor.

No obstante, posteriormente, en las SSTS u.d. de 30 de noviembre de 2005 (Rec. 3630/04), de 5 de diciembre de 2006 (Rec. 4927/05) y la de 17 de abril de 2007, sostuvo que en todo caso, también en el de cesión de empresas reales, las condiciones específicas de la empresa a la que se han prestado efectivamente los servicios deben aplicarse “ex

tunc”, y no sólo a partir de la sentencia declarativa. En lo medular, la SSTS de 17 de abril de 2007, señaló lo siguiente:

“(…) en la más reciente jurisprudencia, la Sala viene a sentar el criterio de que la unidad del fenómeno jurídico de la interposición hace que normalmente sea irrelevante en relación con los efectos que debe producir, el hecho de que ambas empresas sean reales o alguna de ellas sea aparente o ficticia (…) habida cuenta de que durante la cesión ilegal la vinculación laboral de las hoy trabajadoras demandantes recurrentes se produjo con la empresa cesionaria es lógico que la retribución salarial a percibir por aquellas se ajuste a la propia del convenio colectivo que rige en dicha empresa cesionaria, dado que el texto del artículo 43 del Estatuto de Trabajadores, por más que pueda guardar silencio sobre este concreto extremo, no se opone a ello”

Lo paradójico de la jurisprudencia española, en esta materia, es que la STS u.d. de 14 de mayo de 2007, o sea, dictada casi un mes después de la anteriormente citada, hace alusión a los precedentes (SSTS u.d. de 30 de noviembre de 2005 (Rec. 3630/04), de 5 de diciembre de 2006 (Rec. 4927/05) que recogían la doctrina anterior, con excepción de la transcrita SSTS de 17 de abril de 2007, y en aquella se sostuvo que:

“Es verdad que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de noviembre de 2005 (Rec. 3630/04) y de 5 de diciembre de 2006 (Rec. 4927/05) han aplicado a estas dos cuestiones la misma solución (declarando la responsabilidad “ex tunc” de la empresa cesionaria) a los dos casos referidos; pero el hecho de que la solución dada sea coincidente, no significa que la cuestión jurídica planteada en esos casos sea la misma; a pesar de esa concordancia de soluciones, la problemática jurídica de cada uno de estos casos sigue siendo diferente. Cuando se trata de empresas cedentes irreales y meramente aparentes es siempre determinante de la extensión “ex tunc” de la responsabilidad de la empresa cesionaria, el dato de que la misma es la única empresa que existe en la realidad; y ese dato no puede tener relevancia de ningún tipo en la solución que se adopte en los otros casos, por la sencilla razón de que tal dato es inexistente”

Resulta notoria las inconsistencias de la decisión en referencia, toda vez que no se limita a mantener la STSJ impugnada, la cual, como hemos mencionado, recogía la doctrina anterior, por inexistencia de contradicción con la sentencia alegada de contraste, sino que, además, se extiende en consideraciones sobre el alcance de las citadas SSTS de 30 de noviembre de 2005 y de diciembre de 2006, sin mencionar la de 17 de abril de 2007.

**2.2.7.2.8 Responsabilidad Solidaria del Empresario Principal y el Contratista en el Estatuto de Trabajadores.**

**2.2.7.2.8.1 Ámbito de aplicación del artículo 42 del Estatuto de Trabajadores.**

Para una mejor ilustración, procedemos a reproducir el contenido del artículo 42, integrado en la Sección 2ª, Garantías por Cambio de Empresario, del estatuto de Trabajadores, cuyo texto es el siguiente:

**“Artículo 42. Subcontratación de obras y servicios**

1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a **la propia actividad** de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.”

La hipótesis regulada en el artículo 42.1 del Estatuto de Trabajadores se refiere a las contrataciones de obras o servicios correspondientes a la “propia actividad” de los empresarios comitentes. Las garantías que este precepto establece sólo se aplican, en efecto, a las contrataciones celebradas para “la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal. Este criterio ha sido recogido. A través de la STS u.d. de 29 de octubre de 1998 (Rec. 1213/98), así como la de 10 de julio y 27 de octubre de 2000 (Rec. 923 y 9656/99), las cuales en lo pertinente señalaron que:

“(…) la expresión propia actividad identifica a aquellas contrataciones cuyo objeto esté constituido por operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que el comitente se propone prestar al público o colocar en el mercado, de tal modo que las prestaciones laborales de los trabajadores del contratista se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente”

Seguidamente, enunciamos algunas contrataciones que han sido calificadas por el Tribunal Supremo, como relativas a la propia actividad, así:

- Los servicios informáticos de una entidad bancaria, establecida mediante STS de 15 de abril de 2010 (Rec. 2259/09);
- Las de comedor de un Colegio Mayor, establecida en la STS u.d. de 24 de noviembre de 1998 (Rec. 517/98);
- La explotación de las instalaciones periféricas de saneamiento de aguas para la entidad local “Consortio de Aguas de Bilbao-Viscaya, en la STS u.d. de 12 de diciembre de 2007 (Rec. 3275/06)

Por otro lado, el Tribunal Supremo también se ha encargado de calificar contrataciones consideradas ajenas a la propia actividad, así:

- Las tareas de vigilancia de las propias instalaciones, en la STS u.d. de 18 de enero de 1995 (Rec. 150/94);
- Las actividades de promoción inmobiliaria y construcción, en la STS de 20 de julio de 2005 (Rec. 2160/04);
- Las obras de construcción - no el mantenimiento - de una carretera para el Gobierno de Navarra, en la STS u.d. de 12 de diciembre de 2007 (Rec. 3275/06)

**2.2.7.2.8.2 Responsabilidad Solidaria entre empresarios, comitente y contratista, en las contrata referidas a la propia actividad.**

El artículo 42.2 del Estatuto de Trabajadores contempla la regla general en la materia. En efecto, el precepto establece que:

**“2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata. De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo. No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial”**

Se aprecia una responsabilidad solidaria, lo cual significa que el acreedor, entendiéndose como tal, tanto el trabajador como la unidad gestora de la Seguridad Social, podrá accionar, de acuerdo al artículo 1144 del Código Civil español, contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las

reclamaciones incoadas contra uno no será obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo. La disposición mencionada aparece integrada en el Libro IV, el cual expresamente señala:

“El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo.”

Las obligaciones sobre las cuales se proyecta la corresponsabilidad solidaria mencionada son aquellas contraídas por los contratistas y subcontratistas, siempre que se traten de:

➤ **Obligaciones de naturaleza salarial.**

Se conciben como obligaciones de naturaleza salarial, las que encuadran en la definición contemplada en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, el cual señala que:

“Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.”

Como vemos, en primera instancia, la corresponsabilidad solidaria del empresario principal está referida a las obligaciones de naturaleza salarial del contratista, posición adoptada a través de la SSTS u.d. de 19 de enero y 20 de mayo de 1998 (Rec. 2030 y 3202/97), la cual hasta la reforma de 2001, estaba limitada, en su cuantía, a lo que

correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo, situación de eficacia relativa, toda vez que normalmente la retribución resulta más baja en las empresas auxiliares. Con relación a este límite se pronunció la STS de 3 de mayo de 2004 (Rec. 276/03)

Por el contrario, **no se consideran obligaciones de naturaleza salarial**, las percepciones calificadas como extrasalariales, de acuerdo al artículo 26.2 del Estatuto de Trabajadores, el cual es del tenor siguiente:

“No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.”

Como consecuencia del contenido del artículo 26.2 del Estatuto de Trabajadores, en el evento de que se produzca el despido de algún trabajador del contratista o subcontratista, no quedaría comprendida la indemnización correspondiente, criterio recogido por la STS de 27 de junio de 1988.

➤ **Obligaciones referidas a la Seguridad Social.**

Con relación a este punto, las SSTS u.d. de 19 de enero y 20 de mayo de 1998 (Rec. 2030 y 3202/97), expresan que la responsabilidad solidaria que el mismo artículo 42 del Estatuto de Trabajadores establece, se extiende a los descubiertos de cuotas en que incurra el contratista con sus trabajadores afectados por la contrata, así como las

prestaciones sociales asignadas a éstos y de cuyo pago hubiera sido declarado responsable dicho contratista por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización.

#### 2.2.7.2.8.3 **Ámbito temporal para el nacimiento y exigencia de la corresponsabilidad.**

Con relación al **nacimiento de la corresponsabilidad**, ya hemos manifestado, que ella surge exclusivamente en conexión con las obligaciones contraídas por el contratista o subcontratista **durante el periodo de vigencia de la contrata**. Esto es determinante, puesto que nacida la responsabilidad, su devengo puede prolongarse más allá del término de la contrata. No existe corresponsabilidad del empresario principal con relación a posibles obligaciones del contratista contraídas antes de la celebración de la contrata o una vez ésta hubiera finalizado, extremos éstos que deben acreditarse, ya sea a través de certificado de terminación, mutuo acuerdo entre principal y contratista, o por la decisión del empresario principal, aceptada por el contratista, de rescindir el contrato (STS u.d. de 22 de marzo de 1999, Rec. 1001/98).

Respecto a la **exigencia de responsabilidad**, o sea el tiempo durante el cual puede reclamarse la mencionada corresponsabilidad, el artículo 42.2 establece que puede ser exigida al empresario principal **durante el año siguiente a la terminación de su encargo**, aplicable dicho plazo, de forma similar, a las obligaciones derivadas de la Seguridad Social.

2.2.7.2.8.4 **Efectos Jurídicos de las contrataciones y subcontrataciones sucesivas.**

Las consecuencias jurídicas de las contrataciones sucesivas deben ser analizadas a la luz de lo preceptuado por el artículo 42.2 del Estatuto de Trabajadores. En rigor, dos son los supuestos que deben considerarse:

➤ **El contratista como posible empresario principal o comitente en los supuestos de subcontratación.**

Resulta evidente que la responsabilidad derivada del artículo 42.2 del Estatuto de Trabajadores para el comitente es exigible tanto en el caso de contratas como el de subcontratas, puesto que la referencia legal, tras la reforma del 2001, a las obligaciones contraídas por los contratistas y subcontratistas, no deja opción a duda alguna. Inclusive, el texto anterior mantenía el mismo criterio, ya que la STS de 12 de julio de 1994 (Rec. 6559/90), dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, había precisado que no era necesaria la existencia de un subcontratista en una relación obligadamente trilateral, esto es, integrada por el comitente, contratista y subcontratista, por cuanto la norma contempla, también, la posibilidad de un juego de dos. Así, si el contratista subcontrataba a su vez con un tercer empresario auxiliar, tienen respecto de éste último la condición de empresario principal o comitente. Adicionalmente, y en el mismo sentido, se han pronunciado las SSTS de 30 de julio de 1996 (Rec. 755/91); 4 de marzo y 20 de junio de 1997 (Rec. 329/91 y 9372/90), dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo.

➤ **Contrataciones y subcontrataciones en cadena y alcance de la responsabilidad.**

Los efectos jurídicos del artículo 42.2, en cuanto a la responsabilidad solidaria, alcanzan a todos los empresarios implicados en una eventual cadena de contrataciones y subcontratas, respecto de las obligaciones de los empresarios sucesivos. Este aserto fue corroborado por el contenido de la reforma realizada en 2001, cuando ésta señaló, expresamente, que el empresario principal responde de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas con sus trabajadores por los contratistas y subcontratistas, criterio adoptado mediante STS u.d. de 9 de julio de 2002 (Rec. 2175/01). Igual posición se derivó de la STS de 23 de septiembre de 2008 (Rec. u.d. 1048/07), la cual confirmó que el régimen de responsabilidad solidaria establecido en el artículo 42 del Estatuto de Trabajadores es aplicable a la empresa “A”, en relación a un trabajador accidentado de la empresa “C”, subcontratada por la empresa “B”, la cual, a su vez, tenía a “A” como empresa principal o comitente en una cadena de subcontrataciones.

**2.2.7.2.8.5 Supuestos excluidos de responsabilidad.**

Los casos de exclusión de responsabilidad aparecen reglamentados en el artículo 42.2 del Estatuto de Trabajadores, disposición que señala que no habrá responsabilidad por los actos del contratista:

- Cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda;

- Cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

Se trata, en ambos casos, de exclusiones declarativas, en la medida en que tales supuestos o bien no hay propiamente un empresario o bien, aun habiéndolo, la contrata no tiene por objeto obras y/o servicios correspondientes a la actividad propia de un empresario.

#### **2.2.7.2.9 Los Deberes de Información de los Empresarios Principal y Contratista.**

En principio, el artículo 64.2, literal c), del Estatuto de Trabajadores, impone la obligación empresarial de facilitar al comité de empresa, trimestralmente, información acerca de sus previsiones en orden a supuestos de subcontratación. Este precepto es del tenor siguiente:

**“Artículo 64. Derechos de información y competencias.**

**“2. El Comité de empresa tendrá derecho a ser informado trimestralmente:**

**“c) Sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación.**

Independientemente de la obligación empresarial contemplada en el artículo 64.2 transcrito, el artículo 42.3 del Estatuto de Trabajadores, le impone a la empresa contratista y subcontratista el deber de informar, por escrito, a sus trabajadores, de la identidad de la empresa principal para la cual están prestando servicios en cada momento. Este precepto señala lo siguiente:

“Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen.”

Se trata, según plantea (AGUILERA, 2011), a quien seguimos en este apartado, de que los trabajadores conozcan siempre quién es la empresa principal para la que prestan servicios, pues a dicha empresa podrán exigirle también responsabilidad en el supuesto de incumplimiento por su propia empresa de las obligaciones salariales y de Seguridad Social correspondientes. Esta responsabilidad se extiende a todos los empresarios implicados en la cadena de contratas, en consecuencia, si el trabajador puede accionar frente a todas las empresas que constituyen la cadena de contratistas, resulta lógico que conozca en todo momento su identidad.

La información debe ser suministrada por escrito, según lo exige el precepto legal, a **cada uno de los trabajadores, de forma individual**, antes de que comience a prestarse la actividad laboral y, como hemos manifestado, tienen un contenido mínimo referente a la identidad subjetiva de la empresa principal: nombre o razón social del empresario principal, domicilio social y número de identidad fiscal.

En caso de incumplimiento del deber informativo constituye una infracción administrativa grave, de acuerdo al artículo 7.11 de la Ley de Infracciones en el Orden Social, el cual establece que “se considera infracción grave el incumplimiento del deber de información a los trabajadores en los supuestos de contratas a que se refiere el artículo

42.3 del Estatuto de los Trabajadores”. Además, al empresario principal se le imputa la obligación de **informar a los representantes legales de sus trabajadores** sobre lo siguiente:

- Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.
- Objeto, duración y lugar de ejecución de la contrata.
- Número de trabajadores, en su caso, que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.
- Medidas previstas para la coordinación de actividades laborales desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Asimismo, el artículo 42.5 del Estatuto de Trabajadores establece que la **empresa contratista o subcontratista deberá informar a los representantes legales de los trabajadores**, antes del inicio de la ejecución de la contrata acerca de los mismos extremos que deba informar a sus trabajadores y sobre aquellos que la empresa principal debe trasladar a los representantes legales de sus trabajadores. El supuesto engloba todo tipo de contratas y subcontratas, sea cual sea la naturaleza, propia o ajena, de la actividad a que estén referidas.

#### 2.2.7.2.10 Subcontratación de Servicios de Carácter Transnacional.

##### ➤ Hipótesis Posibles.

Con relación a este tema, resulta necesario traer a colación lo establecido, por el Tratado de la Unión Europea, en materia de libertad de circulación de servicios dentro del

ámbito de la Unión. La libertad de circulación consagrada en tal instrumento jurídico regional implica dos posibilidades:

1. La posibilidad de que una empresa comitente española contrate con una empresa auxiliar no española la prestación en España, con sus propios medios, incluidos los trabajadores, de un determinado servicio.
  
2. La posibilidad de que una empresa auxiliar española sea contratada por una empresa comitente no española para la prestación a la misma, en su territorio, de un determinado servicio, con sus propios medios, incluidos los trabajadores.

Respecto al libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, en España se dictó la Ley 17 de 23 de noviembre de 2009, en cumplimiento de la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, la cual regula:

- Por un lado, en el artículo 3.2, la libertad de establecimiento en España de aquellos denominados “prestadores” que ofrezcan o presten un servicio y cuya sede social o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea, para ejercer una actividad de servicios;
  
- Y, por el otro, la libre prestación de servicios en España de los denominados “prestadores” establecidos en otro Estado Miembro.

De lo expresado, se colige que tratándose de contrata y subcontrata de carácter transnacional puede ocurrir:

- Que trabajadores contratados por una empresa auxiliar en otro Estado Miembro desarrollen su actividad laboral en España, en ejecución de una contrata o subcontrata celebrada entre una empresa comitente española y una empresa auxiliar no española, para prestar un servicio determinado en España.
- Que, a la inversa, trabajadores contratados en España por una empresa auxiliar establecida en España desarrollen su actividad laboral en otro Estado Miembro, en ejecución de una contrata o subcontrata celebrada entre una empresa comitente no española y una empresa auxiliar española, para prestar un determinado servicio en el territorio de la primera.

Los supuestos descritos aparecen regulados por la Ley 45 de 29 de noviembre de 1999, por la cual se regula el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

- Condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicio transnacional.

- i. Ámbito de aplicación de la LDT.

La Ley 45 de 29 de noviembre de 2009, se aplica, de acuerdo a los artículos 1.1 y 1.2, a las empresas establecidas en un Estado Miembro de la Unión Europea o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que desplacen temporalmente a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios Transnacional. Esta ley, además, señala que se aplicará a las empresas establecidas en otros Estados cuando así esté establecido en un Convenio Internacional (disposición adicional 4ª). Se excluyen de su ámbito de aplicación las empresas de la marina mercante respecto a su personal navegante.

El término “desplazamientos”, en el marco de una prestación de servicios transnacional, incluye los siguientes supuestos, según el artículo 2.1 de la LDT:

- El desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa, en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, cuando dicho destinatario esté establecido o que ejerza su actividad en España.
- El desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo de que forme parte.
- El desplazamiento de un trabajador por parte de una empresa de trabajo temporal para su puesta a disposición de una empresa usuaria que esté establecida o que ejerza su actividad en España.

## 2. Condiciones Generales de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados a España.

En principio, precisa destacar que, de acuerdo a lo establecido por los artículos 2.1.2 y 2.2, de la LDT, se entiende por trabajador desplazado, cualquiera sea su nacionalidad:

“(…) al trabajador de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la LDT desplazado a España durante un periodo limitado de tiempo, en el marco de una prestación de servicios transnacional, siempre que exista una relación laboral entre tales empresas y el trabajador durante el periodo de desplazamiento, incluido el puesto a disposición de una empresa usuaria en España por una Empresa de Trabajo temporal”

Las condiciones mínimas de trabajo que deben garantizar los empresarios a sus trabajadores desplazados temporalmente a España, en el marco de una prestación de servicios transnacional, reguladas por el artículo 3.1 de la LDT, son las siguientes:

- El tiempo de trabajo, conforme lo establecido por los artículos 34 a 38 del Estatuto de Trabajadores. Los preceptos mencionados regulan materias como: la jornada de trabajo, las horas extraordinarias, el trabajo nocturno, el trabajo a turnos y el ritmo de trabajo, el descanso semanal, las fiestas y los permisos y las vacaciones anuales.
- La cuantía del salario.
- La igualdad de trato y la no discriminación directa ni indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, edad, condición social, religión, ideas políticas, orientación sexual, afiliación sindical, parentesco, lengua o discapacidad, siempre que los trabajadores se hallaren en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.
- El trabajo de menores, conforme el artículo 6 del Estatuto de Trabajadores.
- La prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores.
- La no discriminación del trabajador temporal y a tiempo parcial.
- El respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.
- La libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión.

### 3. Carácter mínimo de las condiciones garantizadas.

Las condiciones garantizadas por la LDT tienen, en cualquier caso, carácter mínimo, de tal manera que no excluyen la aplicación a los trabajadores desplazados de condiciones más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su

contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, según lo mandata en artículo 3.5 de la LDT. Respecto a este punto, la LDT, en su artículo 3.4, dispone que las condiciones de trabajo previstas en la legislación española serán las contenidas en las disposiciones legales o reglamentarias del estado y en los convenios colectivos y ludos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate.

#### **4. Criterios generales de determinación de la cuantía del salario garantizado.**

La cuantía general del salario será la prevista en las correspondientes disposiciones legales o reglamentarias o en los convenios colectivos para el grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado, según el artículo 4.1.1 de la LDT. La cuantía a tener en cuenta comprenderá el salario base y los complementos salariales, incluidas las gratificaciones extraordinarias y, en su caso, la retribución correspondiente a horas extraordinarias y complementarias y trabajo nocturno, en cómputo anual y sin el descuento de los tributos, de sus pagos a cuenta y de las cotizaciones de la Seguridad Social a cargo del trabajador, y con exclusión de cualquiera mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, de acuerdo a lo establecido por el artículo 4.1.2 de la LDT. Finalmente, se considera que para comparar la cuantía del salario que corresponderá al trabajador conforme a la legislación aplicable a su contrato de trabajo y la garantizada según la LDT, deben tomarse en cuenta los complementos correspondientes de desplazamiento, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención, en la medida en que los mismos no se abonen como

reembolso de los gastos efectivamente originados por el mismo, según dispone el artículo 4.3 de la LDT.

**5. Información administrativa sobre las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores desplazados.**

Corresponde a la autoridad del lugar donde vayan a prestarse los servicios en España la competencia para informar sobre las condiciones de trabajo que deben garantizar las empresas que desplacen sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 7.1 de la LDT. Los legitimados para solicitar dicha información aparecen enunciados en el artículo 7.2 de la LDT, el cual menciona los siguientes:

- Los órganos de información de otros Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo;
- Las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la LDT que vayan a desplazar trabajadores a España o por las asociaciones empresariales que representen los intereses de tales empresas;
- Por los destinatarios de la prestación de servicios transnacional o por las asociaciones que los representen;
- Y por los trabajadores desplazados a España o que vayan a serlo o por los sindicatos u otros órganos de representación de los trabajadores.

La información podrá solicitarse y suministrarse, según expresa el artículo 7.3 de la LDT, por cualquier medio, incluidos los electrónicos, informáticos y telemáticos, siempre que permita la adecuada identificación del solicitante de la información, del lugar o lugares del desplazamiento dentro del territorio español y de la prestación de servicio que se va a realizar en España.

**6. Obligaciones de los empresarios que reciban en España la prestación de servicios de trabajadores desplazados.**

Las empresas que reciban en España la prestación de servicios de los trabajadores desplazados y las empresas usuarias, al amparo de la LDT, asumirán, respecto a dichos trabajadores, las obligaciones y responsabilidades previstas en la legislación laboral española para tales supuestos, con independencia del lugar en que radique la empresa de trabajo temporal o la empresa prestataria de los servicios. Con relación a las empresas que reciben una prestación de servicios, esta regla significa que las empresas establecidas en España que contraten con una empresa prestadora de servicios que, como consecuencia de ello, desplace trabajadores a España, tendrán respecto a dichos trabajadores desplazados las obligaciones y responsabilidades que la legislación española atribuyen al empresario principal o comitente.

**7. Obligaciones formales de los empresarios que desplacen trabajadores a España: comunicación del desplazamiento y de comparecencia.**

➤ **Comunicación del Desplazamiento.**

El artículo 5.1 de la LDT, señala que los empresarios que desplacen trabajadores a España, en el marco de una prestación de servicios transnacional, deberán comunicar el desplazamiento, antes de su inicio y con independencia de su duración, a la autoridad española competente por razón del territorio donde se vayan a prestar los servicios, salvo

que se trate de desplazamientos de duración inferior a ocho días exceptuados de la aplicación del régimen de vacaciones anuales retribuidas y cuantía del salario. En efecto, respecto a este último aspecto, el artículo 3.3 de la LDT, establece que las condiciones de trabajo contempladas en la legislación española, relativas a las vacaciones anuales y a la cuantía del salario no se aplican en los desplazamientos cuya duración no exceda de ocho días.

Lo anterior significa que la excepción mantiene vocación aplicativa respecto a los dos primeros supuestos regulados en el artículo 2.1 de la LDT, o sea, aquél desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa, en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios, cuando dicho destinatario esté establecido o que ejerza su actividad en España; y aquél desplazamiento de un trabajador a un centro de trabajo de la propia empresa o de otra empresa del grupo del cual forma parte. En consecuencia, los desplazamientos realizados por una empresa de trabajo temporal no están sujetos a una duración mínima, por ende no le es aplicable dicha excepción.

➤ Contenido de la comunicación del desplazamiento.

De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 5.2 de la LDT, la comunicación de desplazamiento contendrá lo siguiente:

- a. La identificación de la empresa que desplaza al trabajador.
- b. El domicilio fiscal de dicha empresa y su número de identificación a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- c. Los datos personales y profesionales de los trabajadores desplazados.

- d. La identificación de la empresa o empresas y, en su caso, del centro o centros de trabajo donde los trabajadores desplazados prestarán sus servicios.
- e. La fecha de inicio y la duración previstas del desplazamiento.
- f. La determinación de la prestación de servicios que los trabajadores desplazados van a desarrollar en España con indicación del supuesto que corresponda.

La autoridad deberá informar a la Inspección del Trabajo y Seguridad Social y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, oportunamente, de las comunicaciones de desplazamiento que hubiera recibido, según lo manda el artículo 5.6 de la LDT. El incumplimiento de la obligación de comunicación del desplazamiento puede acarrear responsabilidades administrativas, por infracciones muy graves, infracciones graves o infracciones leves. La ausencia de comunicación del desplazamiento, o la falsedad u ocultación de los datos contenidos en la misma, son consideradas como infracciones muy graves, según lo establecido por el artículo 13.3 de la LDT; mientras que la presentación de la comunicación una vez iniciado ya el desplazamiento, se concibe como una infracción grave, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 13.2 de la LDT; como infracciones leves se tipifican los defectos formales en la comunicación del desplazamiento.

➤ **Deber de Comparecencia.**

Los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la LDT deberán comparecer, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la oficina pública designada al efecto y aportar cuanta documentación les sea requerida para justificar el

cumplimiento de la LDT, incluida la documentación que acredita su constitución como empresa.

#### **8. Desplazamientos Transnacionales y Representación de los Trabajadores desplazados.**

Las reglas establecidas en la LDT, en materia de representación de los trabajadores desplazados, son las siguientes:

- Quienes de conformidad con sus legislaciones o prácticas nacionales, ostenten la condición de representantes de los trabajadores desplazados a España podrán ejercer acciones administrativas o judiciales en los términos reconocidos a tales representantes por la legislación española;
- Los representantes de los trabajadores de las empresas que reciban en España la prestación de servicios de los trabajadores desplazados, en el marco de la propia LDT, tendrán respecto de dichos trabajadores las competencias que les reconoce la legislación española, con independencia del lugar en que radique la empresa prestataria de servicios.

#### **9. Condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores de empresas establecidas en España desplazados por las mismas a Estados miembros de la Unión Europea.**

Tal y como hemos expresado en párrafos precedentes, la libre circulación en el marco de la Unión Europea, supone que una empresa auxiliar española pueda ser contratada por una empresa comitente no española para la prestación a la misma en su territorio de un determinado servicio, hipótesis en las cuales los trabajadores de empresas establecidas en España desplazados temporalmente al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico

Europeo, en el marco de una prestación de servicios transnacional, tienen derecho a que sus empresas les garanticen las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 1996/71/CE, sin perjuicio de que se le apliquen condiciones más favorables derivadas de la legislación aplicable a su contrato de trabajo, de los convenios colectivos o en los contratos individuales.

#### **10. Información sobre las condiciones aplicables a los trabajadores desplazados.**

Cuando una empresa manifieste su interés en el desplazamiento temporal de trabajadores a uno de los Estados miembros de la Unión Europea o a uno signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, podrán acudir, para informarse de las condiciones de trabajo que deberán garantizar: a los órganos competentes en materia de información de tales Estados; o a los órganos de la Administración Laboral española, que dará traslado al órgano competente del estado correspondiente de las peticiones de información recibidas, informando de ello al solicitante. En éste último caso, cuando la Administración Laboral reciba esta información directamente de los órganos competentes de otros estados, la pondrá, asimismo, en conocimiento de los solicitantes, de acuerdo a la disposición adicional 1ª.2 in fine de la LDT.

#### **11. Infracciones y Sanciones Administrativas.**

De acuerdo a la disposición adicional 1ª.3 de la LDT, se configura como una infracción administrativa las acciones u omisiones de los empresarios establecidos en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores que constituyan un incumplimiento de las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la citada Directiva 1996/71/CE, tipificadas por la legislación española.

**2.2.7.2.11 La Subcontratación en el Sector de la Construcción en el Derecho Español.**

**a) Marco Normativo y Ámbito de Aplicación.**

La normativa referida a la subcontratación en el sector de la construcción, además de la general, aplicable también al mismo, aparece regulada, principalmente, por las siguientes disposiciones específicas: Ley 32 de 18 de octubre de 2006, por la cual se regula la subcontratación en el sector de la construcción; sus normas reglamentarias, materializadas en el Real Decreto 1109 de 24 de agosto de 2007, modificado por los Reales Decretos 327 de 13 de marzo de 2009 y 337 de 19 de marzo de 2010; Real Decreto 1627 de 24 de octubre de 1997 por el cual se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción; Real Decreto 171 de 30 de enero de 2004, por el que se desarrolla en el artículo 24 de la LPRL en materia de coordinación de actividades empresariales.

Con relación al **Ámbito de Aplicación**, la Ley 32 de 18 de octubre de 2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, se aplica a los trabajos que enunciamos a continuación:

- a. Excavación.
- b. Movimiento de tierras.
- c. Construcción.
- d. Montaje y desmontaje de elementos prefabricados.
- e. Acondicionamientos o Instalaciones.
- f. Transformación.
- g. Rehabilitación.
- h. Reparación.
- i. Desmantelamiento.
- j. Derribo.
- k. Mantenimiento.
- l. Conservación y trabajos de pintura y limpieza; y
- m. Saneamiento.

La ley 32 de 2006, en su artículo 3, contiene una serie de definiciones que determinan el alcance de algunos conceptos, para los efectos de la propia ley. En ese orden de ideas, se indica lo siguiente:

- **Obra de construcción**: se entiende por tal cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil.
- **Promotor**: tiene esa condición cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realiza la obra. Este puede ser, a su vez, empresario principal o contratista, si realiza directamente la totalidad o una parte de la obra.
- **Dirección facultativa**: Identifica al técnico o técnicos competentes designados por el promotor, encargados de la dirección y del control de la ejecución de la obra.

- **Contratista o Empresario Principal**: es la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.
- **Subcontratista**: es la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Con relación a esta figura, la Ley 32 de 2006 contempla diversas modalidades: un primer subcontratista, cuyo comitente es el contratista, y un segundo subcontratista, cuyo comitente es el primer subcontratista.
- **Trabajo Autónomo**: es la persona física, distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, asumiendo contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista, el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, siempre que no utilice en la obra trabajadores por cuenta ajena, ya que en tal caso se reputará como contratista o subcontratista, para los efectos de la Ley en estudio.
- **Subcontratación**: se define como la práctica mercantil de organización productiva, en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de la que a él se le ha encomendado.

- **Niveles de contratación**: vienen constituido por cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor.

b) **Requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas.**

La Ley 32 de 18 de octubre de 2006, dispone que las condiciones o requisitos, para participar en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción, **como contratista o subcontratista**, serán los siguientes:

- a. Poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada;
- b. Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial.
- c. Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra; en el caso de los trabajadores autónomos, deben ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado.

El cumplimiento de los requisitos mencionados se acreditará mediante la presentación de una declaración sucinta del representante legal, formulada ante el Registro de Empresas Acreditadas, según lo establece el artículo 4.3 de la Ley 32 de 18 de octubre de 2006.

Con relación a las empresas que pretenden ser **contratadas o subcontratadas** para trabajos de una obra de construcción, además de las exigencias a contratistas y subcontratistas, deberán:

- Acreditar que disponen de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada.
- Estar inscritas en el registro de Empresas Acreditadas.

La Ley 32 en cuestión, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4.3, señala que el primero de los requisitos mencionados se acreditará mediante una declaración, suscrita por el representante legal y formulada ante el Registro de Empresas Acreditadas.

Las empresas cuya actividad consista en ser **contratadas o subcontratadas habitualmente**, para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos definidos reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados **con carácter indefinido** no inferior al 30%, que se establecerá de modo gradual en el 10% (durante los primeros dieciocho meses de vigencia de la Ley); 20% desde el 20 de octubre de 2008 hasta el 19 de abril de 2010; 30%, a partir del 20 de abril de 2010. Se entiende que una empresa contratista o subcontratista es contratada o subcontratada habitualmente, para trabajos en obras de construcción, cuando concurren las siguientes circunstancias establecidas en el artículo 11.2 del Real Decreto 1109 de 2007:

- Que se dedique a actividades del sector de la construcción.
- Que durante los doce meses anteriores haya ejecutado uno o más contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 32 de 2006, con una duración acumulada no inferior a los seis meses.

c) **El Registro de Empresas Acreditadas.**

El Registro de empresas acreditadas tiene como objetivo garantizar el acceso a los datos que reposan en el mismo, asumiendo las funciones siguientes:

- Tramitar las solicitudes de inscripción y renovación, las comunicaciones de variación de datos y solicitudes de cancelación.
- Expedir las certificaciones sobre las inscripciones registrales existentes en cualquier registro, relativas a las empresas contratistas y subcontratistas, a solicitud de éstas o de cualquier otra persona física o jurídica, entidad u organismo, público o privado.
- Dar acceso público a los datos existentes en cualquier registro de empresas acreditadas, salvo las referentes a la intimidad de las personas.
- La custodia y conservación de la documentación aportada por la empresa.

La inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas se llevará a cabo de oficio, por la autoridad laboral competente, de acuerdo al artículo 4.2 in fine de la Ley 32 de 2006, sobre la base de la correspondiente declaración del representante legal del empresario, respecto al cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos a las empresas contratistas y subcontratistas o que pretendan ser contratadas o subcontratadas.

La inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas, que será única y tendrá validez en todo el territorio español, tendrá como efecto inmediato el de permitirle a las empresas intervenir en la subcontratación en el Sector de la Construcción como contratistas o subcontratistas. La inscripción tendrá validez de tres años y **puede renovarse** por igual periodo, dentro de los seis meses anteriores a su expiración. Con relación a **la comunicación de las variaciones de los datos** identificativos de la empresa incluidos en la solicitud, ésta debe llevarse a cabo dentro del mes siguiente al hecho que las motiva. **La cancelación de la inscripción** puede realizarse de oficio o a solicitud de

parte, debido a que la empresa haya cesado en la actividad que haya determinado su inclusión en el Registro o deje de cumplir los requisitos exigidos legalmente para la inscripción, según el caso, de acuerdo al artículo 7.2 del Real Decreto 1109 de 2007.

El incumplimiento de los deberes de acreditación y registro genera diversas consecuencias o efectos jurídicos. Entre los más destacables cabe mencionar el contemplado en el artículo 4.2 de la Ley 32 de 2006, que **le atribuye la responsabilidad solidaria** tanto del subcontratista que hubiera contrato incurriendo en dicho incumplimiento como del correspondiente contratista, con relación a las obligaciones laborales y de seguridad social derivadas de la ejecución del contrato.

d) Límites a la Subcontratación en cadena.

La Ley 32 de 2006, proclama, como regla general, en concordancia con la jurisprudencia, sobre la legitimidad de la descentralización productiva que, en cuanto forma organizativa, la subcontratación no podrá ser limitada, no obstante, su artículo 5.2 contempla ciertas reglas limitativas de los niveles de subcontratación admisibles en su ámbito de aplicación:

- El promotor podrá contratar directamente con cuantos contratistas estime oportuno, ya sea persona física o jurídica;
- Cada contratista o empresario principal podrá contratar con las empresas subcontratistas o trabajadores autónomos la ejecución de los trabajos que hubiere contratado con el promotor;
- El primer y segundo subcontratista podrá subcontratar la ejecución de los trabajos que, respectivamente tenga contratados, salvo aquellos subcontratistas cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, las cuales tienen prohibida la subcontratación de las tareas que les haya encomendado el comitente.

- El tercer subcontratista no podrá subcontratar los trabajos que hubiera contratado con otro subcontratista o trabajador autónomo.
- El trabajador autónomo no podrá subcontratar los trabajos a él encomendados no a otras empresas subcontratistas ni a otros trabajadores autónomos.

Excepcionalmente, esto es, por casos fortuitos debidamente comprobados, por exigencias de la especialización en el trabajo, por complicaciones técnicas de la producción o por circunstancias de fuerza mayor, se puede extender la subcontratación en un nivel adicional al previsto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5.1 de la Ley 32 de 2006. Los trabajadores autónomos y los subcontratistas cuya organización productiva consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra sólo podrán acogerse a dicha excepción debido a circunstancias de fuerza mayor, según lo señala en artículo 5.2 de la Ley 32 de 2006.

La ampliación o subcontratación adicional deberá, previamente, ser aprobada por la Dirección facultativa, ente que hará constar, además, las causas o motivos de la misma en el Libro de Subcontratación, contemplado en el artículo 5.3 de la Ley 32 de 2006. El contratista está obligado a comunicar la adición, según lo establece el artículo 5.4 de la Ley mencionada:

- 1) Al coordinador de seguridad y salud y a los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas incluidas en el ámbito de ejecución de su contrato que figuren en el Libro de Subcontratación;
- 2) A la autoridad laboral competente mediante la remisión, en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a su aprobación, de un informe en el que se indique las circunstancias de su necesidad y de una copia de la anotación adecuada en el Libro de Subcontratación.

e) **Libro de Subcontratación.**

El artículo 8.1. 1º de la Ley 32 de 2006 y el artículo 13 del Real Decreto 1109 de 2007, regulan la obligación que tienen los contratistas, con carácter previo a la subcontratación o con un subcontratista, trabajador autónomo de parte de la obra contratada, de obtener un Libro de Subcontratación por cada obra de construcción incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 32 de 2006. El Libro de Subcontratación será habilitado o verificado por la autoridad laboral competente. El Libro de Subcontratación contendrá, por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos y con anterioridad al inicio de los mismos, la información siguiente, según lo preceptuado en el artículo 8.1. 2º de la Ley 32 de 2006:

- Todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en una determinada obra con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos, su nivel de subcontratación y la empresa comitente;
- El objeto de su contrato, con la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontrato y, en su caso, de los representantes legales de los trabajadores de la misma;
- Las respectivas fechas de entrega de la parte del plan de seguridad y salud que afecte a cada empresa subcontratista y trabajador autónomo, así como las instrucciones elaboradas por el coordinador de seguridad y salud para marcar la dinámica y desarrollo del procedimiento de coordinación establecido,
- Las anotaciones relativas a la aprobación de cada subcontratación adicional.

Con relación al acceso al Libro de Subcontratación, el artículo 8.1.2º señala que lo tendrán: el promotor, la dirección facultativa, el coordinador de seguridad y salud en fase

de ejecución de la obra, las empresas y trabajadores autónomos intervinientes en la obra, los técnicos de prevención, los delegados de prevención, la autoridad laboral y los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas que intervengan en la ejecución de la obra.

➤ **La Obligación de Vigilancia de las Empresas Contratistas y Subcontratistas.**

Las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 32 de 2006, deberán vigilar el cumplimiento de lo en ella dispuesto por parte de las empresas subcontratistas y trabajadores autónomos con que contraten, en especial, lo relativo a las limitaciones en el número de escalones de subcontratación regulados en la Ley.

**2.2.7.3 La Subcontratación en el Derecho Internacional del Trabajo.**

La conceptualización y definición del término “subcontratación empresarial”, tal como hemos señalado en líneas anteriores, no ha sido un tema que haya gozado de un amplio consenso doctrinal en el derecho laboral, y de ello da cuenta la Organización Internacional del Trabajo, cuando en su seno se malogró la adopción de un Convenio Internacional sobre el trabajo en régimen de subcontratación, debido, más que todo, a las discrepancias que surgieron en torno al alcance de dicho concepto. En efecto, los delegados que acudieron a la reunión anual de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1998, no lograron concitar sus voluntades en torno a la adopción de un Convenio o una Recomendación relativa al trabajo en régimen de subcontratación, tema que el

Consejo de Administración de la OIT, por decisión adoptada por consenso, en su reunión N° 262, de marzo-abril de 1995, había incluido en el Orden del Día, para la 85ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, a celebrarse en 1997.

Sobre el particular, (DONO, 1997, pág. 62 y sgts)<sup>cxiv</sup> y (AMEGLIO, 2000)<sup>cxv</sup>, destacan las discrepancias que, en función de su adopción, se escenificaron en la Conferencia N° 85 de la Organización Internacional del Trabajo, entre empleadores y trabajadores, argumentando los primeros en torno a la dificultad de “dar una definición del trabajo en régimen de subcontratación” ya que “era esencial conservar la libertad” de acudir a esa figura sin limitaciones; mientras que el sector de trabajadores estimaba necesario “limitar la posibilidad a recurrir al trabajo en régimen de subcontratación y, en consecuencia, propugnaba por la adopción de un convenio “que reconozca los problemas, obligue a los gobiernos a tomar medidas para prevenir el recurso al trabajo en régimen de subcontratación con el sólo objeto de eludir las leyes laborales, e inste a los gobiernos a extender la protección que otorga a los trabajadores permanentes a los trabajadores en régimen de subcontratación, que realizan trabajos similares en condiciones similares a las de aquellos”. La OIT, con el propósito de lograr un acuerdo en la temática en cuestión, confeccionó un **Proyecto de Convenio en 1997**, el cual definió el trabajo en régimen de subcontratación, como:

“todo trabajo desempeñado para una persona física o jurídica (designada como empresa usuaria) por una persona (designada como “trabajador en régimen de subcontratación”), en virtud de un acuerdo contractual distinto de un contrato de trabajo con una empresa usuaria, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas con respecto a dicha empresa usuaria que sean análogas a las que caracterizan una relación de trabajo, según la legislación y la práctica nacionales”.

Paralelamente, se elaboró un **Proyecto de Recomendación** en la materia, que introdujo una definición de subcontratista, en los siguientes términos:

“Por subcontratista se define a toda persona física o jurídica que realiza un trabajo para una empresa usuaria en virtud de un acuerdo contractual celebrado con ésta, distinto de un contrato de trabajo”.

(AMEGLIO, 2000, pág. 409)<sup>CXXVI</sup>, advierte de las dificultades que se derivan de tal definición, y en lo que se refiere al trabajo en régimen de subcontratación, señala que una de ellas radica en que “la relación contractual entre el trabajador en régimen de subcontratación y la empresa usuaria (es decir, quien se beneficia en forma directa con el trabajo) es distinta a un contrato de trabajo. Si bien se especifica que no hay relación de trabajo, no se explicita el tipo de relación a que da lugar esta figura”. Por otro lado, el texto del Proyecto califica, a los términos dependencia y subordinación, de “análogos a las que caracterizan a una relación de trabajo”, lo cual denota que “hay una relación de semejanza entre cosas distintas”<sup>CXXVII</sup>, en consecuencia, se concluye que la relación no tiene naturaleza laboral.

Una segunda propuesta de definición de la frase “trabajo en régimen de subcontratación” surge en el debate en estudio, no obstante, corre igual suerte que su predecesora, toda vez que, en lugar de despejar los desaciertos de la primera, introdujo nuevas complejidades. (AMEGLIO, 2000)<sup>CXXVIII</sup>, sintetiza los caracteres de esta segunda propuesta, señalando las contradicciones implícitas en ella, destacando que primero se especifica que el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación de manera

personal, resaltando la prestación personal del trabajador, respecto a la empresa usuaria y, se mantiene, en la definición, que tal trabajo personal se debe prestar **en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas**, respecto de la empresa usuaria, y seguidamente, conserva la confusa aclaración de que esa relación entre el trabajador y la empresa usuaria es en condiciones “análogas” a las que caracterizan la relación de trabajo.

Este autor afirma, con acierto, que este es el punto clave de la contradicción, puesto que los elementos que determinan en la actualidad la existencia del contrato o de la relación de trabajo son precisamente la subordinación y la dependencia. Es evidente, que la iniciativa de la OIT, se ubica en una posición intermedia, entre el trabajo independiente cuyos negocios jurídicos se regulan por normas civiles o mercantiles, y el trabajo dependiente amparado por el derecho laboral “que al no poder conceptualizarse con suficiente claridad podría derivar a la peligrosa conclusión que lo que efectivamente se está regulando es el trabajo dependiente clandestino o fraudulento”, en función de evadir la tutela del derecho del trabajo.

#### **2.2.7.4 La Subcontratación en el Derecho Laboral Panameño.**

##### **2.2.7.4.1 Delimitación Conceptual de Contratista y Subcontratista.**

Para (MURGAS & TORRES, 2002)<sup>CLXXV</sup>, en el plano nacional, el contratista “es la persona que, poseyendo organización empresarial propia, realiza un trabajo por encargo de otra empresa. El **subcontratista** es aquél que ejecuta una obra o parte de ella por

cuenta de otra persona (el contratista), que a su vez la realiza para un tercero. Al igual que el contratista, el subcontratista debe poseer organización empresarial propia”.

La cualidad o categoría de contratista o subcontratista, en el ordenamiento laboral panameño, viene configurada por la circunstancia de poseer elementos materiales propios y recursos humanos bajo su dependencia, esto es, “capital, equipo, dirección y otros elementos propios”, para llevar cabo el objeto del contrato. En efecto, el Tribunal Superior de Trabajo<sup>xxxx</sup>, mediante **Sentencia de 8 de septiembre de 1982**, señaló, respecto a la noción y alcance del término “contratista”, lo siguiente:

“(…) la figura del contratista ha sido estudiada en el derecho laboral por haber sido utilizada para desconocer los derechos de los trabajadores; tras ella se encubrían reales prestaciones de servicio personal y se hacían aparecer como la existencia de una persona; ya natural o jurídica, que trabajaba por su cuenta propia, por sus propios riesgos y personal propio. Es por ello, que hoy se exige para que se realice la figura del contratista que éste cuente realmente con elementos propios, que ejecute su labor con sus propios elementos “capital, dirección y otros elementos propios (...) y se establece la solidaridad entre contratista, subcontratista y el beneficiario de la obra para impedir la burla de los derechos de los trabajadores, que es lo que el Derecho del Trabajo pretende (...) ello sirve asimismo para concluir que la expresión señalada en la cláusula primera sobre que el contratista se obliga por su propia cuenta y riesgo es falaz. No puede haber “propia cuenta y riesgo”, para quien en la ejecución del trabajo no aporta otra cosa que su fuerza de trabajo; no pone capital... no pone equipo... no pone herramientas”

Los autores citados, sostienen, además, que, con relación a los subcontratistas, éstos han sido asimilados jurisprudencialmente a la figura del intermediario y en sustento se apoyan en el contenido de la Sentencia de 12 de mayo de 1976, emitida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la cual mantuvo un trato intercambiable entre ambos conceptos. No obstante, aclaran que “el auténtico subcontratista en la legislación

panameña, que lo considera empleador por disponer de elementos propios y autonomía, es aquél que, por cuenta del contratista, realiza una parte de la obra contratada”.

Tal y como sostuvimos en párrafos precedentes, la figura del intermediario no debe ser asimilada a la de subcontratista, debido más que todo al objeto específico que subyace en la intermediación, consistente en colocar al trabajador bajo la dependencia o subordinación del empleador, agotándose así su finalidad, no siendo de la esencia el poseer elementos o recursos propios para ejecutar ninguna actividad del empleador, aspecto que lo distingue del subcontratista y así se deduce del contenido del artículo 89 del Código de Trabajo. En efecto, esta disposición, en lo pertinente, señala que:

“No serán considerados como intermediarios, sino como empleadores, los contratistas, subcontratistas y demás empresas establecidas que contraten los servicios de trabajadores para la ejecución de trabajos, en beneficio directo de terceros, con capital, equipo, dirección y elementos propios”

En complemento de lo expuesto, se sostiene<sup>xxxxi</sup> que los subcontratistas “se encargan de realizar trabajos u obras por cuenta del contratista”, condición ésta que la hace derivar del hecho de que gocen de autonomía y posean elementos propios para realizar la obra o servicio contratado, siendo el subcontratista el empleador de sus propios trabajadores, respondiendo, en consecuencia, por las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo.

La figura de la subcontratación ha sido objeto de un uso proliferado para hacerle frente a la realización de obras o servicios que una empresa decide no llevarlas a cabo a lo interno de su organización productiva. La experiencia que se ha obtenido de estas prácticas ha ocasionado que diversas personas naturales o jurídicas asuman estos roles,

sin poseer la capacidad ni los recursos humanos y materiales propios para la ejecución de las tareas encomendadas por un tercero, trayendo como efecto inmediato la vulneración de los derechos, salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores contratados y, de igual manera, incidiendo gravemente en el ejercicio del derecho a la libertad sindical.

El contexto descrito generó la emisión del Decreto Ejecutivo N° 17 de 20 de mayo de 2009, por el cual se reglamentó el artículo 89 del Decreto de Gabinete N° 252 de 30 de diciembre de 1971 (Código de Trabajo) y se tomaron medidas con relación a los subcontratistas. El extenso texto del artículo 89 dice lo siguiente:

“ART. 89. Intermediario es toda persona que contrata o interviene en la contratación de los servicios de otra u otras para ejecutar algún trabajo en beneficio de un empleador.

No serán considerados como intermediarios, sino como empleadores, los contratistas, subcontratistas y demás empresas establecidas que contraten los servicios de trabajadores para la ejecución de trabajos, en beneficio directo de terceros, con capital, equipo, dirección y elementos propios. No obstante, el beneficiario directo de los trabajos prestados u obra ejecutada será solidariamente responsable con el contratista, el subcontratista y demás empresas establecidas, del cumplimiento de las obligaciones pendientes a favor de los trabajadores, cuando se trate de trabajos u obras inherentes, relacionados o conexos con el giro de las actividades del beneficiario, aun cuando el subcontrato fuere expresamente prohibido en el negocio jurídico celebrado entre beneficiarios y contratistas.

En todo caso el contratista será solidariamente responsable con todos los subcontratistas de las obligaciones que éstos tuvieren pendientes con los trabajadores.”

#### **2.2.7.4.2 Teorías en torno al alcance del concepto.**

En este apartado, resulta conveniente destacar que la doctrina iuslaboralista, según apuntamos en párrafos precedentes, se manifiesta dividida en torno al alcance del concepto de subcontratación, y en tal sentido, subsisten dos posiciones fundamentales: **una restringida**, que asimila la concepción civilista del subcontrato y, mediante una versión matizada de la misma, exige la existencia de un encargo base<sup>CXXXII</sup>, la cual presupone necesariamente la coexistencia de dos contratos: uno denominado principal o base y otro derivado o secundario, denominado subcontrato, integrándose tres sujetos o partes en la estructura negocial, puesto que uno de ellos forma parte de los dos negocios, en el contrato y en el subcontrato. Se advierte que el contrato derivado o subcontrato deben tener el mismo contenido económico y la misma naturaleza jurídica que el contrato principal o base, considerando la inversión de posición jurídica que asume el sujeto interviniente en ambos negocios. **La posición amplia** tiene como argumento principal que el término subcontratación hace referencia a las situaciones de descentralización productiva en sentido propio, que asumen la forma de contratos civiles de prestación de servicios, utilizándose el concepto como equivalente a los fenómenos de externalización de servicios y de descentralización productiva de la empresa.

#### **2.2.7.4.3 Tesis subyacente en nuestra Legislación.**

En el plano nacional poco se ha desarrollado respecto al tema, salvo las expresiones manifestadas por los autores inicialmente mencionados. Sin embargo, del contenido del artículo 89 del Código de Trabajo pareciera desprenderse que se sigue un concepto amplio, esto es, la que ve en la subcontratación una manifestación de externalización

**de servicios o descentralización productiva de la empresa**, ya que se contempla la existencia de la subcontratación toda vez que una empresa contrate o subcontrate a otra para realizar servicios, **parte de la obra a entregar o para cumplir tareas pertenecientes a su giro normal, inherente o conexo**, por razones de su especialidad, complementariedad o similares, excepcionando, sólo para efectos de la determinación del régimen de responsabilidad aplicable, a las subcontrataciones de labores inherentes al giro de las actividades del beneficiario, situación a la que le adscribe responsabilidad solidaria tanto a contratistas como a subcontratistas y demás empresas establecidas.

El **Decreto Ejecutivo N° 17 de 20 de mayo de 2009**, normativa reglamentaria del artículo 89, no introduce elementos que varíen la amplitud del concepto de subcontratación inmerso en la estructura del precepto principal, puesto que contempla como objeto de la misma, tanto a la ejecución de obras y servicios, sin distinguir entre actividades principales o accesorias, periféricas o inherentes al giro normal del contratante.

En puridad, la reglamentación se limita a regular dos aspectos fundamentales: **las atribuciones de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo y la verificación de los indicadores que identifiquen al contratista, subcontratista o beneficiario del servicio o de la obra ejecutada**. Se reafirma en esta normativa, a través del artículo Segundo, la exigencia a los subcontratistas de:

- Que cuenten con capital, equipo, dirección y recursos financieros propios para llevar a cabo la obra o servicio contratado.

- Que Tengan la capacidad para responder por las obligaciones laborales con los trabajadores que contraten.
- Que no se trate de suministro de mano de obra ilegal, en violación del artículo 94 del Código de Trabajo.
- Que están desempeñando trabajo exclusiva o principalmente en beneficio de otra compañía, en cuyo caso aplicarán las disposiciones del artículo 90 del Código de Trabajo.

#### **2.2.7.4.4 Rol de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo.**

Tal y como hemos señalado, se trata de enunciar las atribuciones de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, de tal manera que éste organismo tendrá las función de determinar que un subcontratista u otra empresa que contrate servicios de trabajadores reúne las condiciones mencionadas. De lo contrario, se procede a elaborar un informe en el cual consten los hallazgos encontrados, en especial, la identificación del contratista, subcontratista o al beneficiario del servicio o de la obra ejecutada, que sirva de prueba a los trabajadores para determinar quién es o quiénes son el o los verdaderos empleadores, según lo establecido en los artículos 87, 89 y 90 del Código de Trabajo, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de todos, respecto a las obligaciones existentes a favor de los trabajadores.

En tal sentido, la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo expedirá gratuitamente, a solicitud de los trabajadores, copias autenticadas del informe, a todos los trabajadores que hayan laborado con el subcontratista o con el contratista principal,

reporte que podrá ser utilizado como evidencia durante un proceso de conciliación administrativa o un proceso judicial. De forma similar se procederá en los casos de inspección para determinar el cumplimiento o la violación, según el caso, de los artículos 94 y 95 del Código de trabajo, normas que hacen referencia a la cesión ilegal de trabajadores y su excepción condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos expresamente señalados en el Código de Trabajo, de acuerdo con el artículo Tercero del Decreto Ejecutivo en estudio.

Otra de las facultades reconocidas a la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo es la de citar a los intervinientes en la cadena de subcontratación. En efecto, el artículo Cuarto del Decreto Ejecutivo 17 de 20 de mayo de 2009, le otorga la atribución de citar al contratista, subcontratista y demás empresarios que contraten los servicios de trabajadores a fin de comprobar el cumplimiento por parte del subcontratista de todas las obligaciones laborales indicadas en el Decreto.

Los infractores de la normativa reglamentaria, por incumplimiento de las obligaciones laborales en perjuicio de los trabajadores, podrán ser sometidos al proceso de falta de contratista, a los subcontratistas y demás empresas que contraten los servicios de trabajadores, para que la Dirección General de Trabajo reciba los descargos y, comprobado el hecho, se les apliquen las sanciones correspondientes. Igual procedimiento se aplicará en caso de incumplimiento con las disposiciones del Decreto Ejecutivo, el Código de Trabajo y demás normas laborales.

Finalmente, el Decreto Ejecutivo N° 17 de 20 de mayo de 2009, legitima a cualquier trabajador para presentar las quejas respectivas ante la Sección de Conciliación y

mediación Colectiva de la Dirección General de Trabajo, sujetándose al procedimiento regulado en la Ley 53 de 28 de agosto de 1975, o formalizar su demanda ante los tribunales competentes según la materia: los juzgados seccionales de trabajo, las juntas de conciliación y decisión.

El Decreto Ejecutivo N° 17 de 20 de mayo de 2009, alude también a los elementos que integran el concepto de capital, equipo, dirección y recursos financieros propios, incluyendo a los indicadores siguientes:

- Existencia de contrato de trabajo escrito, cuando la ley así lo exija;
- Registro de dichos contratos de trabajo en el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral;
- El cumplimiento de los derechos laborales y sociales a los trabajadores;
- Pago de prestaciones y el salario mínimo legal o convencional;
- Cumplimiento de las disposiciones sobre salud, higiene y seguridad ocupacional;
- Pago de cuotas de seguridad social;
- Supervisión y capacitación de los trabajadores para las labores a realizar, según el contrato;
- Equipo para ejecutar los servicios contratados.

Concluimos este apartado, destacando el régimen de responsabilidad solidaria contemplado tanto en la normativa del Código de Trabajo, como en el contenido del Decreto Ejecutivo N° 17 de 20 de mayo de 2009. En efecto, tal fórmula aparece regulada en los artículos 89, 90, 94 y 95 del Código de Trabajo y en el artículo Primero del Decreto Ejecutivo citado.

#### **2.2.7.4.5 Subcontratación en la Actividad de la Construcción en Panamá.**

Abordamos el estudio de algunos preceptos que hacen alusión al tema de la subcontratación referido a la actividad de la construcción en Panamá. En especial, nos referimos al contenido de la Cláusula N° 5, Título I, Capítulo I, de la Convención Colectiva CAPAC-SUNTRACS<sup>xxxxiii</sup>, vigente en el periodo 2014-2017.

##### **1) Objetivo de la Cláusula:**

De acuerdo a lo expresamente señalado en la Cláusula N° 5 de la Convención Colectiva CAPAC-SUNTRACS, las normas relacionadas con la subcontratación tienen como objetivo “subsana[r] las situaciones de conflicto que se producen entre las empresas miembros de CAPAC y SUNTRACS, con relación a los subcontratistas y el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los mismos”. Con tal propósito las partes acordaron, entre otros asuntos, lo siguiente:

- La elaboración, por la Cámara Panameña de la Construcción (CAPAC), de un modelo de subcontrato típico en el cual se incluirán las cláusulas relativas a la responsabilidad solidaria que asume la Empresa con relación a las obligaciones laborales de los subcontratistas.
- La inclusión, por parte de las empresas que estén dentro del ámbito de aplicación de la Convención, de una cláusula específica donde se establezca la responsabilidad solidaria frente a las obligaciones laborales de sus subcontratistas.

- Las empresas que se rijan por la Convención deberán utilizar subcontratistas de obra que estén debidamente registrados como empleadores en la Caja de Seguro Social y que cuenten con su respectivo número patronal.

Las disposiciones convencionales transcritas representan, por una parte, la expresión jurídica contenida en el artículo Primero del Decreto Ejecutivo N° 17 de 20 de mayo de 2009, cuya parte pertinente señala lo siguiente:

“(…) En desarrollo de lo previsto en el artículo 89 del Código de Trabajo, se dispone que los contratistas principales que utilicen a otra persona natural o jurídica para llevar a cabo una obra, o parte de una obra, que aquellos se comprometieron a realizar, deberán señalar expresamente en el subcontrato la obligación del subcontratista de cumplir con todas las obligaciones laborales a cargo de los empleadores, consignadas en el Código de Trabajo y otras disposiciones legales y convencionales...” (Resaltado nuestro)

“Lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad solidaria que por mandato del Código de Trabajo tiene el contratista principal para con las obligaciones que los subcontratistas tuvieren pendientes con sus trabajadores” (Resaltado nuestro)

Y, por la otra, se incorporan en el texto convencional las normas que contemplan las hipótesis de responsabilidad solidaria reguladas en los artículos 89, 90 y 94 del Código de Trabajo.

- La Empresa que se rija por la presente Convención Colectiva deberá utilizar subcontratistas de obra que estén debidamente registrados como empleadores en la Caja de Seguro Social y que cuenten con su respectivo número patronal.

La cláusula citada guarda estrecha relación con el contenido del Reglamento General de Afiliación e Inscripción de Empleadores, aprobado, por la Junta Directiva de la Caja

de Seguro Social, a través de la Resolución N° 39, 489 – 2007 – JD de 23 de marzo de 2007, publicada en la Gaceta Oficial Digital N° 25783.

Resulta plausible que se legitimen a los subcontratistas que aparezcan debidamente registrados como empleadores en la Caja del Seguro Social y que cuenten con su respectivo número patronal. No obstante, para que tales subcontratistas puedan intervenir en el proceso de subcontratación, a nuestro juicio, se requiere mucho más, por ejemplo, una mayor y eficaz labor de supervisión de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, puesto que la información relativa a la solvencia económica, la posesión de una organización productiva propia y los medios materiales y personales necesarios para desarrollar la actividad contratada y poder hacerle frente a las obligaciones laborales respectivas, no está enlistada en la que debe proporcionarse a la Caja del Seguro Social.

El Reglamento de afiliación e Inscripción tienen como objetivo principal evitar la evasión de las cotizaciones tanto de empleadores como de trabajadores. sin embargo, se requiere, además, tener conocimiento de todas las subcontrataciones que se lleven a cabo en una determinada obra, esto es, el promotor, la descripción de la cadena de subcontratación, el respectivo nivel y sus límites, el objeto de los contratos, identificando la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontratista, el grado de acceso por los trabajadores a tal información, tipificación de las infracciones y las sanciones aplicables en caso de incumplimiento, exigencia de un porcentaje mínimo de trabajadores por tiempo indefinido. En materia de seguridad social la información relativa al Plan de seguridad y salud que afecte a cada empresa subcontratista, a la formación necesaria en prevención de riesgos laborales y poseer una organización preventiva adecuada.

- Queda establecido que el Sindicato o el trabajador afectado, deberá reclamar, en principio, al subcontratista, el incumplimiento de la Convención Colectiva, el pago de las cuotas de seguro social y la cancelación de las prestaciones adeudadas a sus trabajadores. A falta de cumplimiento del subcontratista se aplicará la responsabilidad solidaria, de acuerdo a lo establecido en la cláusula 4 de Responsabilidad solidaria.

La norma convencional contiene en principio **una responsabilidad subsidiaria**, considerando que el sindicato o el afectado deben dirigir su reclamación, en primera instancia, al subcontratista y solo en caso de incumplimiento de éste, pueden encauzar al contratista. La responsabilidad solidaria implica, por el contrario, la posibilidad de accionar indistintamente contra el subcontratista o el contratista, sin embargo, en la hipótesis planteada en la Convención, solo se activa el régimen de responsabilidad solidaria cuando el primero no cumpla la Convención Colectiva, el pago de la cuota de seguro social o la cancelación de las prestaciones adeudadas a sus trabajadores.

- En caso de que un subcontratista de mano de obra, no pague la cuota obrero patronal, cuota sindical y póliza colectiva de vida, la empresa contratista adoptará de inmediato las medidas administrativas necesarias para atender directamente dicha reclamación.

La cláusula pareciera referirse al contrato de suministro de mano de obra temporal, modalidad de descentralización o externalización que, en principio, mantiene prohibición expresa en el artículo 94 del Código de Trabajo y se permite, excepcionalmente, bajo

ciertas condiciones señaladas en el artículo 95 de la misma excerta legal. La redacción está algo confusa, no obstante, presumimos que la frase "...atender directamente dicha reclamación", indica que asumirá los compromisos, mencionados en la cláusula y dejados de cumplir por el subcontratista que incursiona en el ámbito de aplicación del artículo 95 citado.

- De igual forma, el incumplimiento de las disposiciones legales y convencionales por parte del subcontratista de mano de obra, faculta al trabajador o al sindicato a hacer las reclamaciones directas a los contratistas generales o especializados y éstos deberán cumplir con dicha obligación.
- Para todos los efectos legales, los subcontratistas de mano de obra que no cuenten con número patronal de la Caja de Seguro Social, los trabajadores de los mismos se considerarán como trabajadores del contratista general o especializado.

Ambas cláusulas merecen igual comentario que la anterior. En adición, la última de ellas plantea una situación interesante, puesto que ya no se trata de la responsabilidad solidaria entre subcontratistas y contratista, sino más bien de la identificación del empleador, con todas las consecuencias que ello implica para contratista y trabajadores, similar a lo regulado por el artículo 90 del código de Trabajo e, inclusive, podría tipificar el supuesto contenido en el artículo 92, ya que estaría operando de manera fraudulenta, en perjuicio de los derechos de los trabajadores, lo cual legitimaría al sindicato para exigir el cumplimiento de la Convención Colectiva de Trabajo a los accionistas, socios o miembros, de acuerdo a lo establecido en la cláusula 7.

- La empresa comunicará por escrito al Sindicato la terminación de cada subcontrato.

Si bien la información del cese del contrato, por la empresa, incluyéndose en ésta, contratistas y subcontratistas, es necesaria y conveniente, de igual manera el suministro de ella al inicio o previo al comienzo de las labores objeto del contrato cobran mayor importancia e interés, ya que los trabajadores y sus representantes, podrían contar con más elementos de juicio para valorar la idoneidad y solvencia económica del subcontratista.

### **2.3 Descentralización Productiva a través del Teletrabajo.**

#### **2.3.1 Reflexiones Preliminares.**

Durante la época de la revolución industria, el modelo organizativo del trabajo privilegió a la fábrica como escenario tipo de las relaciones de trabajo, con el control inmediato y directo del empleador. Excepcionalmente, coexistían pequeñas unidades periféricas de producción, complementarias del trabajo fabril que fueran conocidas bajo la nominación de trabajo a domicilio.

La idea o planteamiento del teletrabajo tuvo su génesis en Estados Unidos, producto de un estudio de cibernética desarrollado por el profesor N. Wiener, alrededor de los años 60, no obstante, se le atribuye a Jack Nilles la introducción del término “teletrabajo”, quien lo concebía como la forma de “llevar el trabajo al trabajador en vez del trabajador

al trabajo, a través del uso de las nuevas tecnologías y las telecomunicaciones”  
(GONZÁLEZ & LÓPEZ, 1999)<sup>CXXXIV</sup>

La década de los 90 fue testigo de la revolución tecnológica y la expansión extraordinaria de las ciencias de la información y las telecomunicaciones, las cuales dieron nacimiento a una sociedad informática y a novedosas modalidades de trabajo externo a la empresa. Estas adoptan la denominación de teletrabajo para calificar las nuevas formas de trabajo a distancia.

La concepción original del teletrabajo se fundamentó en la creación de una fórmula para crear empleos, adquiriendo, posteriormente, un enfoque social, sirviendo como medio de inclusión de sectores excluidos de la población, en especial, los discapacitados y mujeres con responsabilidad familiar, manifestándose en su evolución normativa, en la década de los 90, como un instrumento más de flexibilidad laboral, constituyéndose en un mecanismo de externalización laboral o descentralización productiva, aspecto último que cobra interés, para los efectos de nuestra investigación.

En efecto, el teletrabajo viene siendo utilizado tanto como mecanismo de flexibilización laboral como de externalización del trabajo, ya que, por una parte, se acude a tal fórmula para facilitar el traslado de empleos menos cualificados a zonas con menor costo salarial, dentro o fuera del país y, adicionalmente, en función de organizar la actividad laboral, la tecnología y los modelos de gestión de la mano de obra, en suma, de la relación de trabajo y, además, se contratan trabajadores autónomos o por cuenta ajena y, por la otra, se da el fenómeno de que servicios que se prestaban a lo interno de la

organización, por trabajadores dependientes, pasan a efectuarse a distancia de ella, por los mismos trabajadores

Las nuevas tecnologías, los medios telemáticos e informáticos, han derivado en importantes transformaciones en el mundo del trabajo, especialmente en la forma como se desarrolla la relación de trabajo, en contraste con el esquema tradicional de prestación de servicios remunerado, continuo, estable, asociado a un lugar físico, a una jornada y a un sistema de promoción previsible, dependiente o por cuenta ajena. De allí que ésta modalidad, además de introducir un ingrediente importante de flexibilización en la organización del trabajo, conlleve transformaciones importantes con relación a la contratación, a los modos y formas que adopta la relación de trabajo, aspectos que, introducidos al debate jurídico, en función de lograr su configuración material, reconducen a la consolidación de la seguridad laboral, cuando se implementa el trabajo, en escenarios distintos al de las organizaciones empresariales tradicionales.

Precisamente, uno de los fenómenos surgido de los avances de las ciencias de la tecnología y de las telecomunicaciones lo constituye, sin lugar a dudas, el Teletrabajo o trabajo a distancia, modalidad que presenta, en torno a su delimitación, enfoques tan diversos como la polisemia ínsita en su propio concepto. De allí que se conciba al teletrabajo, por un lado, desde la perspectiva empresarial, como una forma de organizar el trabajo ordinariamente ejecutado bajo la regulación de la normativa tradicional y, por el otro, como una modalidad contractual moderna que exige una configuración jurídica especial, considerando las singulares características que informan de su contenido.

Inclusive, encontramos voces doctrinarias que lo asimilan, con ciertos matices, al contrato de trabajo a domicilio, tornando más interesante el estudio, de por si complejo.

En nuestro país, la fórmula se ha implementado y, en consecuencia, existen una gran cantidad y modalidades de teletrabajadores que desarrollan su actividad laboral, amparados, unos, por esquemas contractuales atípicos y, otros, ajustados al esquema tradicional de corte fordista, producto de diseños organizativos empresariales, lo cual hace evidente la debilidad en cuanto al potencial peligro de fraudes e irregularidades relacionados con aspectos esenciales en materia de derechos y garantías de aquellos, debido a la ambigüedad reflejada en su tratamiento jurídico que, eventualmente, los coloca en una zona gris que puede significar el desconocimiento de la tutela en sus derechos básicos.

El problema planteado constituye el motor inspirador de este apartado, por medio del cual pretendemos analizar el teletrabajo, caracterizándolo, destacando la insuficiencia de la legislación laboral vigente en su tratamiento y explorando nuevos cauces jurídicos que incluyan, de manera expresa e integral, esta modalidad de prestar el servicio dentro del manto protector del Derecho del Trabajo.

### 2.3.2 Concepto y Definición de Teletrabajo.

La delimitación conceptual del teletrabajo constituye un tema bastante polémico, considerando, como veremos a continuación, la prevalencia que los especialistas le otorgan a uno u otro elemento integrador de la institución jurídica en estudio. Así,

encontramos autores que la definen destacando el uso de las herramientas tecnológicas y de la información, como elemento fundamental del concepto; otros se centran en la condición de aislamiento del teletrabajador con relación a sus compañeros o al centro principal de trabajo.

El concepto de teletrabajo gira en torno a la adecuación en la prestación de servicios utilizando las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (Tics), potenciadas por el auge del comercio internacional y el indudable desarrollo de la ciencia informática. Adicionalmente, subyace la idea de una forma de trabajo flexible, sin la presencia física del trabajador en la empresa, durante un intervalo importante de la jornada de trabajo, de allí que (PÉREZ & XALAMBRI, 2000, Págs. 149-162)<sup>cxv</sup>, sostenga que, pese a no existir una definición única del teletrabajo “todas las definiciones giran en torno a dos elementos fundamentales: que el trabajo se presta a distancia y a través del uso de la informática y las telecomunicaciones” y lo definen como “toda actividad que se realiza fuera de los locales de trabajo de la empresa a través del uso generalizado de herramientas informáticas y de las telecomunicaciones”.

(RASO, 2009)<sup>cxvii</sup>, comparte similar criterio, al precisar que:

“(…) dos son los elementos que presiden el concepto de teletrabajo: en primer lugar, el teletrabajador permanece separado, con carácter permanente o temporal, de su unidad de trabajo (empresario, compañeros), y, en segundo lugar, aquél se vale para la realización y/o transmisión del resultado de su trabajo de medios informáticos y de las telecomunicaciones”

El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito el 16 de julio de 2002, en Bruselas, por los interlocutores sociales (UNICE/UEAPME, CEEP Y CES – incluyendo

representantes del Comité de Enlace CEC/Eurocuadros -), define al teletrabajo de la siguiente manera:

“(…) una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podía ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”

Comentando la definición transcrita, (CAMPS RUIZ, 2011, Pág. 497)<sup>xxxxvi</sup>, señala que el teletrabajo implica, ante todo, la existencia de un contrato o relación de trabajo, o sea, la prestación por un trabajador a un empresario o empleador de una actividad laboral **en régimen de dependencia y ajenidad**, como en cualquier relación laboral y, además, se trata de una concreta modalidad de trabajo en la que el mismo se efectúa fuera de los locales de la empresa, utilizando las tecnologías de la información. Agrega, que esa realización de la actividad laboral fuera de los locales de la empresa no se genera por el tipo de trabajo efectuado, sino que responde a una específica forma de organización y/o de realización del trabajo.

Para describir el teletrabajo, se han utilizado diversos términos, entre ellos, *Telecommuting*, que alude a teledesplazamiento; *networking*, que refiere el trabajo en red; *remote working*, relacionado con el trabajo a distancia, *flexible working*, el cual hace conexión con el trabajo flexible; y *homeworking*, término que hace alusión al trabajo en casa. En el ámbito europeo tienen prevalencia el uso de los términos: *telework*, *télétravail*, *telextrabajo*, *telextrabajo*, etc., polisemia que genera la ausencia de un concepto legal de teletrabajo, que goce del consenso de la comunidad, aunque por la

relación estrecha que presenta con la ciencia informática algunos la han denominado, de manera genérica como “empresa virtual”.

Un sector<sup>cxkxviii</sup> de la doctrina española define el teletrabajo, enfatizando la utilización de herramientas telemáticas y destacando la desaparición del concepto de lugar de trabajo tradicional como entidad fija y estable, en los siguientes términos:

“(…) toda actividad que se realiza fuera de los locales de trabajo de la empresa, a través del uso generalizado de aparatos informáticos y de las telecomunicaciones”

(MARTÍN FLORES, 2003, Págs. 401-425)<sup>cxkxix</sup>, en similar contexto (español), define el teletrabajo, de la forma que detallamos a continuación, como:

“una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de la actividad profesional sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral. Engloba una gama amplia de actividades y puede realizarse a tiempo completo o parcial. La actividad profesional en el teletrabajo implica el uso frecuente de métodos de procesamiento electrónico de la información para el contacto entre trabajador y empresa. No entran en la definición aquellos que de siempre han realizado sus actividad profesional fuera de la empresa ni tampoco los que trabajan en casa sólo ocasionalmente”

(BELZUNEGUI, 2001)<sup>cxl</sup>, define el teletrabajo como:

“(…) la forma de organizar el trabajo de manera que éste se realiza con la ayuda de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones, en un lugar distinto y alejado de las oficinas centrales o de las instalaciones de producción”

Según plantea este autor, el teletrabajo debe cumplir tres condiciones básicas, a saber:

- a. El lugar de trabajo ha de tener una ubicación remota a la sede de la compañía, el cual puede ser el domicilio del trabajador o un entorno cercano a él;

- b. Se utilizan las Tecnologías de la comunicación e Información.
- c. Debe permitir nuevos modos de organización.

**La OIT, por su parte, nos brinda la siguiente definición del teletrabajo:**

“(…) una forma de trabajo que se realiza en un lugar alejado de las oficinas centrales o de las instalaciones de producción, mediante la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación. Un sistema de comunicación que puede ser en tiempo real o diferido, y con una forma de organización que puede ser individual o colectiva y ser llevada a cabo por trabajadores independientes o asalariados”

Más recientemente, en Colombia, la Ley 1221, de 1 de julio de 2008, en el artículo 2º, párrafo 2, lo concibe como:

“una forma de organización laboral que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros, utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – Tics - para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador, en un sitio específico de trabajo”

(LACHMAN, 2002, Págs. 23-41)<sup>cxli</sup>, en el ámbito local, destacando el elemento de la ubicuidad, argumenta que el teletrabajo es:

“(…) el que se realiza a distancia de las oficinas o instalaciones centrales de la parte contratante, y sin necesidad de contacto personal, pues la comunicación se lleva a cabo a través de la nueva tecnología en comunicaciones e informática”

De tales aspectos doctrinarios y legales, podemos conceptualizar que el teletrabajo, en una primera aproximación general, se manifiesta en aquella actividad que se desarrolla, como parte del diseño organizativo empresarial del proceso productivo o derivado de un esquema contractual, sea éste individual o colectivo, fuera del centro principal de trabajo de la empresa, utilizando las tecnologías de la información y de las

comunicaciones. Se trata de una modalidad laboral que se encuentra en un estado incipiente y su configuración legal presenta, por tales razones, un grado importante de dificultad, en función de encuadrarla en los esquemas tradicionales del clásico derecho del trabajo.

Es indudable que los criterios doctrinales descritos, revelan las puntuales diferencias que se manifiestan, en especial, en el grado de importancia que se le otorga a uno (la ubicuidad) u otro (uso de la telemática) elemento que integra el concepto de teletrabajo (PÉREZ&XALAMBRI, 2000, Pág. 151)<sup>cxliii</sup>, prevaleciendo, no obstante, lineamientos comunes (BLANCO, 2011)<sup>cxliiii</sup>, que articulados aportan los rasgos que delimitan conceptualmente la figura en estudio. Éste último autor describe los elementos comunes que, según su tesisura y atento a las opciones doctrinales expuestas, caracterizan al teletrabajo, así:

“(...) el desarrollo de la actividad fuera del recinto de la empresa (...) el uso permanente de algún medio de telecomunicación para el contacto del trabajador y la empresa (...) un cambio en la empresa para la realización del trabajo, es decir, una nueva forma de organizar el trabajo”

Argumenta, el autor citado, que las empresas pueden acudir a variados mecanismos flexibles, en la organización de su proceso productivo, cualidad que caracteriza a los factores reseñados, sobretodo, las herramientas de la información y la comunicación, lo que a su vez, posibilita la implementación de estrategias descentralizadoras en unidades de producción individuales. Este proceso, agrega, transforma el trabajo subordinado, cuyos cambios pudieran vulnerar los derechos de los trabajadores, parte débil de la

relación de trabajo, en materias relacionadas con la negociación colectiva y de seguridad y salud en el trabajo.

### 2.3.3 **Características del Teletrabajo.**

Con relación a las peculiaridades que presenta el teletrabajo se ha acudido a variadas formas de caracterización. Un sector enuncia sus caracteres principales asimilándolos al tema de las ventajas y desventajas que representa su implementación, tanto para la sociedad, como para las empresas y el sujeto que brinda sus servicios bajo ese esquema. Otros, desde la perspectiva contractualista, para caracterizarlo, describen los elementos típicos que configuran el contrato de trabajo y su adecuación al teletrabajo.

(KAHALE, 2003, Pág. 401)<sup>exlv</sup> con el objetivo de caracterizar la figura en estudio, acude a la enumeración de las ventajas y desventajas que representa la adopción del teletrabajo, para empresarios, trabajadores y la sociedad. En este sentido, describe una serie de aspectos negativos y positivos que subyacen en la implementación del teletrabajo. Así, **respecto a la empresa**, sostiene que la implementación del teletrabajo, tiene las siguientes **ventajas**:

- Reducción de costos fijos.
- Mayor productividad del empleado, se incentiva su responsabilidad y creatividad.
- Eliminación del control horario.
- Facilidad de expansión geográfica.
- Eliminación del ausentismo laboral.
- Flexibilidad en la organización.
- Menor índice de conflictividad.

Por el contrario, su puesta en práctica, acarrea **las desventajas** señaladas, a continuación:

- Costo de equipamiento de los elementos tecnológicos.
- Provoca reacciones negativas a los cambios de gestión, lo que implica que se debe instruir al personal acerca de este cambio de paradigma.
- Mayor nivel de supervisión.
- La falta de roce entre los empleados puede afectar el trabajo en equipo.
- Se dificulta la seguridad de la información, por fluir por redes externas a la empresa.

Igual esquema se plantea **para los trabajadores**, los cuales gozan de ciertas ventajas, no obstante, se introducen algunos caracteres que le son adversos. Entre las **ventajas** se citan las siguientes:

- Permite organizarse según sus propias necesidades, es decir, le da mayor autonomía.
- Reducción del tiempo de desplazamiento.
- Mejora la posibilidad de conseguir empleo.
- Mayor calidad de vida.
- La flexibilidad y la integración entre vida familiar y laboral.

Entre las **desventajas**, para el trabajador, tenemos:

- Sensación de aislamiento.
- La falta de supervisión directa puede producir desmotivación.
- Inseguridad por no existir aún una regulación legal del teletrabajo.

Con relación a **la sociedad**, se distinguen las siguientes ventajas y desventajas, en la práctica del teletrabajo. Entre las **ventajas** tenemos:

- Soluciona y facilita el acceso al mercado laboral de grandes colectivos.
- Resuelve los problemas de congestión y embotellamiento de tráfico que sufren las ciudades.

- Reducción de contaminación ambiental.
- Facilita el desarrollo del trabajo desde zonas rurales.
- Contribuye a la inserción al mercado laboral de personas discapacitadas o con responsabilidades domésticas.

Enuncia entre **las desventajas**:

- Disminuye las relaciones sociales entre los individuos.
- Incumplimiento de la respectiva legislación laboral, así como la de seguridad social.

En esa línea argumentativa, es decir, destacando las ventajas y desventajas del teletrabajo, para precisar sus caracteres principales, (PÉREZ&XALAMBRI, 2000, Pág. 150)<sup>cxlv</sup>, sostienen que, **desde el punto de vista empresarial**, se produce la ventaja de disminución del costo locativo, una mejor respuesta a los rápidos cambios, la posibilidad de poder actuar en tiempo real, mayor movilidad y adaptabilidad, aumento de la productividad del trabajador. **Desde la perspectiva del trabajador**, las ventajas radicarían en nuevas oportunidades de empleo para grupos de difícil acceso al mercado, como los discapacitados, mujeres con hijos pequeños a cargo, población de áreas geográficas aisladas o menos desarrolladas.

Las **desventajas** consistirían, según las autoras en estudio, **para el trabajador**: el aislamiento en el que se encuentra el trabajador que, incluso, puede provocar estrés; la falta de contacto directo con sus colegas y las repercusiones que esto conlleva para la actividad gremial y el desdibujamiento de la línea entre trabajo, tiempo libre y responsabilidades familiares, entre otros. **El empresario**, por su parte, tendría la

dificultad en el ejercicio de los poderes de control y al respeto de la intimidad del trabajador.

En términos generales, se plantea que el teletrabajo, tienen incidencia positiva en la sociedad, puesto que contribuye a mejorar el medio ambiente al reducir la cantidad de vehículos circulando, el ahorro energético y minimizar la contaminación ambiental.

Para (CAMPS RUIZ, 2011, Pág. 497)<sup>cxlvi</sup>, desde el enfoque contractualista, el teletrabajo reúne los siguientes **caracteres**, los cuales deduce del contenido del Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo:

- Implica, ante todo, la existencia de un contrato de trabajo.
- Se trata de una concreta modalidad de trabajo en la que el mismo se efectúa regularmente fuera de los locales de la empresa, utilizando las tecnologías de la información.
- La realización de la labor fuera de los locales de la empresa responde a una determinada forma de organización y/o de realización del trabajo.

El autor citado, adiciona otros **indicios** que posibilitan la identificación de la figura del teletrabajo y, en consecuencia, su sometimiento a la normativa laboral:

- Utilización de programa informático confeccionado por la empresa, que ejercía además estricta dirección y verificación de los trabajos informativos a realizar, penalizaba el retraso o incumplimiento del trabajo encomendado.
- Prestación de servicios sin sometimiento a jornada u horarios, en su domicilio, bajo la fórmula del hoy conocido como teletrabajo, con su propio ordenador, pero con programa informático de la empresa, realizando las crónicas por encargo de la empresa y siguiendo sus instrucciones.

Sostiene que el teletrabajo puede adoptar la forma de un contrato de trabajo a domicilio, siempre y cuando se cumplan con dos presupuestos fundamentales, regulados en el artículo 13.1 del Estatuto de Trabajadores españoles:

- 1) Que la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en un lugar libremente elegido por él; y
- 2) Que la actividad se realice sin estar sujeto a la vigilancia del empresario.

En caso de que la actividad se desarrollara fuera de los locales de la empresa, pero también fuera del domicilio del trabajador o en un lugar no elegido libremente por él; o que las tecnologías de información utilizadas fueran de tal naturaleza que permitiera de hecho la efectiva vigilancia de la actividad laboral por parte del empresario, señala el autor, no constituiría supuesto de teletrabajo a domicilio. En apoyo a esta tesis, la jurisprudencia española se ha expresado, a través de **la Sentencia del 11 de abril de 2005**, del Tribunal Supremo (Rec. 143/04), que en lo pertinente advirtió que, en efecto, teletrabajo y trabajo a domicilio no son:

“(…) conceptos coincidentes, porque el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio y porque además puede haber formas de teletrabajo en la que exista una vigilancia empresarial (algunas manifestaciones de trabajo “on line”), aunque este elemento del control pudiera ser hoy menos decisivo en orden a la calificación y en cualquier caso las formas de control a través de las tecnologías informáticas no siempre son equiparables a la vigilancia tradicional, que es la que menciona el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, por referencia a los tipos también tradicionales del trabajo industrial a domicilio. Pero hay formas de teletrabajo que se ajustan al modelo de trabajo a domicilio y en este sentido la doctrina se refiere a un “nuevo” contrato a domicilio vinculado a las nuevas tecnologías frente al “viejo” contrato a domicilio”

Se destaca, igualmente, que la presencia o no de la facultad de vigilancia del empresario, dependerá, en gran medida, de las características de la tecnología de información utilizada en cada caso. Éstas son definidas, aplicadas al teletrabajo, como aquellas que “permiten la comunicación entre el empresario y el trabajador” (CAMPS RUIZ, 2011, Pág. 499)<sup>cxlvii</sup>

(IZQUIERDO, 2006, Pág. 23)<sup>cxlviii</sup>, aludiendo a los criterios que se han esgrimido en la jurisprudencia española, a través de sus escasos precedentes, afirma que las características de esta nueva institución, pueden resumirse de la siguiente manera:

- El operario realiza un trabajo fuera de la empresa, normalmente en el domicilio particular.
- Esto conlleva la modificación de la estructura organizativa tradicional del trabajo y de la empresa, tanto en los aspectos físicos como materiales.
- La utilización de nuevos instrumentos de trabajo, los cuales pueden ser videoterminales, videoconferencia, telefax, etc.
- Una red de telecomunicaciones que permita el contacto entre la sede de la empresa y el domicilio del trabajador.

Desde su punto de vista personal, el teletrabajo reúne los siguientes caracteres, los cuales son más relevantes y comunes a todo tipo de teletrabajo:

- La labor se realiza a distancia, fuera de la empresa, en un lugar escogido por el empleador, el trabajador o por acuerdo de ambos.
- Se requiere de la utilización de medios informáticos o sistemas de comunicación avanzados, con cierta intensidad y continuidad.

(BELZUNEGUI, 2001)<sup>cxlix</sup>, identifica las características del teletrabajo, que mencionamos a continuación:

- Es un tipo de prestación que utiliza las tecnologías de la información y la comunicación *on line* con el empleador y/o con el cliente; y
- Se realiza desde lugares remotos o alejados de la empresa u organización, con los que se tiene vínculos contractuales (no exclusivamente laborales).

#### 2.3.4 Tipología del Teletrabajo.

El teletrabajo ha sido objeto de múltiples expresiones o variantes, atendiendo a las competencias que demuestre tener cada trabajador y la estrategia organizativa que adopte el empleador, adecuándose ambas perspectivas a los conocimientos en Tecnologías de Información y Comunicación (TIC's). En ese sentido, se han propuesto, una variedad importante de criterios y clasificaciones, mediante las cuales se puede adoptar el teletrabajo, así:

- Dependiendo del tipo e intensidad de la conexión utilizada.
- Dependiendo del lugar donde se ejecute la actividad laboral.
- Dependiendo de la frecuencia del trabajo.
- Dependiendo del grado de dependencia.
- Dependiendo de la naturaleza del sujeto que presta el servicio.

Dentro de la primera opción se integra el Teletrabajo *On Line*, el Teletrabajo *Off Line*, el Teletrabajo *One Way Line* y el Teletrabajo *Two Way Line*; en el segundo grupo aparecen el Teletrabajo a Domicilio, el Teletrabajo en Telecentros, el Teletrabajo Combinado, Hotdesking, Hoteling, el Teletrabajo en una oficina satélite, Centros de Trabajos vecinales, el Telecotage, Oficinas Virtuales, el Teletrabajo Móvil. Se incluye en

el tercer criterio al Teletrabajo Primario, el Teletrabajo Sustancial y al Teletrabajo Marginal; según el grado de dependencia suele incluirse el Teletrabajo por cuenta ajena, el Teletrabajo Autónomo y el Teletrabajo Informal; según la naturaleza del sujeto prestador del servicio, suele distinguirse el Teletrabajo Individual y el Teletrabajo Colectivo. Veamos en qué consisten cada una de las expresiones sugeridas:

#### 2.3.4.1 Dependiendo del tipo e intensidad de la conexión utilizada.

- **Teletrabajo On Line**: se trata de aquella forma de teletrabajo caracterizada por el permanente intercambio de información, órdenes de trabajo y resultados, que se llevan a cabo entre trabajador y empleador, a través de una conexión telemática en tiempo real.
- **Teletrabajo Off Line**: la ejecución del trabajo se realiza a través de CD-ROOMS u otros medios tecnológicos y no existe conexión telemática con la empresa.
- **Teletrabajo One Way Line**: bajo esta modalidad el trabajador ejecuta la labor con un terminal conectado al computador o sistema central de la empresa, donde se fluyen los datos, sin posibilidad de control directo por parte de aquél.
- **Teletrabajo Two Way Line**: se trata del teletrabajo interactivo, en el cual el trabajador desarrolla su actividad con un terminal conectado a una red, permitiendo intercambiar la información con la empresa y con los diferentes ordenadores.

2.3.4.2 De acuerdo al lugar donde se ejecute la actividad laboral, se integran las formas de teletrabajo siguientes:

- **Teletrabajo a Domicilio:** consiste en la labor ejecutada por el trabajador en su domicilio, caracterizada por su baja calificación, como entrada de datos, desglose de formularios. Son poco favorables, debido a que los trabajadores se mantienen aislados y excluidos de representación sindical y, a pesar de su condición de dependientes, son tratados como si fueran autoempleados y pagados en función de sus resultados.
- **Teletrabajo en Telecentros:** el trabajo se desarrolla en centros de trabajo utilizados por varias empresas, fundamentalmente pequeñas y medianas empresas, donde se comparten recursos e instalaciones informáticas y de telecomunicaciones. El trabajador no se desplaza de su hogar a la sede de la empresa, ya que presta el servicio en un centro específico, aunque puede laborar en su casa y luego desplazarse al centro eventualmente, para realizar una transmisión especial, por no contar con el equipo necesario, o simplemente para acudir a una reunión de trabajo.
- **Teletrabajo en una Oficina Satélite:** bajo esta modalidad el trabajador ejecuta sus labores en una sede remota del empleador, en una unidad separada, conectada electrónicamente con la sede principal.
- **Teletrabajo Móvil:** no existe un sitio determinado para prestar el servicio. Éste se presta en el lugar donde se encuentre el trabajador, a través de computadoras portátiles con un sistema avanzado para poder realizar su

trabajo en cualquier lugar, puede ser localizado en cada momento y recibir o transmitir información de la oficina central.

2.3.4.3 Dependiendo de la frecuencia del teletrabajo, se incluyen las modalidades que a continuación detallamos:

- **El Teletrabajo Primario**: Son teletrabajadores a tiempo completo, de forma exclusiva, para quienes esta modalidad de trabajar, se ha convertido en su única forma laboral. Esporádicamente visita la oficina, de no ser autónomo, pero su domicilio se considera como el centro de su actividad laboral, ya que dispone de todos los equipos necesarios para el trabajo diario y suele actualizarse constantemente.
- **El Teletrabajo Sustancial**: el teletrabajo es regular y frecuente. Las oficinas de la empresa se siguen considerando el lugar de trabajo principal, pero también se ha creado una rutina de trabajo en casa. Por lo general, se trata de teleempleados que, en la mayoría de los casos, disponen de algunos equipos tecnológicos en su casa.
- **El Teletrabajo Marginal**: son quienes trabajan lo suficiente para ser considerados teletrabajadores, pero que la frecuencia o regularidad es insuficiente para que el teletrabajo se convierta en un aspecto rutinario de su forma de trabajar. Su lugar principal sigue siendo las oficinas de la empresa, dispone de poco equipo en su casa.

#### 2.3.4.4 Dependiendo del grado de dependencia del teletrabajador.

- **Teletrabajo por cuenta ajena:** sería aquél mediante el cual el teletrabajador se encuentra sometido, por un contrato laboral, al cumplimiento de las órdenes e instrucciones del empleador. Se puede realizar en un lugar distinto del domicilio del trabajador o en su domicilio y la aplicación de la normativa laboral dependerá de los indicios que hagan presumible la presencia de la dependencia.
- **Teletrabajo Autónomo:** es una especie de microempresario que desarrollan la labor desde su casa o través de una red. Utilizan esta forma de teletrabajo los discapacitados, las amas de casa, profesionales y otros tradicionalmente marginados de la sociedad.

#### 2.3.4.5 Dependiendo de la naturaleza del sujeto prestador del servicio.

- **Formas Individuales de teletrabajo:** las cuales incluyen el teletrabajo realizado parcialmente en el hogar para una sola empresa, el teletrabajo realizado totalmente en el hogar para una sola empresa, el teletrabajo realizado totalmente en el hogar para varias empresas y el teletrabajo móvil.
- **Formas Colectivas de Teletrabajo:** aquellas producto de la redistribución de funciones de apoyo al trabajo de oficina entre regiones o países, denominada redistribución intraempresarial; la subcontratación de las funciones de apoyo intraempresarial, incluyendo el uso del Telecottages y centros de trabajo; el trabajo en grupo o en equipo repartido en el seno de la organización, el trabajo ejecutado en colaboración con otras empresas a través del intercambio electrónico

de datos y redes de PYMES E individuos, conectados entre sí mediante la informática y las telecomunicaciones.

### 2.3.5 Los Poderes Empresariales en el Teletrabajo.

Los poderes empresariales ejercidos en la estructura y dinámica del teletrabajo presentan numerosos rasgos y matizaciones, debido tanto al lugar de la prestación como a los instrumentos de trabajo telemático, de allí que los diversos sectores doctrinales, reflejen posiciones encontradas, pese a no existir tal divergencia a la hora de su delimitación conceptual. Para (PÉREZ & XALAMBRÍ, 2000, Págs. 153-154)<sup>cl</sup>, en el teletrabajo, la subordinación del trabajador, con sus expresiones concretas, el poder de dirección y el poder disciplinario del empleador, conlleva la consideración de nuevos y distintos indicios de los tradicionalmente enunciados, adoptándose, en la actualidad, sustitutivos como **teledependencia** o **dependencia informática**. Sin embargo, para (SIERRA, 2011, Pág. 299)<sup>cl</sup>, “la introducción de las nuevas tecnologías de la información en la empresa no altera en esencia la naturaleza de los poderes de dirección del empresario sino su forma de manifestarse”. Lo cierto es que el espacio virtual permite al empleador penetrar en la esfera personal del trabajador con mayor facilidad, gracias a las posibilidades de visualizar, mediante el ordenador o con ayuda de otras herramientas telemáticas, el propio modo de vida e, incluso, la intimidad de su contraparte; visualización externa que puede transformarse en interna a través de la captación de mensajes, escritos, correspondencia, alojados en el ordenador.

#### 2.3.5.1 El Poder de Dirección.

El escenario tradicional donde se ejercen los poderes empresariales, propio de la coordinación espacio – temporal con la empresa, en el teletrabajo, se modifica por la conexión telemática entre varios operadores, con respecto a una unidad central. La modificación se manifiesta en el lugar donde se lleva a cabo la actividad laboral, que se traslada de la sede principal de la empresa al domicilio del trabajador, o a un telecentro o centro satélite, en consecuencia, **el poder de dirección se ejerce a distancia.**

En el teletrabajo, el poder directivo se detecta en la posibilidad de transmitir órdenes por vía informática, dependiendo del tipo de conexión utilizado en la ejecución del trabajo. Se infiere, de lo dicho, que el elemento cualitativamente distinto no lo constituye el contenido del poder, sino fundamentalmente el medio técnico – ordenador - a través del cual la heterodirección puede ser ejercida.

Ante una hipótesis de **conexión interactiva**, o sea, aquella donde el trabajador está conectado con la empresa en continua relación, por ejemplo, en el teletrabajo *on line*, el empresario, mediante sus instrucciones y directrices digitales, tiene la posibilidad de transmitir las en cualquier momento y éstas fluyen de manera directa, contexto en el cual **el poder de dirección se ejecuta de forma permanente** a través de los medios telemáticos.

En las otras modalidades de **conexión no interactiva**, o sea, donde no hay interacciones entre el trabajador y la empresa, como en el teletrabajo *off line*, en el que no existe contacto directo entre el ordenador central y ordenadores externos, o el

teletrabajo *one way line*, cuya conexión unívoca no incide en la configuración del poder directivo, **se dificulta el ejercicio del poder directivo durante el desarrollo de la actividad**, sin embargo, las instrucciones podrían efectuarse por medio de un programa específico (software), siempre y cuando el teletrabajador no goce de una autonomía funcional en cuanto al desarrollo de las tareas correspondientes.

El poder de dirección del empresario, aparece limitado, como señalamos con anterioridad, al momento previo de la solicitud de la tarea y al instante de la entrega de la misma o cuando el empresario se reserva la elección o sustitución del software que se aplique, de modo que el teletrabajador se encuentra vinculado a las directrices que el empresario incorpora al programa<sup>clii</sup>. Al respecto, se han realizado estudios<sup>cliii</sup> específicos que demuestran la viabilidad de un control intenso por el empresario, mediante el uso de las nuevas tecnologías, sobre las actividades del teletrabajador, por ejemplo, utilizando los sistemas *Location Based Services (LBS)* que, mediante aplicaciones informáticas localizables en Internet, se sabe dónde está el usuario de un teléfono móvil y de los modelos de *Application Service Providers (ASP)*, los cuales consisten en:

“(...) que todos los programas y la información que se maneje van a estar depositados en un ordenador central, de tal forma que los PC de los trabajadores cada vez que quieran utilizar un programa o acceder a un documento, se tendrán que conectar al central o servidor y trabajar como usuarios del mismo (...) se produce un control absoluto de las tareas realizadas por cada uno de los trabajadores.”

#### **2.3.5.2 El Poder de vigilancia y control del empleador.**

Ahora bien, uno de los aspectos que doctrinalmente no ha tenido pacífica solución es el relativo al **poder de vigilancia y control empresarial** y el peligro que significa el uso

de los medios informáticos para la **privacidad o intimidad** de los teletrabajadores. La dirección y control del empresario aparece integrada a la herramienta de trabajo (ordenador, órdenes regulares por e-mail o teléfono móvil) o a los resultados del trabajo, lo cual le otorga amplias facultades al empresario para adoptar las medidas de vigilancia y control informático que estime convenientes, para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales del teletrabajador, respetando, claro está, los límites regulados en el ordenamiento jurídico, en cuanto a su adopción y aplicación y a la consideración debida a la dignidad humana.

El poder de vigilancia y control empresarial está estrechamente conectado con la facultad fiscalizadora que se deriva del poder de dirección, prerrogativa ésta reconocida al empleador para verificar el cumplimiento de las políticas y directivas impartidas, la cual, cabe subrayar, no es absoluta, ya que en su ejercicio debe acudirse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, puesto que las instalaciones de aparatos auditivos, como micrófonos, sistemas de grabación de imágenes y sonido, escucha de teléfono, etc., pueden atentar contra el derecho de intimidad de los trabajadores<sup>clv</sup>.

### **2.3.6 Panorama del Teletrabajo en el Derecho Comparado.**

En el ámbito del Derecho Comparado sobresale, por regla general, la ausencia de normas especiales que regulen la institución del teletrabajo, lo que ha motivado la aplicación o, mejor dicho, la adecuación de las normas generales locales a su estructura y funcionamiento, o su regulación a través de lo pactado en los contratos individuales de trabajo o en los convenios colectivos de trabajo, aspecto que genera una gama

extraordinaria de normativas que, para los efectos de la presente investigación, resulta de gran utilidad, en función de extraer sus notas comunes y, de la misma manera, sus rasgos distintivos. En ese orden de ideas, procederemos a describir, sintéticamente, las características que informan algunos ordenamientos jurídicos, en especial, aquellos que se han destacado en la regulación, heterónoma o convencional, de esta novedosa figura contractual. Abordaremos la forma como se regula el teletrabajo en España, en Colombia, en Venezuela y en Uruguay.

#### **2.3.6.1 El Teletrabajo en España.**

##### **2.3.6.1.1 Concepto y Definición de teletrabajo en el Ordenamiento Laboral español.**

En principio, precisa destacar que, según afirma la doctrina española<sup>clv</sup>, se carece de una regulación específica relativa al teletrabajo en el ordenamiento jurídico de España y, en consecuencia, **no existe una definición legal del teletrabajo<sup>clvi</sup>**, lo que, unido a la heterogeneidad del fenómeno, ha impedido consolidar esa homogeneidad normativa capaz de comprender todas sus formas de expresión. La ausencia de cauce normativo, regulatorio del teletrabajo, no ha sido impedimento para que, desde sus orígenes, las distintas manifestaciones y repercusiones de este fenómeno en las relaciones laborales, hayan sido objeto de estudio por los expertos jurídicos.

Según sostuvimos en capítulos anteriores, la aparición del teletrabajo se produce en Estados Unidos de América en los años 60, de la mano de un estudioso de la cibernética **NOBERT WIENER**, pero fue en 1976, como consecuencia de la crisis energética que exigía fórmulas paliativas para atacar el despilfarro de los recursos escasos, cuando,

según refiere (ORTIZ CHAPARRO, 1995, Pág. 41)<sup>clvii</sup>, (JACK NILLES, 1973)<sup>clviii</sup>

acuñó el término teletrabajo, considerándolo como:

“(…) cualquier forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de la información, o una forma de enviar el trabajo al trabajador, en lugar del trabajador al trabajo”

Durante tal contexto histórico, se concibe a la actividad profesional desarrollada desde el domicilio, mediante las telecomunicaciones y la informática, coadyuvarían a armonizar la vida privada con el trabajo<sup>clix</sup>, no obstante, en la época de los 80, el teletrabajo deja de ser un simple trabajo con cierto contenido tecnológico, para convertirse en un auténtico fenómeno social y un valiosísimo recurso inclusivo, en especial, de sectores de la población que, por lo general, han permanecido excluidos, como mujeres y discapacitados<sup>clx</sup>. En los 90, la concepción del teletrabajo varía, siendo más pragmática, considerándose como un mecanismo de flexibilidad laboral que permite la externalización laboral y la reducción de costes empresariales, impulsado por algunos factores que fomentan su práctica y su uso, entre los que se mencionan<sup>clxi</sup>:

- La disponibilidad y abaratamiento de los sistemas de información y de las redes de comunicación;
- La flexibilidad de las legislaciones laborales que permiten diversificar las modalidades de trabajo subordinado;
- Los problemas de tráfico, energía y contaminación;
- Nuevas actitudes ante el consumo de energía no renovable y ante la contaminación;
- Nuevas actitudes ante la vida donde se valora cada vez más el tiempo libre;
- Nueva mentalidad hacia la empresa y las instituciones; y
- Razones de economía empresarial.

El teletrabajo es un término tratado, de manera científica, interdisciplinariamente, que ha dado lugar a múltiples definiciones y a una polisemia<sup>clxi</sup> en su utilización, lo que ha llevado a los autores a preferir abordar su caracterización<sup>clxiii</sup>, en lugar de plantear una definición. Sin embargo, podemos citar algunas definiciones que nos ayudarán a describir la fisonomía de esta novedosa institución, en el ámbito jurídico español. Así, tenemos que, en un sentido amplio, (BANPLAIN, 1995)<sup>clxiv</sup>, identifica el teletrabajo:

“(...) con cualquier forma de trabajo desarrollada por cuenta de un empresario o un cliente, por un trabajador dependiente, un trabajador autónomo o un trabajador a domicilio y efectuada regularmente y durante una parte importante del tiempo de trabajo, desde uno o más lugares distintos del puesto de trabajo tradicional, utilizando tecnología informática y/o telecomunicaciones”

Para (GRAY, GORDON et al, 1995)<sup>clxv</sup>, se relaciona con una forma de organización y gestión del trabajo:

“(...) que tiene el potencial de contribuir sustancialmente a la mejora de la calidad de vida, a prácticas de trabajo sostenibles y a la igualdad de participación de los ciudadanos de todos los niveles, siendo dicha actividad un componente clave de la Sociedad de la Información, que puede afectar y beneficiar a una amplia gama de actividades económicas, grandes organizaciones, pequeñas o medianas empresas, micro empresas o autoempleo, así como a la operación y prestación de servicios públicos y a la efectividad del proceso político”

La OIT, recomienda una definición más reducida, de tal manera que entiende por teletrabajo:

“(...) aquél que es efectuado en un lugar distante de la oficina central o del centro de producción e implica una nueva tecnología que permite la separación y facilita la información”

Las diversas definiciones aportadas por la doctrina revelan las discrepancias subyacentes, sobretudo, en la determinación del elemento central que configura el teletrabajo. Unos le otorgan crucial importancia **al lugar de trabajo**<sup>clxvi</sup>, mientras que otros privilegian **el uso de la informática y las telecomunicaciones**<sup>clxvii</sup> al delinear el concepto. Los que adoptan la primera postura conceden mayor relevancia al lugar de cumplimiento de la prestación y su distancia con las oficinas centrales de la empresa receptora del resultado, reduciendo el problema a una cuestión meramente locativa. Los segundos, en su delimitación conceptual, resaltan el uso de las tecnologías de la información, como elemento fundamental del concepto, llegando, incluso, a cuantificarse dicho uso, estableciendo mínimos para determinar cuándo estamos frente al teletrabajo. Esos mínimos, según refiere, (XALAMBRÍ & PÉREZ, 2000, Pág. 151)<sup>clxviii</sup>, “han sido fijado en diferentes definiciones de maneras diversas: que un determinado **porcentaje de la jornada** o que determinada **cantidad de días a la semana** sean dedicadas a esta modalidad de trabajo”, sin embargo, sostiene que “el factor tiempo es útil desde un punto de vista descriptivo, pero no determinante a la hora de definir el concepto”.

En virtud de tal carencia, en España se ha tenido que acudir a la definición que de teletrabajo proporciona **el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito el 16 de julio de 2002**, en Bruselas, por los interlocutores sociales (UNICE/UEAPME, CEEP Y CES, incluyendo representantes del Comité de Enlace CEC/Eurocuadros), el cual lo concibe como:

“(…) una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”

El contenido de la definición supratranscrita permite destacar algunos planteamientos importantes: en primer término, el teletrabajo implica, ante todo, **la existencia de un contrato o relación de trabajo**, por consiguiente, la prestación de un servicio a un empresario o empleador, de una actividad laboral, en régimen de dependencia y ajenidad, como en cualquier relación laboral; en segundo término, se trata de una modalidad de trabajo que **se lleva a cabo a lo externo de los locales de la empresa**, utilizando las tecnologías de la información; en tercer lugar, la realización de la actividad fuera de los locales de la empresa **responde a una determinada forma de organización y/o de realización del trabajo**.

Tal y como señaláramos al inicio de este epígrafe, no existe una definición legal de teletrabajo y ello, unido a la heterogeneidad del fenómeno, impide lograr esa homogeneidad normativa capaz de comprender todas sus formas de manifestación, por lo cual se hace necesario analizar, posteriormente, los elementos que configuran sus rasgos característicos, que nos permitirán identificar y delimitar el teletrabajo, con relación a otras prestaciones de servicios a distancia, realizadas a través de instrumentos informáticos y telemáticos. Seguidamente procederemos a la delimitación jurídica del teletrabajo, la cual se sustentará en los diversos tipos de teletrabajo, sugeridos por (GAETA, 1996)<sup>clxix</sup>, que permite identificar el régimen jurídico aplicable al teletrabajador.

#### 2.3.6.1.2 La Configuración Jurídica del Teletrabajo, en España.

Para la delimitación jurídica del teletrabajo, en el ordenamiento jurídico español, se ha recurrido a los indicios<sup>clxx</sup> de laboralidad, aportados por los Tribunales de lo Social<sup>clxxi</sup>,

en los supuestos de calificación de la relación contractual como laboral, en función de desvelar la existencia de subordinación en el teletrabajo, mediante las técnicas informáticas de control del trabajo.

Los avances del derecho del trabajo se pueden producir, según anota (MONTROYA, 1999)<sup>clxxii</sup>, promoviendo el debilitamiento de la nota de dependencia o revisando y actualizando su alcance, sea por iniciativa legislativa, del poder judicial o de la doctrina científica. En este contexto, señala (SAGARDOY, 2004, Pág. 161)<sup>clxxiii</sup>, el trabajador puede ser encuadrado en dos supuestos jurídicos distintos: uno, en el que la persona que reúna las notas características del contrato de trabajo, de acuerdo al artículo 1.1, del Estatuto de los Trabajadores, no tenga la condición de trabajador por razones meramente formales; el segundo, en el que la persona que trabaja para otra, sin que se den realmente las notas caracterizadoras del contrato de trabajo. En el primer caso, los jueces tendrían la competencia para producir el cambio, declarando la protección de esa persona por la legislación laboral sustantiva; en el segundo supuesto, el tránsito del cambio competiría al legislador, incluyendo a dicha persona bajo el amparo de la legislación laboral, por razones sociales o de justicia social.

Las variadas y modernas modalidades de prestación de servicios han incidido en la tendencia a la adaptabilidad de la noción de subordinación a los contextos jurídicos y a tales modelos organizativos del trabajo, lo cual implica, según sostiene (PÉREZ DE LOS COBOS, 1990, Págs. 39-40)<sup>clxxiv</sup>, la recomposición del sistema indiciario. El rediseño del catálogo de indicios resulta pertinente considerando que, actualmente, una persona con la ayuda de un equipo informático y de adecuados medios de comunicación,

puede realizar una actividad laboral desde su propia casa, sin horarios y en función de la cantidad de pedidos, gozando de una gran autonomía organizativa, técnica y funcional, detalles que dificultan la calificación de la relación contractual como laboral, civil o mercantil.

El fenómeno de la externalización laboral o descentralización productiva relacionado con el trabajo autónomo genera una ecuación de efectos proporcionales inversos, ya que en la medida en que se incrementa aquella éste obtiene mayores oportunidades para su desarrollo y, a la inversa, el aumento del trabajo en régimen de autonomía, posibilitará una mayor descentralización productiva. Los avances tecnológicos representan un elemento primordial en la potenciación de la descentralización productiva y que, además, inciden en la optimización de labores susceptibles de ser realizadas bajo el régimen de trabajo autónomo y en la adopción de nuevas formas de trabajo como el teletrabajo que por su diversificación o - en palabras de (DEL REY GUANTER, 2000, Pág. 72)<sup>clxxxv</sup> – “versatilidad, resulta especialmente idóneo para instalarse en redes empresariales al servicio de uno o varios empresarios”, puesto que las TICS han transformado el esquema clásico del Derecho del Trabajo y, en consecuencia, han incentivado los procesos de externalización laboral o descentralización productiva.

Un sector importante de la doctrina española – (ALARCÓN, 1986, Págs. 533-534)<sup>clxxxvi</sup>, (RODRIGUEZ PIÑERO, 1992, Pág. 90)<sup>clxxxvii</sup>, (MARTÍN VALVERDE, 1990, Págs. 209 y sgts)<sup>clxxxviii</sup> - sostiene que la descentralización productiva en el teletrabajo responde a dos supuestos bien diferenciados: uno, consiste en el que la coordinación con el conjunto de la actividad productiva de la empresa puede ser tan plena

como en el caso del trabajo interno, hipótesis que no plantea problemas de calificación jurídico - laboral del contrato, sino de vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral y de acción sindical; el otro, que responde a los fenómenos de externalización de funciones como la “filialización”<sup>clxxxix</sup> de empresa o la conversión en trabajadores autónomos de todos aquellos cuyas funciones pueden ser realizadas sin necesidad de simultaneidad con el resto del personal, asignando tareas concretas y fijando plazos para la entrega de las mismas.

Entre los autores mencionados, (RODRIGUEZ PIÑERO, 1992, *Ibidem*)<sup>clxxx</sup>, con relación al tema, aporta las siguientes reflexiones, que transcribimos a continuación:

“(...) estamos ante uno de los casos “de huida del Derecho del Trabajo” vinculado a los fenómenos de descentralización productiva que permiten a una empresa realizar su proceso productivo no sólo contratando, como empleador, a trabajadores, sino también realizando otros tipos de contratos, generalmente con otros empresarios, mediante los cuales obtiene un resultado productivo laboral realizado por trabajadores de los que él en ningún momento llega a ser empleador”

Ahora bien, como nota a destacar, se ha sostenido que las nuevas tecnologías han distorsionado el concepto clásico de la subordinación, sin embargo, son, precisamente los avances tecnológicos los que **han contribuido a perfilar otros indicios** acordes con la nueva realidad del trabajo. En el teletrabajo, el criterio de la inserción material en la unidad productiva se compensa atendiendo a la modalidad de inserción del trabajo en el sistema informático y telemático de la empresa; la relevancia tradicionalmente atribuida al sometimiento del trabajador a las directrices y al control del empresario puede atribuirse ahora al análisis del programa que determina, encauza y controla la prestación

de trabajo; la atenuación de la presencia del empresario en el seguimiento de la prestación queda compensada por su papel más significativo en la determinación del modo con el que el trabajador se integra en la empresa tecnológicamente innovada; la dependencia tecnológica se configura como un indicio más relevante de subordinación, en detrimento de la significación atribuida a la propiedad de los instrumentos y medios de producción.

Se agrega, al catálogo de indicios expuestos, el control de resultados como rasgo de laboralidad cuando el trabajador requiere de un alto grado de independencia en la realización del trabajo, concentrándose el poder de dirección en el momento inicial y en momento final, para valorar la adecuación del resultado del trabajo humano a los intereses empresariales; la dirección de correo electrónico; la comunicación constante; el reconocimiento tácito, por el empresario, de la laboralidad haciendo frente a pólizas de seguro donde aparece como tomador y de beneficiario el prestador del servicio que actúa por cuenta propia o, en último caso, es la misma empresa la que asume la cobertura y paga las cotizaciones al Régimen Especial de Autónomos.

La doctrina especializada, en el ámbito español, ha elaborado puntuales recomendaciones dirigidas a la determinación de la calificación jurídica que presentan las diversas modalidades de teletrabajo, ya que, es evidente, que se deberá acudir a la variedad de rasgos y de situaciones concretas como el lugar de la prestación, tipo y grado de conexión, órdenes y control del trabajo, grado de autonomía y a la circunstancia de que existan teletrabajadores que presten servicios de idéntico o similar contenido para varias organizaciones empresariales o varios clientes al mismo tiempo, siendo unas de índole laboral y otras de distinta naturaleza.

Lo cierto es que el sistema de indicios, según afirma (SANGUINETI, 1997, Págs. 64-65)<sup>clxxxI</sup> resulta la herramienta más adecuada para adoptar una de las tres calificaciones jurídicas:

- **Trabajador subordinado en régimen común**, cuando sea posible detectar la existencia de un control continuo y directo sobre su actividad, en cuyo caso, el poder directivo se determinará, en líneas generales, por la facultad, reservada contractualmente al empresario, de escoger y sustituir discrecionalmente y en cualquier momento el software aplicativo.
- **Trabajador a Domicilio**, cuando el poder de dirección empresarial se manifieste exclusivamente a través de la especificación inicial del trabajo a desarrollar y el control de su resultado que, a diferencia de la anterior, en relación al software aplicativo “sería suficiente su imposición definitiva desde el principio de la relación o sin posibilidad de modificación unilateral durante la prestación.
- **Trabajador Autónomo**, cuando ninguna de estas notas comparezca en la realidad, con una especial consideración al teletrabajador autónomo económicamente dependiente, recurriendo para su estudio a la reciente regulación en nuestro país sobre el trabajo autónomo.

#### 2.3.6.1.3 Características del Teletrabajo en el ordenamiento jurídico español.

La mayoría de los especialistas ibéricos implicados en el estudio del teletrabajo, coinciden en señalar que se está ante una nueva relación de trabajo y enuncian, reflejando algunas discrepancias, como sus rasgos característicos: el trabajo a distancia, el uso de las nuevas tecnologías de la Información y Comunicación y el cambio en la organización del trabajo. Para (IZQUIERDO, 2006, Pág. 23)<sup>clxxxII</sup>, las características de esta nueva modalidad se pueden resumir en las siguientes:

- El operario realiza un trabajo fuera de la empresa, normalmente en el domicilio particular;
- Esto conlleva la modificación de la estructura organizativa tradicional del trabajo y de la empresa, tanto en los aspectos físicos como materiales;
- La utilización de nuevos instrumentos de trabajo los cuales pueden ser videoterminals, videoconferencia, Telefax, etc.;
- Una red de telecomunicación que permita el contacto entre la sede de la empresa y el domicilio del trabajador.

Plantea este autor que no cabe confundir el teletrabajo con el trabajo a domicilio, como sucede en ocasiones, pues en aquél la empresa sigue controlando al trabajador en su tarea por medio de programas de software preparados a tal efecto, denominados *software accountings* que permiten registrar el número de operaciones llevadas a cabo, el tiempo que se ha invertido en cada una de ellas, marcando incluso la hora del comienzo y de finalización de las mismas, interrupciones, errores y demás. El trabajo a domicilio, por el contrario, sólo se requiere la entrega de la tarea encomendada.

➤ **Trabajo a Distancia.**

El teletrabajo se identifica con el trabajo a distancia debido a la dispersión geográfica de los puestos de trabajo y oficinas, mediante una disociación física de lo que es la ejecución y las tareas correspondientes al puesto de la ubicación del propio puesto de trabajo, donde el teletrabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en capacidad de comunicarse con ellos por medio de las nuevas tecnologías.

Sobre el particular (IZQUIERDO, 2006, Pág. 23)<sup>clxxxiii</sup>, sostiene que se rompe una de las partes integradoras del contrato de trabajo, refiriéndose a la sede de la empresa como lugar convencional, mientras que (DE LA VILLA, 1999)<sup>clxxxiv</sup>, afirma que el

trabajo a distancia es un rasgo del teletrabajo que no supone ninguna novedad en el Derecho del Trabajo y describe la simple deslocalización de la actividad respecto del centro de imputación de los resultados, puesto que el teletrabajador no realiza la prestación de servicios acordada en el lugar típico de referencia laboral, el centro de trabajo contemplado en el artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores o, en sentido amplio, en aquellos lugares de trabajo habituales que sean espacios de la empresa donde se realice determinada actividad.

En la estructura del teletrabajo español se identifica una característica común: la realización de la actividad laboral no se lleva a cabo en el lugar convencional establecido por el empresario. No obstante, se puntualiza que las modalidades de teletrabajo estarían condicionadas o determinadas por el lugar concreto donde se efectúe la prestación laboral, por lo que no procede identificar el teletrabajo solo con el trabajo a distancia, sino con aquellos que se realizan en lugares distintos al convencional, ya sea en el domicilio, en centros satélites, móviles o itinerantes. En el teletrabajo se delimita la diferencia tradicional entre centro de trabajo y lugar de trabajo: tratándose de teletrabajo a domicilio estamos ante un lugar de trabajo determinado, y en el caso de teletrabajo móvil se trataría de distintos lugares de trabajo itinerantes y no de lugares distintos al centro de trabajo. En el teletrabajo en telecentros se aprecia un auténtico sitio de trabajo cuando la titularidad del mismo no recaiga sobre el empresario y, en consecuencia, no exista nexo jurídico entre el titular del telecentro y los trabajadores que desarrollan su actividad laboral en él. Asistimos así, en la configuración del teletrabajo, a la sustitución del

concepto de centro de trabajo por el de lugar de trabajo, sin embargo, como plantea **(RODRIGUEZ-SAÑUDO, 1999)<sup>clxxxv</sup>**:

“(…) esta identificación del teletrabajo con el trabajo a distancia y, en concreto, con otros lugares de trabajo en función de la modalidad de teletrabajo tienen sus limitaciones, porque para poder teletrabajar es necesario que el trabajo sea independiente del lugar de trabajo, lo que impide que el teletrabajo se pueda aplicar a ciertas tareas que requieran una presencia física en la sede tradicional de la empresa”

No cabe duda que el lugar donde se lleva a cabo la actividad laboral tiene efectos importantes en la estructura del teletrabajo, ya que favorece el desarrollo de las relaciones laborales internacionales, las cuales conllevan el análisis de aspectos como el lugar de cumplimiento de la prestación en el teletrabajo transnacional, de la jurisdicción competente y de la ley aplicable al contrato de trabajo. De igual manera y de acuerdo a lo señalado por **(SERRANO, 2000, Pág. 271)<sup>clxxxvi</sup>**, el hecho de que el trabajador pueda trabajar en cualquier lugar le facilita el ejercicio del artículo 19. 1 de la Constitución Española, cuyo texto señala que:

“Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos

La norma constitucional se relaciona con la libertad de circulación y residencia, y el ejercicio de tal derecho le facilita al teletrabajador determinar su lugar de trabajo, puesto que el trabajo puede realizarse en cualquier lugar gracias a las nuevas tecnologías. En tal

sentido, resulta indiferente la titularidad en la elección del lugar en donde se prestará el servicio o que el trabajador sea requerido o tenga derecho a presentarse en los locales eventualmente, ya que lo trascendente es que la prestación laboral se lleva a cabo sin la presencia física del empresario o su representante. Sin embargo, según plantea (ESCUDERO, 1999)<sup>clxxxvii</sup> el empresario puede estar interesado en que el trabajo se preste en un lugar específico, para lo que puede acordar el lugar de la prestación con el trabajador o, en su caso, imponerlo. Este planteamiento es de singular importancia, debido a que el teletrabajo puede llegar a confundirse con otras actividades que se verifican utilizando las nuevas tecnologías como telemarketing, teleservicios o televentas, realizadas en sedes empresariales y a distancia, pero con respecto al cliente no a la empresa. El teletrabajo, reiteramos, se caracteriza por constituir una forma de organización de la actividad empresarial en la que físicamente se distancia al trabajador de la empresa, teletrabajando desde un lugar distante, independientemente de que se relacione o no con el cliente<sup>clxxxviii</sup>.

Resulta evidente que para la determinación de cuándo una actividad a distancia sea teletrabajo, hay que relacionar el elemento locativo con el cuantitativo, ya que no exige, con carácter exclusivo, la realización del trabajo a distancia, sino que es posible compartirlo con la presencia en el centro de trabajo. Este aspecto, está siendo suplido por la negociación colectiva<sup>clxxxix</sup>, la cual señala esos límites, pero considerando **el criterio de la habitualidad del trabajo prestado a distancia**. El trabajo a distancia debe ser prestado con cierta regularidad, conforme a los términos pactados entre las partes, no teniendo esa condición si la naturaleza de la actividad laboral principal desempeñada

justifica por sí misma la realización del trabajo habitualmente fuera de la empresa, siendo los medios informáticos y de comunicación utilizados por el trabajador meros elementos auxiliares y facilitadores de dicha actividad laboral. Con tales argumentos, se pretende delimitar la actividad que se realiza específicamente mediante el teletrabajo de aquellas otras prácticas, parciales e impropias, de teletrabajo de carácter minoritario, que se llevan a cabo para compensar el tiempo de inasistencia a la sede de la empresa, o bien porque se permite la realización esporádica de trabajos en otros lugares como mecanismos de flexibilidad o de conciliación de la vida laboral con la vida privada. La fórmula descrita, aplicada a las modalidades de teletrabajo ocasional o esporádico, no goza del consenso doctrinal<sup>cxc</sup> con relación al porcentaje de tiempo trabajado a distancia para determinar objetivamente la actividad laboral como de teletrabajo, prevaleciendo la opción que considera teletrabajo la que se realiza a distancia suponiendo más del veinte por ciento de la jornada habitual. (SEMPERE&SAN MARTÍN, 2002, Pág. 116)<sup>cxc1</sup>, consideran que en la ejecución del teletrabajo es necesario un uso intensivo de la informática y de las comunicaciones. La doctrina alemana configura el teletrabajo en la medida en que el uso del videoterminal se produce durante más del cincuenta por ciento del horario de trabajo (MELLA, 1998, Pág. 41)<sup>cxcii</sup>.

Se plantea, adicionalmente, que entre trabajo a distancia y teletrabajo existe una relación de género a especie, en razón de que todo teletrabajo es trabajo a distancia, pero no todo trabajo a distancia es teletrabajo y se cita, como ejemplo, de éste último, al trabajo a domicilio, criterio que objeta (SIERRA, 2011, Págs. 38-39)<sup>cxciii</sup>, argumentando que “no cabe identificar el trabajo a distancia con el teletrabajo, porque el segundo no

solo significa trabajo a distancia, sino que necesita del requisito de la utilización de la tecnología informática y telemática”. Agrega, que actualmente los sistemas de acceso remoto permiten prestar el servicio tanto en la oficina como en la habitación de un hotel o en cualquier otro lugar, mediante un *Terminal Server*, que posibilita a los trabajadores acceder a las aplicaciones y datos almacenados en otro ordenador a través del acceso por red.

➤ **Uso de las Nuevas tecnologías de la Información y Comunicación.**

Una vez estudiadas y analizadas las definiciones y características del teletrabajo, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos que tales aspectos llevan implícito, el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones como herramientas esenciales para lograr los objetivos propuestos.

La tecnología como sustento del teletrabajo, guarda relación con la articulación de diversos componentes, entre los que podemos mencionar<sup>CXCIV</sup> **la infraestructura, dispositivos, contenidos y aplicaciones informáticas.** La **infraestructura** es aquella integrada por los servidores, las plataformas de trabajo y los sistemas que permiten la interconexión, que soporta las operaciones básicas de la organización. **Los dispositivos** son los aparatos que median la conexión entre la organización y el trabajador, siendo amplio el espectro de posibilidades, abarcando desde computadoras portátiles hasta teléfonos inteligentes cada vez más compatibles con aplicaciones de teletrabajo, prevaleciendo la tendencia, en las oficinas del mundo, de “Bring Your Own Device” (BYOD), equivalente a “trae tu propio dispositivo”, merced al cual se aprovechan los recursos con los que cuenta cada trabajador: su portátil, su teléfono, su tableta, etc.,

conectándose a sistemas de información seguros que le permiten a la empresa reducir la inversión en tecnología de su propiedad. **Los contenidos y aplicaciones** que permiten funcionar a las organizaciones actuales se adecúan, en la generalidad de los casos, a un modelo de trabajo colaborativo a través de servidores virtuales denominados computación en la nube (cloud computing). La doctrina y normativa italiana, con relación a esta temática, entiende que la situación de teletrabajo comprende “un conjunto de infraestructuras y programas informáticos donde el soporte de las tecnologías de la información y de la comunicación debe ser dominante”. En consecuencia, el uso de la tecnología para la realización de la prestación de servicios debe ser relevante y no servir como un mero elemento de soporte (GAETA&PASCUCI, 2000)<sup>CXCV</sup>.

La utilización de las referidas herramientas telemáticas constituye el elemento esencial que no solo hizo posible el nacimiento del teletrabajo, sino que lo identifica y distingue del simple trabajo a distancia. Algunas voces aceptan esta postura introduciendo algunos matices, por ejemplo, (PÉREZ DE LOS COBOS & THIBAUT, 2001, Pág. 19)<sup>CXCVI</sup>, comparten el criterio de que en el teletrabajo la informática es una condición necesaria y las telecomunicaciones una condición suficiente, siendo también teletrabajo la actividad que se lleva a cabo a través de herramientas informáticas. (ORTIZ, 1995, Pág. 39)<sup>CXCVII</sup>, argumenta, desde una perspectiva opuesta, que si no se utilizan las telecomunicaciones, no hay teletrabajo, incluso aunque intervenga la informática. La Comisión Europea adopta criterios menos restrictivos, detalle que se refleja en el **Informe de Situación de los Nuevos Métodos de Trabajo en la Economía del Conocimiento**, elaborado en Bruselas, en el año 2002, en

el cual la noción de teletrabajo cubre cualquier trabajo realizado fuera de la oficina de una sociedad, pero dirigido desde ésta, utilizando las TICS y un enlace de telecomunicaciones para recibir o entregar el trabajo, independientemente de que sea ejecutado por empleados o por personal subcontratado, y de que tenga lugar en oficinas de la compañía, en el hogar del trabajador, o en y desde varios sitios (RIVERO LAMAS, 2001, Pág. 94)<sup>CXCVIII</sup>.

(IZQUIERDO, 2006, Pág. 24)<sup>CXCIX</sup>, al abordar la temática en estudio, alega que se requiere de la utilización de medios informáticos o sistemas de comunicación avanzados. Advierte que aunque no se exige la cualificación profesional, debe el operario tener un alto grado de conocimientos de estos novedosos medios que la ciencia le pone a disposición. Adicional al uso de los medios tecnológicos, informáticos y telemáticos, se precisa que tal utilización sea de cierta intensidad, continuada y no esporádica o accesoria, correspondiéndole a la negociación colectiva y a sus interlocutores sociales indicar cuando estaremos ante teletrabajadores, atendiendo al horario de su jornada laboral.

A nuestro juicio, en el teletrabajo, contrario a lo señalado por (PÉREZ DE LOS COBOS & THIBAUT, 2001), el elemento fundamental y necesario lo constituye las telecomunicaciones, ya que, por un lado, el sentido etimológico del teletrabajo implica un espectro locativo fuera del área o centro de trabajo central de la empresa, y, por el otro, derivado del anterior, la articulación de la actividad laboral se concreta en la comunicación a través de los medios telemáticos. La informática resulta un componente importante, por el tratamiento automático y racional que brinda a la información, no

obstante, ésta debe necesariamente apoyarse en las telecomunicaciones para que tenga incidencia en la configuración del teletrabajo, que en esencia, significa “trabajo a distancia”.

➤ **Cambios en la Organización del Trabajo.**

La transformación en la estrategia organizativa del proceso productivo, en el contexto que analizamos, es consustancial con la presencia de los caracteres reseñados con anterioridad, puesto que la introducción de herramientas y medios tecnológicos y de telecomunicaciones conllevan efectos descentralizadores que viabilizan la externalización laboral de aquellas actividades que, regularmente, se ejecutan a lo interno de la organización. Precisar estos lineamientos o directrices cobra trascendencia, considerando que existen actividades que son prestadas a distancia por determinados trabajadores (vendedores, taxistas, policías, etc.), utilizando las nuevas tecnologías de la comunicación, sin embargo, no tienen la calidad de teletrabajo, ya que no implican ninguna transformación en la organización del trabajo, ya que su ejecución no ha sufrido variación alguna en lo que atañe al proceso organizativo a cargo de la empresa, en otras palabras, siempre se ha organizado de la misma forma. Situaciones similares<sup>cc</sup> se presentan con los vigilantes, médicos de atención urgente y móvil, inspectores de trabajo que elaboran, eventualmente, por medios informáticos, datos que transmiten a sus unidades centrales y aquella otras actividades que efectuadas por profesionales en su propio domicilio que, por lo general, no requieren el soporte tecnológico propio del teletrabajo, ni estén vinculados por algún nexo contractual que contemple esa posibilidad.

Otros de los efectos emanados de los cambios organizativos, consiste en la introducción de la flexibilidad organizativa, la descentralización operativa o externalización laboral, los cuales se traducen, por un lado, en mecanismos de descentralización física de los sistemas productivos y de especialización flexible, que impulsan la articulación de nuevos modelos organizativos sustentados en la autonomía y autorregulación de los subsistemas y, por el otro, en la implementación de medidas flexibles a los recursos humanos y tecnológicos que facilitan la modificación de las condiciones de trabajo, en lo relativo a la cantidad y distribución de las tareas y el tiempo de trabajo. Se trata, según anota, (PÉREZ DE LOS COBOS,, 2005, Pág. 1328)<sup>cc1</sup>, de un proceso que invita a la experimentación de nuevas formas de organización del trabajo y que demanda la necesidad de una regulación específica sobre el mismo.

Los problemas que plantea, la novedosa institución del teletrabajo y sus repercusiones en el proceso y organización productivos, fueron objeto, en el ámbito español, de un proceso de consultas y negociaciones con los interlocutores sociales, abordándose materias como: participación voluntaria y derecho a volver al trabajo tradicional, mantenimiento del estatus de empleado, igualdad de trato, información adecuada sobre la definición de las tareas y condiciones de trabajo, cobertura de los costes por el empleador, garantía de formación específica, medidas de protección de salud y seguridad, respeto del tiempo de trabajo, protección de la vida privada y de los datos personales, contacto con los compañeros, derechos colectivos e igualdad de oportunidades, que tuvieron como resultado, la suscripción del **Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo**, en 2002, cuyos firmantes declararon considerar el teletrabajo “a la vez como un medio de modernizar la organización del trabajo para las empresas y

organizaciones de servicios públicos y para los trabajadores reconciliar vida profesional y vida social y darles una mayor autonomía en la realización de sus tareas<sup>30011</sup>.

#### 2.3.6.1.4 El Teletrabajo Autónomo.

La configuración jurídica del teletrabajo autónomo exige adentrarse al contenido que, sobre el particular, viene dado por el Estatuto del Trabajo Autónomo, regulado mediante Ley 20 de 11 de julio de 2007 (BOE N° 166, de 12 de julio de 2007). Se establece en el artículo 1.1, de este instrumento legal, la noción de trabajador autónomo, que se concibe como:

“(...) la persona física que realiza de forma habitual, personal y directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, dé o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.”

La noción de trabajador autónomo se asimila al concepto de teletrabajador autónomo en la medida en que se le adicione, al perfil reseñado en el precepto, las herramientas o instrumentos utilizados por aquella persona física, para ejecutar la actividad laboral, esto es, “las nuevas tecnologías d la información y comunicación”. En ese sentido, y atendiendo al ámbito de aplicación personal de la Ley 20 citada, ésta extenderá su amparo jurídico a:

“(...) la persona física que realiza de forma habitual, personal y directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, dé o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, **mediante las nuevas tecnologías de la información y comunicación**”

De esta manera, con relación al trabajador autónomo, se presenta una singular cualidad, la cual consiste en la participación **directa y personal** en la actividad productiva que ha decidido emprender o se ha comprometido a prestar. Este aspecto no impide que en el trabajo autónomo se admita la presencia de terceros en la satisfacción del interés del acreedor en el momento en que el trabajador autónomo dé ocupación a trabajadores por cuenta ajena, reconociéndole la normativa un poder de dirección que le permite mantener bajo su control el trabajo que él se ha comprometido a realizar. Al respecto, (DE LA PUEBLA, 2007, Pág. 69)<sup>cciii</sup>, esboza el comentario siguiente:

“(…) que la actividad sea personal y directa implica la necesidad de que exista un trabajo propio del trabajador autónomo, una participación con su propio esfuerzo en la actividad productiva, aun cuando en dicha tarea pueda auxiliarse de otros colaboradores”

Resulta pertinente hacer la salvedad de que en la sociedad de la información es común que la persona aporte los medios informáticos necesarios para prestar el servicio en el mercado laboral, situación que le otorga al *Know how* la cualidad de constituirse en el elemento decisivo de contraste, ya que si es de propiedad del trabajador será expresión de independencia, mientras quien opera sobre *Know how* ajeno lo hará integrándose en la unidad productiva del titular, criterio adoptado tradicionalmente por la jurisprudencia<sup>cciv</sup> española, para reconocer la naturaleza laboral a la prestación de servicios que se compruebe que en la ejecución de la actividad laboral el trabajador use un programa informático propiedad de la empresa o que sea proporcionado por ella, puesto que, en caso contrario, constituiría un indicio relevante de tener la calidad de empresario.

Los argumentos expuestos conducen a una primera aproximación conceptual del teletrabajador autónomo, en el supuesto cuando la prestación telemática no se desempeñe asumiendo el riesgo y con sus propios medios, sin embargo, puede ocurrir, según plantea (GAETA&PASCUCI, 2000, Pág. 194)<sup>ccv</sup>, que tenga la calidad de teletrabajador el “que trabaja con la aportación no accesoria de una herramienta electrónica, pero el que trabaja con la aportación prevalente de ésta no está protegido por el Derecho del Trabajo”, de tal manera que asumirá la categoría de teletrabajador aquél que realice el trabajo con sus propios medios y en su domicilio, cuando tales aportaciones no tengan la virtualidad suficiente para convertir la actividad del teletrabajador en titular de una explotación o empresa, en la que el objeto de lucrar un rendimiento por el capital invertido prevalece sobre la obtención de una renta por el trabajo efectuado. Este criterio ha sido adoptado, entre otras<sup>ccvi</sup>, por la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña, de 11 de febrero de 2000 (Recurso N° 1261/2000), cuando calificó en similar situación, la actividad del teletrabajador:

“(…) cuando llegue a constituir una actuación auxiliar complementaria o “un aprovechamiento añadido y secundario de la utilidad” que el trabajador proporciona a la empresa”

Con base a las consideraciones expuestas y en apoyo a tal opción interpretativa, (RIVERO LAMAS, 2001, Pág. 310)<sup>ccvii</sup> sostiene que:

“(…) el trabajador autónomo puede ser un pequeño empresario cuando precise para su actividad de la aportación de herramientas electrónicas propias que tengan la entidad suficiente para ser consideradas como un capital afecto a la prestación de servicios informáticos, así como una elemental organización personal”

En adición a lo anterior, la Ley 20 de 11 de julio de 2007, contempla la figura del **trabajador autónomo económicamente dependiente**, a partir del artículo 11, al cual define como:

“(…) aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa y predominantemente para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que depende económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimiento de trabajo y de actividades económicas y profesionales”

La Ley regula la figura del trabajo autónomo dependiente económicamente, en función de brindar amparo jurídico a un sector de autónomos que, pese a tener autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata, y que, en consecuencia, requieren de una protección social y jurídica similar a la que tienen los trabajadores por cuenta ajena, advertencia patentizada por (ACKERMAN, 2004, Pág. 29)<sup>ccviii</sup>, autor que fundamentó la incorporación de ese colectivo a la normativa en estudio:

“(…) en la necesidad de protección de aquellas situaciones de trabajo que normalmente se califica de autónomos, mediante la exportación de algunas de las reglas del Derecho del Trabajo y mecanismos de protección”

El Régimen Profesional del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente, exige, a quien pretenda optar por tal calificación, una serie de condiciones o requisitos para el desempeño de su actividad económica o profesional. En efecto, el artículo 11.2, de la Ley 20 de 11 de julio de 2007, expresamente enumera las siguientes:

- a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad

contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.

- b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.
- c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independiente de los clientes, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.
- d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.
- e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

En conclusión, siguiendo a (MOLINA, 2007, Pág. 102)<sup>ccix</sup>, los trabajadores autónomos dependientes son aquellos en los que concurren los caracteres de ejecución de la actividad laboral de forma personal y directa, en régimen de dependencia económica y con plena autonomía de organización de su actividad, esto es, autonomía jurídica, pero sin integrarse a la organización productiva del cliente.

Naturalmente, en el ámbito del derecho español, se mantiene la necesidad de implementar un tratamiento jurídico unitario del teletrabajo con el objetivo de establecer, por parte de los poderes públicos, unos mínimos uniformes que respondan a unas exigencias fundamentales, como por ejemplo, la salud, tiempo de trabajo, remuneración, respeto de derechos fundamentales, dirigidas a todos los teletrabajadores con una relación de dependencia socioeconómica, no necesariamente formal, atendiendo también al incipiente trabajo autónomo, al menos en régimen de dependencia.

Se requiere, según la opinión jurídica autorizada<sup>ccx</sup>, una normativa de mínimos, con vocación universal para todos los teletrabajadores, de acuerdo a lo previsto en la

Disposición Final 1ª, del Estatuto de los Trabajadores, un derecho común del teletrabajo, sin perjuicio de que algunas de las ramas se adapten a diversas situaciones, como los teletrabajadores subordinados y los teletrabajadores económicamente independientes.

Tratándose de figuras laborales novedosas, como el teletrabajo, su encuadramiento jurídico, presenta un problema básicamente de calificación, de tal manera que ante la ausencia de una normativa regulatoria del teletrabajo, debe acudir al contraste entre la relación de teletrabajo con la calificación formal que le atribuyen las partes o, en caso contrario, si se puede reconducir a otro esquema contractual. La voluntad de las partes es, en principio, un elemento determinante al momento de la calificación, dado que son libres de elegir la forma contractual que deseen, siempre que no haya una falta de concordancia entre la realidad de las prestaciones de la relación obligatoria y el *nomen iuris*. En ese orden de ideas, existirá contrato de trabajo cuando la actividad laboral se efectúa en condiciones de ajenidad y dependencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

#### 2.3.6.1.5 El Proyecto de regulación del teletrabajo y su contenido.

Si bien analizamos el teletrabajo, desde una perspectiva general, nuestro énfasis está puesto en su regulación en el sector privado. No obstante, haremos una breve referencia al Proyecto que pretende regularlo en sede de la Administración General del Estado español y sus Organismos Públicos, mediante la utilización de las nuevas tecnologías para la prestación del servicio público no presencial.

El proyecto, de acuerdo al artículo 1. tiene como objetivo, además de lograr una mayor satisfacción laboral por su contribución a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal a su servicio, la modernización de la organización del trabajo, la potenciación del servicio público en general y la calidad del desempeño del mismo. (LORENZO DE MEMBIELA, 2007, Pág. 67)<sup>ccxi</sup>, adiciona otras ventajas como menores gastos en bienes raíces, mayor productividad, mayores utilidades en satisfacción del cliente y en servicio o beneficios ambientales.

El contenido del Proyecto contempla las modalidades posibles de teletrabajo, respondiendo a las sugerencias de los organismos sindicales y en consonancia con la normativa italiana. Define el teletrabajo como:

“(...) toda modalidad de prestación de servicios en la que se desarrolla una parte de la jornada laboral en un sistema no presencial y desde un puesto de trabajo en que se garanticen las condiciones exigidas en materia de prevención de riesgos laborales, de seguridad social, de privacidad y de protección y confidencialidad de los datos mediante el uso de los medios electrónicos, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en la forma y condiciones previstas en el presente Real Decreto y en las normas que lo desarrollen”

Con relación a la definición supratranscrita, la doctrina<sup>ccxii</sup> plantea las siguientes observaciones: nada se dice sobre el tipo de conexión que debe utilizar el teleempleado, ya que en estos casos lo importante es que éste dirija su prestación hacia la Administración que es la que podrá decidir mejor como dirigir y utilizar la prestación de su propio empleado. En otro orden, no se reduce a la modalidad de teletrabajo a domicilio, por el contrario, se amplía a todas las modalidades técnicamente posibles; dado que el teleempleado sigue adscrito a su unidad productiva originaria, el centro de

teletrabajo (domicilio, lugar itinerante, telecentro) no constituye una unidad productiva autónoma.

Otra importante acotación hace referencia **al carácter voluntario y por tiempo determinado**, de quien adquiere la calidad de teletrabajador, a través de una resolución emitida por el Subsecretario del Ministerio u órgano responsable en materia de personal, al cual le compete la incorporación del empleado público a un programa de teletrabajo. Se establece un periodo de prueba de tres meses y la reversibilidad del teletrabajo. En este caso, si surgen causas que alteren sustancialmente las condiciones que motivaron la resolución que concede la condición de teletrabajador, éste vuelve a recuperar la jornada que tenía asignada antes de asumir la prestación del servicio bajo la modalidad de teletrabajador.

En el Acuerdo Marco Europeo de 2002, al cual nos referiremos con posterioridad, no se contempla **causa de la reversibilidad o del retorno a las instalaciones**, sino que éste se remite a un acuerdo individual y/o colectivo, como también las modalidades de la misma, tratando de no legitimar el poder de la propia administración de disponer unilateralmente el destino del empleado (GAETA&PASCUCI, 2000, Pág. 207)<sup>CCXIII</sup>.

Con relación a la hipótesis de **prestación de servicios en jornada parcial**, se contempla en el proyecto que la modalidad no puede superar, con carácter general, el 50% de la jornada semanal y en ningún caso puede suponer una reducción salarial en comparación con la que corresponda ordinariamente al puesto de trabajo.

El establecimiento de las modalidades de distribución de la jornada, viene precedida de un proceso negocial entre la Administración, a través de sus Departamentos Ministeriales y sus Organismos Públicos, con las organizaciones sindicales en el ámbito de representación. Aquellos son los encargados de poner en marcha los programas de teletrabajo, de acuerdo al artículo 4.1 del proyecto, los cuales se aprueban anualmente por resolución de la Subsecretaría de la Presidencia o Dirección de dichos organismos. Estos entes públicos **deben facilitar a cada teletrabajador el equipo y las líneas de comunicación necesarias** para el desarrollo de sus funciones, financiando los costes derivados de su utilización y, además, debe implantar una plataforma informática adecuada a las tareas a realizar en la función pública. En caso de que el teletrabajador disponga de equipamiento y de ADSL se podrán sustituir los equipos y el tipo de conexión por otros más adecuados para el teletrabajo, siempre que dicha operación no conlleve perjuicios al empleado, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2 y 6.1 del proyecto. En ese sentido, antes del inicio del teletrabajo, y en consonancia con lo establecido en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo 2002, será necesario definir con claridad todas las cuestiones relativas al equipo de trabajo, responsabilidad y costes por su utilización, incluidas en éstos las de luz, teléfono, etc., que corren a cargo de la Administración.

Respecto **al Programa de teletrabajo** se requiere que en su contenido se determine un mínimo donde deben constar los objetivos y duración del programa; número y tipo de puestos de trabajo teletrabajables; modalidad o modalidades de distribución de la jornada de teletrabajo; número máximo de horas diarias o de jornadas a la semana en la que los

empleados habrán de desempeñar su puesto de trabajo de modo presencial y las que pueden ser teletrabajables; condiciones específicas que debe reunir el personal, procedimiento de selección; criterios y órganos de seguimiento del trabajo desarrollado por los teletrabajadores.

Con relación a las condiciones para teletrabajar, resulta necesario que el empleado se encuentre **en situación de servicio activo**, que tenga conocimientos de informática y que haya realizado previamente un curso de formación sobre teletrabajo. En el año de 2006, se elaboró un Manual<sup>CCXIV</sup> para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado, el cual reconoció esencial importancia al aspecto formativo, destinado a obtener un aprendizaje de las habilidades técnicas y organizativas que suponen una toma de conciencia de los cambios organizativos, tanto de la perspectiva laboral como privada. El empleado debe tener, además, dos años mínimos de antigüedad, ocupar un puesto de trabajo incluido en el programa de teletrabajo y reunir cualquiera otras condiciones establecidas en el correspondiente programa, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5, del Proyecto.

El Proyecto abre la posibilidad de que el teleempleado público desarrolle una parte de la jornada laboral en un sistema no presencia, y por lo tanto alterne su presencia en el centro de trabajo en el que desarrolle sus funciones con alguna de las modalidades de distribución de la jornada establecidos por los Departamentos Ministeriales y sus Organismos públicos y que, con carácter general, según anotamos anteriormente, no pueden exceder del 50% de la jornada laboral.

Finalmente, con relación a este tema, vale insistir que la naturaleza básica del teletrabajo en la Administración General del Estado español, radica en la conciliación de la vida familiar con la vida social, tal y como lo establece el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo y - como afirma (CABEZA, 2005, Pág. 38)<sup>ccxv</sup> - “donde se acentúa el papel del teletrabajador en la organización del trabajo, puesto que es a él a quien corresponde organizar su tiempo de trabajo”.

#### **2.3.6.1.6 El Teletrabajo Subordinado en el Sector Privado. El Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo.**

Consideramos conveniente destacar, en principio, que la normativa aplicable al teletrabajo asalariado no se deriva de la iniciativa legislativa local, sino que parte del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo 2002, el cual fue adoptado en el seno de la Unión Europea por los agentes sociales, y ha resultado insuficiente; en tal virtud, la doctrina, como hemos señalado, se ha mostrado partidaria de que se dicte una normativa de eficacia directa<sup>ccxvi</sup>.

El teletrabajo en el sector privado es aquél contemplado por las normas del Derecho del Trabajo, en especial, del Estatuto de Trabajadores, excerta que en su artículo 1.1, hace referencia a las relaciones entre trabajador y empresario. No cuenta con una regulación específica, prevaleciendo la voluntad de los agentes sociales como canal de reglamentación en las empresas correspondientes.

La carencia de una legislación específica constituye uno de los problemas más importantes que presenta el teletrabajo en España, siendo la negociación colectiva la alternativa supletoria ante tal ausencia legislativa. En España, sin embargo, los convenios colectivos que contemplan la implantación del teletrabajo no son numerosos<sup>ccxvii</sup> y aunque han aumentado a través de la aplicación del Acuerdo marco Europeo sobre Teletrabajo, su generalización es dudosa, considerando la naturaleza jurídica del Acuerdo<sup>ccxviii</sup> y el mecanismo por el que han optado los interlocutores sociales nacionales para su introducción.

El AMET ha sido incorporado en un anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003, “sin el rango de Acuerdo Interprofesional estatutario vinculante jurídicamente” (HERNANDO, 2003, Pág. 87)<sup>ccxix</sup>, detalle que no ha sido obstáculo para que se hayan suscrito diversos Acuerdos de implantación del AMET, en empresas como Telefónica de España, SAU, SHS Polar Sistemas Informáticos, SL y el Grupo Repsol YPF, pese al señalamiento de (SERRANO, 2003, Pág. 104)<sup>ccxx</sup>, en el sentido de que tal Acuerdo “carece de eficacia vinculante directa, en espera de ser negociado en cada uno de los Estados...”

A manera descriptiva se citan algunas materias relativas al teletrabajo, negociadas por los interlocutores sociales, en algunas de las empresas mencionadas, que reflejan el grado de ineficacia del AMET, en la implantación de condiciones uniformes y vinculantes relativas al teletrabajo<sup>ccxxi</sup>:

- El Acuerdo de la empresa **Telefónica de España**, SAU implanta la modalidad de teletrabajo a domicilio por un tiempo mínimo fijado con carácter general de dos días por semana, en aquellas actividades que son

susceptibles de esta modalidad de teletrabajo, de acuerdo a condiciones que toman como referencia las del AMET, entre ellas, la voluntariedad, la reversibilidad, tiempo del teletrabajo, formación, protección y confidencialidad de datos. En cambio, la empresa no asume la responsabilidad en el suministro de medios **en los mismos términos del AMET**, sino que se compromete a fijar los términos en que se facilitarán los medios de comunicación con la participación de la representación social, y a establecer un programa de dotación progresiva de los medios necesarios a los teletrabajadores. Y aunque las partes se comprometen a desarrollar fórmulas que permitan que durante el contrato de teletrabajo las comunicaciones no supongan costes para el teletrabajador, llama la atención que **el apartado relativo a “otros gastos” como agua, luz, calefacción corra por cuenta del teletrabajador.**

- En el Acuerdo de SHS Polar se recogen unas condiciones generales que, en cada caso, será necesario concretar entre los trabajadores que soliciten acceder a la modalidad de teletrabajo o los que sean propuestos por la empresa, con la aceptación de los trabajadores. El Acuerdo contempla dos modalidades posibles de teletrabajo: el total y el parcial (unos días de la semana desde casa y otros desde la oficina del cliente o de la empresa), y que siempre que se requiera la presencia del trabajador éste deberá apersonarse en las dependencias de la empresa. Llama la atención que se puede optar por una modalidad total cuando, en principio, otras empresas de comunicaciones como Telefónica no la recoge directamente;
- El Acuerdo de implantación progresiva de teletrabajo en el grupo Repsol YPF opta por asumir el teletrabajo parcial que es “el que se viene ordenando en la mayor parte de los convenios colectivos, incorporando en sus cláusulas una serie de requisitos básicos para poder realizar teletrabajo, las obligaciones y derechos del teletrabajador, las relacionadas con los medios para la prestación del trabajo, la protección de datos y el uso de internet en los términos recogidos en el AMET.

En virtud de que el clausulado del AMET, constituye la fuente de los Acuerdos de empresa o los convenios colectivos para la implantación del teletrabajo, abordaremos posteriormente, su estudio, siendo pertinente, a nuestro juicio, analizar previamente el trato que, en sede jurisprudencial, ha tenido el teletrabajo subordinado.

2.3.6.1.7 **Recepción por los Tribunales Sociales de la definición del Teletrabajo subordinado.**

En el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo se define el teletrabajo como:

“una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de éstos locales de forma regular”

En principio, se colige que el AMET contempla el campo de actuación del teletrabajo exclusivamente en el contexto de un contrato o de una relación de trabajo, al margen de toda consideración extralaboral. Por consiguiente, implica la prestación por un trabajador a un empresario o empleador de una actividad laboral en régimen de dependencia y ajenidad, como en cualquier relación laboral. Esta definición ha sido recogida por los tribunales sociales españoles en diversos<sup>ccxxii</sup> pronunciamientos. Así, mediante la **Sentencia de 18 de septiembre de 2002** (JUR 2002/255330), dictada por el Tribunal Superior de justicia de Cataluña (Sala de lo Social), se señaló lo siguiente:

“(…) la evolución de la identificación de la nota dependencia (donde basta que se aprecie la existencia de la inserción en un orden organizado y la prestación del trabajo bajo la disciplina del empresario, en su círculo rector) permite incluir dentro del concepto de relación laboral al teletrabajo, en el que no existe presencia física en el círculo rector del empresario”

De la definición transcrita emergen dos supuestos bien definidos, en la identificación del teletrabajo, los cuales también han tenido recepción jurisprudencial.

- El Lugar de trabajo.

➤ El Uso de las nuevas tecnologías.

En efecto, mediante **Sentencia de 30 de septiembre de 1999 (AS 1999/3321)**, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se expuso lo siguiente:

“(...) se ha señalado la existencia de una relación laboral, propiciada por las nuevas tecnologías, (...) siendo claro que igual prestación ha recibido la empresa de los trabajadores a través de internet que si los mismos hubieran estado físicamente en su propias instalaciones, debiéndose asimilar a la presencia física la presencia virtual (...) porque en fin el resultado para ambas partes de la relación laboral es idéntico (...) pero en todo caso la forma de la prestación del servicio no es sino una condición más del contrato (...) que constituye un pacto libremente aceptado por trabajadores y empresa y desde luego no implica la inexistencia del contrato de trabajo, sino una de las condiciones del mismo, no pudiéndose admitir que los avances de la ciencia (...) lleguen a suponer, como pretende la empresa, un retroceso social favoreciendo la precariedad del empleo o el trabajo sumergido, por lo que en todo caso la legislación laboral debe ser aplicada”<sup>CCXXIII</sup>

Y, a través de la **Sentencia de 11 de febrero de 2000 (AS 2000/1243)**, pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se sostuvo que:

“(...) el hecho de que el trabajador pudiera elegir el lugar de trabajo, junto a la jornada y el horario son elementos que no desvirtúan el carácter laboral del vínculo (...) porque, en definitiva, realizan sus funciones en iguales condiciones que cualquiera de los empleados en la sede central, reflejando el alto grado de dependencia y escasa autonomía al realizar su actividad”<sup>CCXXIV</sup>

Los presupuestos mencionados identifican la forma de prestación con el teletrabajo y, en consecuencia, se incluyen en el ámbito de aplicación de la normativa laboral, cuando la prestación de servicios del teletrabajador se realiza de acuerdo con las particularidades del trabajo asalariado (**voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución**), derivadas del contenido del artículo 1.1, del Estatuto de Trabajadores.

La voluntariedad consiste en el compromiso libremente asumido por los sujetos del contrato de trabajo que se obligan a cumplir lo pactado, siempre y cuando no sea contrario a la ley, la moral ni al orden público, según lo dispone el artículo 1255, del Código Civil español. A su vez, debe entenderse, que la prestación a la que se comprometen las partes es de carácter personal, esto es, la actividad desarrollada por un trabajador asalariado, sujeto plenamente identificado en la relación contractual, a diferencia de otras modalidades contractuales civilistas.

La ajenidad se expresa en el destino de los frutos del trabajo, de tal manera que “quien trabaja” no se apropia de los frutos del trabajo; en los riesgos, puesto que “quien trabaja” no asume los riesgos del trabajo; en el mercado, ya que es el empleador quien ofrece el resultado del trabajo al mercado; o bien en la utilidad patrimonial del trabajo, considerando que el trabajador no traslada frutos o productos sino utilidades patrimoniales de valoración económica (ALONSO OLEA, 1981, Pág. 23)<sup>ccxxv</sup>, (BAYÓN CHACÓN&PÉREZ BOTIJA, 1974, Pág. 23 y sgts)<sup>ccxxvi</sup>, (ALARCÓN, 1986, Pág. 495).<sup>ccxxvii</sup>

De acuerdo, entre otras<sup>ccxxviii</sup>, a la Sentencia de 19 de enero de 1987 (RJ 1987/59), dictada por el Tribunal Supremo, la dependencia no sólo se concibe como la inserción en el ámbito de organización y dirección empresarial, sino también como el sometimiento del trabajador a los poderes del empresario. La retribución alude a la contraprestación económica denominada salario.

La evolución que ha experimentado el elemento “dependencia”, como configurador de la relación de trabajo, incide en la aplicación del catálogo tradicional de indicios como

determinantes y excluyentes de la relación de trabajo, transformándolos en criterios orientativos, según **la Sentencia de 22 de abril de 1996** (RJ 1996/3334), dictada por el Tribunal Supremo, parámetros que, de acuerdo a **la Sentencia de 18 de septiembre de 2002** (JUR 2002/255330), dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, permiten la inclusión, dentro del concepto de relación de trabajo, diversas expresiones “atípicas” como el teletrabajo en el que no existe presencia física en el círculo rector del empresario, concretándose ésta mediante una presencia virtual a través de conexiones informáticas y otros medios de comunicación<sup>CCXXIX</sup>.

Ahora bien, si cierto es que lo determinante para calificar una relación jurídica como laboral o mercantil no reside en la forma de remuneración ni en su cuantía, sino en las expresadas notas de ajenidad y dependencia, las cantidades variables que recibe el trabajador no son incompatibles con el carácter laboral del vínculo entre las partes, criterio mantenido por la Sentencia de 30 de mayo de 1995 (AS 1995/1790), dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares (en el caso de los trabajos informativos). Y es que el artículo 26 del Estatuto de Trabajadores considera salario:

“(…) la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, cualquiera que sea la forma de remuneración”

Se cita como ejemplo, el caso de un teletrabajador, profesional liberal, que enviaba las noticias conforme a su propio criterio, con retribuciones fijas mensuales, de las que una parte fueron a porcentaje por reportaje, contenido en la Sentencia de 23 de mayo de 2001 (AL 2001/1194), dictada por el Tribunal Supremo.

#### 2.3.6.1.8 El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, de 2002.

Tal y como hemos señalado en párrafos precedentes, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo fue suscrito el 16 de julio de 2002, en Bruselas por los interlocutores sociales (UNICE/UEAPME, CEEP Y CES - incluyendo representantes del Comité de Enlace CEC/Eurocuadros -). Sus firmantes declaraban considerar al teletrabajo:

“(...) a la vez como un medio de modernizar la organización del trabajo para las empresas y organizaciones de servicios públicos y para los trabajadores reconciliar la vida profesional y vida social y darles una mayor autonomía en la realización de sus tareas”.

##### 2.3.6.1.8.1 El Carácter Voluntario del Teletrabajo.

El AMET, entre sus cláusulas, afirma el carácter voluntario del teletrabajo tanto para el trabajador como para el empresario, admitiéndose que el acuerdo entre ambos sobre la adopción de esta modalidad de trabajo forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo o se incorpore voluntariamente posteriormente. El carácter voluntario implica que cualquiera de las partes, trabajador o empresario, que recibe una propuesta en tal sentido de su contraparte puede aceptarla o rechazarla. Con relación a este aspecto, traemos a colación la cláusula 3, del AMET, que textualmente señala lo siguiente:

“El Teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario afectados. El teletrabajo puede formar parte de la descripción inicial del puesto de trabajo o puede incorporarse de forma voluntaria más tarde. En ambos casos, el empresario entregará al teletrabajador las informaciones escritas pertinentes conforme a la Directiva 91/533/CEE, que comprende informaciones relativas a los convenios colectivos aplicables, una descripción del trabajo a realizar, etc. Las especificidades del teletrabajo normalmente requieren informaciones escritas complementarias sobre cuestiones tales como el departamento al que está adscrito el teletrabajador, su inmediato superior u otras personas a las que puede dirigirse para informarse sobre temas profesionales o personales,

modalidades de entrega de informes, etc. Si el teletrabajo no forma parte de la descripción inicial del puesto, y si el empresario hace una oferta de teletrabajo, el trabajador puede aceptarla o rechazarla. Si es el trabajador quien expresa su deseo de teletrabajar, el empresario puede aceptarla o rechazarla. El paso al teletrabajo en tanto que tal, puesto que modifica únicamente la manera en que se efectúa el trabajo, no afecta el estatus laboral del trabajador. La negativa de un empleado a teletrabajar no es, en sí, un motivo de rescisión de la relación laboral, ni de modificación de las condiciones de trabajo de este trabajador. Si el teletrabajo no forma parte de la descripción inicial del puesto, **la decisión de pasar a teletrabajo es reversible** por acuerdo individual o colectivo. La reversibilidad puede implicar una vuelta al trabajo en los locales de la empresa a demanda del trabajador o del empresario. Las modalidades de esta reversibilidad se establecerán por acuerdo individual y/o colectivo”

Se destaca, del contenido de la Cláusula, la preocupación de los agentes sociales en las empresas que pretendan llevar a cabo el tránsito a esta nueva forma de organización del trabajo, en los casos en que el teletrabajo no forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, ya que ante la renuncia a optar por él, no se convierta por este hecho, en una razón válida para extinguir la relación de trabajo o modificar los términos y condiciones de trabajo, en consecuencia, debemos entender que tales decisiones, fundadas en esa negativa, serían nulas. (MELLA MENDEZ, 2003, Pág. 29)<sup>ccxxx</sup>, a propósito, señala que de aceptarse lo contrario, “se desvirtuaría el principio general de la voluntariedad en el acceso al teletrabajo”.

No obstante, el AMET no contiene fórmula alguna que sancione con la nulidad cualquier decisión empresarial que incumpla la norma convencionalmente establecida, lo que vacía de contenido la garantía del mantenimiento de las condiciones laborales del trabajador, pese a que en su texto se establece que el paso al teletrabajo no afecta el estatus del trabajador porque sólo modifica la forma de realización del trabajo. En adición a lo expuesto, la imposibilidad de extinguir la relación de trabajo en la hipótesis de

rechazo del trabajador a la oferta del empleador contemplada en el AMET, podría quedar sin eficacia jurídica, toda vez que el empleador, sustentado en el artículo 51.1 del Estatuto de Trabajadores, podría extinguirla cuando concurren alguna de las causas previstas en este precepto, en especial, causas de naturaleza organizativa, bastándole al empleador fundamentar la razonabilidad de la medida extintiva en el hecho de que contribuirá a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma. Se trataría, en el caso reseñado, de una decisión estrictamente organizativa lejos de la represalia a la que alude el AMET, cuando sustrae de las causas de rescisión de la relación de trabajo la negativa del trabajador a teletrabajar.

Otra situación interesante que se suscita ante la oferta de teletrabajo del empleador, es aquella que implica **la fijación del lugar de trabajo en el domicilio del trabajador**, supuesto que doctrinal (GALLARDO, 2006, Pág. 173)<sup>ccxxxix</sup> y jurisprudencialmente<sup>ccxxxii</sup> ha sido objetado, esencialmente, debido a que el domicilio no puede convertirse en un lugar de trabajo mediante una modificación unilateral del empleador o por decisiones de la autonomía colectiva, en virtud de que el trabajo a domicilio, no sólo invade la esfera privada del trabajador, sino que incide en la familia, la cual no tienen que soportar que el espacio físico donde convive se convierta por imposición en el lugar de desarrollo de la prestación.

Otra de las materias reguladas por el AMET, consiste en la solicitud, por cualquiera de las partes contractuales, **de retorno a las instalaciones del empleador**. El Acuerdo contempla su posibilidad siempre y cuando hayan sido concertadas, individual o colectivamente, las modalidades de reversibilidad. (MELLA, 2003, Pág. 29)<sup>ccxxxiii</sup>, cita

unos Acuerdos de implantación de teletrabajo, con **inclusión de las causas de reversibilidad**, suscrito con las empresas **Telefónica España, SAU y SHS Polar**, los cuales, por lo interesante de sus contenidos, reproducimos a continuación:

“En el Acuerdo de implantación del teletrabajo de la empresa Telefónica de España, SAU, se especifican las causas de reversibilidad tanto a iniciativa del trabajador (durante los dos primeros meses o, en su caso, al finalizar el periodo del año, salvo que concurren circunstancias excepcionales que serán convenientemente valoradas por RRHH, en coordinación con su unidad de pertenencia) como de la empresa (razones de organización del trabajo o causas productivas o tecnológicas, cambio de actividad del teletrabajador, cambio de puesto de trabajo y cuando no se adecúa al perfil requerido para el teletrabajo) (...) En el Acuerdo en materia de teletrabajo de SHS Polar, Sistemas Informáticos S.L., se contempla la reversibilidad a petición del trabajador (en cualquier momento cabe la posibilidad de su notificación a la empresa) y a petición de la empresa (a la finalización del proyecto de teletrabajo sin posibilidad de continuidad en esta modalidad y la forzosa “ cuando se vea la imposibilidad operativa o capacidad del trabajador en la modalidad de teletrabajo, volviendo a las oficinas del cliente o de SHS Polar (...) de acuerdo con unos plazos estipulados en el mencionado Acuerdo.”

Vale destacar que este tipo de acuerdos sólo son viables en la hipótesis de que el teletrabajo no sea parte de la descripción inicial del trabajo, en caso contrario, aunque el AMET no lo contempla, no sólo es posible, sino conveniente al empresario, quien, unilateralmente, puede llevar a cabo esa reversibilidad a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

#### 2.3.6.1.8.2 Organización del Trabajo.

El AMET, regula en el Punto 9, lo relativo a las previsiones en materia de **organización del trabajo**, en los siguientes términos:

- 1) Corresponde al teletrabajador gestionar la organización de su tiempo de trabajo, en el marco de la legislación, de los convenios colectivos y de las reglas de la empresa aplicables.
- 2) La carga del trabajo y los criterios de resultado del teletrabajador deberán ser equiparables a las de los trabajadores comparables en los locales de la empresa.
- 3) Para prevenir el aislamiento del teletrabajador, en relación con los otros trabajadores de la empresa, el empresario deberá tomar medidas para darle ocasión de reunirse regularmente con sus compañeros y tener acceso a las informaciones de la empresa.

Con relación a este punto del AMET, debemos entender que la facultad otorgada a los teletrabajadores **para gestionar la organización de su tiempo de trabajo**, debe traducirse en una gestión autónoma tanto en lo relativo a la jornada laboral como del tiempo de trabajo y los descansos. Sobre el particular, (MELLA, 2003, Pág. 45)<sup>ccxxxiv</sup> argumenta que la flexibilidad otorgada a través del precepto será mayor o menor, en función de la modalidad de teletrabajo y del tipo de comunicación pactado.

La equiparación de la carga del trabajo y el rendimiento de los teletrabajadores a aquellos trabajadores presenciales - denominados en el AMET “trabajadores comparables” - cobra especial interés, debido a que, de acuerdo a (BELZUNEGUI, 2002)<sup>ccxxxv</sup>, la carga de trabajo ha sido utilizada como medida de control indirecto de la jornada laboral y de la productividad del teletrabajador, desde el momento en que las empresas que han implementado el teletrabajo han aumentado la carga de trabajo a sus teletrabajadores con la finalidad de estrechar el control del tiempo de trabajo de los mismos, así como de los resultados obtenidos, produciéndose una reducción de la autonomía en cuanto a la organización del tiempo de trabajo del propio teletrabajador.

El teletrabajo conlleva una serie de desventajas, según hemos apuntado, para el teletrabajador, entre ellos, el aislamiento al que puede verse expuesto, respecto de sus otros compañeros de trabajo. Este inconveniente resulta ser uno de los que más puede afectar la prestación de servicios a distancia. El AMET regula este aspecto e impone a los empresarios el deber de realizar una labor de prevención del mismo, sustentada básicamente, en el derecho del teletrabajador a relacionarse con sus compañeros de trabajo mediante el correo electrónico y, en general, a través de las mismas herramientas que permiten realizar la prestación a distancia. (THIBAUT&JURADO, 2003, Pág. 62)<sup>CCXXXVI</sup>, al respecto, sostienen que la utilización de estas herramientas estará en función de lo que disponga el empresario, negando cualquier uso social del correo electrónico en el trabajo. En ese mismo orden de ideas, al teletrabajador se le debe garantizar la convivencia regular con sus compañeros, así como **acceder a la información de la empresa**, sobre todo de los aspectos relevantes de la misma, como los derechos de promoción, cambio de puesto de trabajo o empresa, cuyo desconocimiento pueda menoscabar los derechos laborales del teletrabajador.

#### 2.3.6.1.8.3 Informaciones que debe facilitar el empresario.

Cuando bien inicialmente o bien por acuerdo modificativo se adopte un sistema de teletrabajo, el empresario entregará, según el Punto 3.2 del AMET, al teletrabajador, **las informaciones escritas pertinentes**, conforme a lo establecido en la Directiva 91/533/CEE, que comprende informaciones relativas a los convenios colectivos aplicables, una descripción del trabajo a realizarse, etc. Las especificidades del teletrabajo requieren, además, informaciones complementarias sobre cuestiones como el

departamento al que está adscrito el teletrabajador, su inmediato superior u otras personas a las que puede dirigirse para informarse sobre temas profesionales o personales, modalidades de entrega de informes, etc. El Estatuto de Trabajadores se ha hecho eco de la exigencia regulada en la Directiva mencionada, a través del artículo 8.5, al establecer que:

“(...) cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito”

#### 2.3.6.1.8.4 Condiciones de empleo y formación de los teletrabajadores.

El AMET, aborda el tema de las condiciones de empleo, sugiriendo **la equiparación de los teletrabajadores con los trabajadores ordinarios.** (CAMPS RUIZ, 2011), afirma que “aun aceptando que sus peculiaridades pueden hacer necesarios acuerdos específicos complementarios, individuales o colectivos, el punto 4 del AMET señala que los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios aplicables que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa”. Este mismo principio de equiparación con el resto de los trabajadores se contempla, en el Punto 10 del AMET, con relación **al acceso de la formación y a las oportunidades de desarrollo de la carrera profesional**, incluyendo las políticas de evaluación. Dicho precepto dispone lo siguiente:

“Los teletrabajadores tienen el mismo acceso a la formación y a las oportunidades de desarrollo de la carrera profesional que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa y están sujetos a las mismas políticas de evaluación que el resto de los trabajadores”

“Los teletrabajadores reciben una formación adecuada para utilizar el equipo técnico a su disposición y sobre las características de esta forma de organización del trabajo. El supervisor de los teletrabajadores y sus colegas directos pueden también necesitar formación adecuada para esta forma de trabajo y gestión”

La cláusula décima transcrita se fundamenta, esencialmente, en el principio de igualdad y en el destino específico de la misma con relación al equipo técnico y a las características del teletrabajo<sup>ccxxxvii</sup>. Se observa que la norma tiene como destinatario, en adición al teletrabajador, al supervisor de éste y a sus compañeros directos, quienes pueden necesitar de la formación correspondiente. La aplicación del principio de igualdad responde a la necesidad de dotar de igual formación a todos los trabajadores de la empresa, comparables o no, sin perjuicio, de que se le brinde a los teletrabajadores una formación e información específica y exclusiva<sup>ccxxxviii</sup>, con relación al equipo técnico puesto a su disposición y a las características de esta forma de organización, por ejemplo, sobre sistemas de intercomunicación que existan con la empresa, los medios de control utilizadas por ésta, el software que se instale, medidas preventivas y riesgos del trabajo concretos.

Un aspecto interesante en la formación de los teletrabajadores, lo constituye la **finalidad** de ésta, la cual radica, no en la formación de especialistas en internet, sino en la dotación al teletrabajador de los conocimientos necesarios para poder desarrollar la actividad laboral a distancia, complementada, una vez superada la formación básica, por la formación continua que juega un papel primordial canalizable mediante el mecanismo

de la teleformación, dado que el desarrollo del teletrabajo fomenta la teleformación y viceversa.

#### **2.3.6.1.8.5 Protección de Datos y Vida Privada del teletrabajador.**

El AMET, le adscribe al empresario, **la responsabilidad en la protección de datos**, a fin de que éste implemente las medidas adecuadas, especialmente con relación al software, para asegurar la protección de los datos utilizados y procesados por el trabajador para usos profesionales. El AMET, Mediante los puntos 5 y 6, regula ambos aspectos: la protección de datos y la vida privada del teletrabajador, así:

##### **“5) Protección de datos.**

El empresario es responsable de tomar las medidas que se imponen, especialmente en los que se refiere al software, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales. El empresario informa al teletrabajador de toda legislación o normativa de la empresa referente a la protección de datos. Es responsabilidad del teletrabajador el cumplimiento de estas normas. El empleador deberá informar al trabajador especialmente sobre: cualquier limitación en la utilización del equipo o de herramientas informáticas tales como internet; las sanciones en caso de incumplimiento.

##### **6) Vida privada.**

El empresario respeta la vida privada del teletrabajador. Si se instala un sistema de vigilancia, éste debe ser proporcional al objetivo perseguido e introducido según lo establecido en la directiva 90/270 relativa a las pantallas de visualización.”

La información relevante que debe proporcionar el empresario al teletrabajador, **relativa a la legislación** y las normas en materia de protección de datos, se circunscriben, entre otras a las siguientes: Artículo 18.4 de la Constitución Española; la Ley Orgánica Nº 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal; RD

1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal; la Directiva 95/46/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de la comunicación electrónica.

Respecto a las normas internas de la empresa que deben ser informadas al teletrabajador, debe hacerse mención, en especial, de aquellas que establecen restricciones en el uso del equipo de tratamiento de la información o de herramientas como Internet, así como de las sanciones establecidas para los supuestos de incumplimientos. El Tribunal Supremo, se ha pronunciado al respecto, entre otras, mediante **Sentencia de 26 de septiembre de 2007 (Rec. N° 966/2006)**, en la cual señaló que:

“(…) lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios - con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales - e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones”

En realidad, se parte de la premisa que reconoce la calidad de instrumentos de trabajo a los útiles y equipos informáticos y sobre los cuales la empresa puede establecer libremente su régimen de utilización y que el trabajador, correlativamente, deberá

necesariamente observar, de acuerdo con un deber de diligencia que le hace responsable una vez que haya recibido las particulares informaciones que deberían canalizarse convenientemente a través de la negociación colectiva. Según plantea (PÉREZ DE LOS COBOS, 2005, 1331)<sup>ccxxxix</sup>, este tipo de disposiciones no pretende delimitar las actuaciones no permitidas a los teletrabajadores, puesto que radica más bien en co-responsabilizar al empresario y al trabajador en la protección de los datos. Vale destacar que son cada vez más frecuentes los convenios colectivos<sup>ccxi</sup> que contemplan estos aspectos estableciendo, por ejemplo, la obligación del empleado de utilizar el software que determinen los procedimientos y normas de la empresa, así como la utilización de los mismos por cuestiones profesionales de la actividad de la propia empresa y en beneficio de la misma. También se prohíbe la utilización de aquellos no autorizados por la empresa, o programas propios o de uso particular del empleado, así como introducir contraseñas privadas o autorizadas por el administrador del sistema de la empresa para fines privados, y la utilización de cualquier medio de comunicación vía intranet – internet, correo electrónico o cualquier otra modalidad que exista o pueda existir para uso particular o privado. Sin embargo, puede suceder que la información no goce de las garantías de protección suficientes, y hagan uso de ella personas no autorizadas, o en el caso de que las medidas protectoras sean insuficientes o inadecuadas o sobrevengan hechos fortuitos (averías) o ajenos a la voluntad de las partes. En estos casos, argumenta (MELLA, 2003, “Pág. 34”)<sup>ccxli</sup> si el teletrabajador actuó diligentemente y conforme a derecho, éste no tendrá responsabilidad alguna.

Con relación a la **Directiva 90/270/CEE, de 29 de mayo de 1990**, mencionada en el Punto 6 del AMET, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud, respecto al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización, ella establece la obligación de los empresarios, entre otras, de paliar los posibles riesgos para la vista y los problemas físicos y de cansancio mental de los trabajadores, organizando la actividad laboral de forma que el trabajo diario con pantalla se interrumpa periódicamente por medio de pausas o cambios de actividad, realizando los oportunos reconocimientos oftalmológicos y proporcionando información a los trabajadores sobre las medidas aplicables a su puesto de trabajo así como una formación sobre las modalidades de uso. El Punto 6, impone el respeto a la privacidad del teletrabajador, obligando al empresario a que el equipo instalado de sistema de control, sea proporcionado a su finalidad y presentado de acuerdo a los lineamientos de la Directiva 90/270, esto es, entre otros aspectos, que “no deberá utilizarse ningún dispositivo mínimo de control cuantitativo o cualitativo sin que los trabajadores hayan sido informados y previa consulta con sus representantes”. Como ha advertido un sector de la doctrina<sup>ccxlii</sup>, una actividad laboral que se ejecuta fuera del centro de trabajo puede ser supervisada como si el trabajador estuviera en los locales de la empresa, aunque se hace la salvedad de que la finalidad de esa cláusula no es garantizar el ejercicio del control empresarial, sino el respeto a la vida privada del teletrabajador. En todo caso, estimamos que la admisibilidad del control informático de la prestación debe conjugarse con dos principios básicos: uno, el del conocimiento previo por parte de los trabajadores y, otro, el de proporcionalidad que requerirá ponderar las características del control, los riesgos inherentes a la actividad

laboral, el hecho de que se consienta o no la utilización del sistema informático para fines personales, etc.

#### 2.3.6.1.8.6 Equipamiento y Gastos de la actividad.

El AMET señala que todas las cuestiones relativas al equipamiento de trabajo, responsabilidades y costos deben quedar definidas claramente **antes de iniciar el teletrabajo** y que, como regla general, corresponde al empresario facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo regular, salvo que el teletrabajador utilice su propio equipo. El empresario debe cubrir los costes originados por el teletrabajo regular, en particular los ligados a las comunicaciones, y dotar al teletrabajador del adecuado servicio de apoyo técnico (según se establece en los Puntos 7.3 y 4). También es responsabilidad del empresario, conforme a la legislación nacional y los convenios colectivos, asumir los costes ligados a la pérdida o a los desperfectos de los equipos y de los datos utilizados por el teletrabajador, quien por su parte estará obligado a cuidar de los equipos que le hayan sido confiados y a no descargar ni difundir material ilícito vía internet (Puntos 7.5 y 6).

Las experiencias convencionales<sup>ccxliii</sup> en materia de teletrabajo cuentan con la posibilidad de que el equipo sea proporcionado por el trabajador, sin embargo, este hecho no afecta la calificación de la relación, al no constituir en sí mismo un elemento de laboralidad o extralaboralidad. Si el equipo es proporcionado por el trabajador y no se alcanza un acuerdo individual, la instalación y el mantenimiento **serán responsabilidad del trabajador**, recayendo la responsabilidad de los gastos de comunicaciones (luz o

teléfono) o los que origine la pérdida de los datos o daños en éstos, **en el empresario.**

Un dato curioso lo constituye el contenido del Acuerdo de Implantación de teletrabajo por la empresa Telefónica de España, SAU, en esta materia, ya que, por un lado, contempla el compromiso de las partes para desarrollar las fórmulas que permitan que durante el contrato de trabajo, éste no suponga para el teletrabajador coste en sus comunicaciones. Sin embargo, en el apartado de “otros gastos” menciona expresamente que los de agua, luz, calefacción corren a cargo del teletrabajador.

#### 2.3.6.1.8.7 Derechos Colectivos.

El AMET, en el Punto 11.1, insiste en la equiparación de los teletrabajadores con el resto de los trabajadores en materia de derechos colectivos, no debiendo suponer un obstáculo para la comunicación con los representantes de los trabajadores. Este principio general se materializa a través de algunas previsiones puntuales como las siguientes.

- 1) Las condiciones de participación y elegibilidad de los teletrabajadores en las elecciones para las instancias de representación de los trabajadores deben ser las mismas que se apliquen a los restantes trabajadores;
- 2) Los teletrabajadores deben computarse del mismo modo que quienes no lo sean a efectos de determinar los umbrales necesarios para dichas instancias de representación - conforme a las legislaciones europeas y nacionales, y a los convenios colectivos y prácticas nacionales - a cuyo fin los teletrabajadores

deberán quedar asignados de antemano a un establecimiento o centro de trabajo para el ejercicio de sus derechos colectivos.

- 3) Los representantes de los trabajadores deberán ser informados y consultados sobre la introducción del teletrabajo, conforme a las legislaciones europeas y nacionales, así como los convenios colectivos y prácticas nacionales.

Un análisis detenido de los planteamientos descritos en el AMET, ameritan algunos comentarios: si bien el contenido hace alusión a los “derechos colectivos”, en esencia, solo aborda algunas cuestiones relacionadas con los derechos de representación, omitiendo el tratamiento de los restantes derechos colectivos, lo que implica que los interlocutores sociales de los distintos Estados miembros, deberán asumir la regulación y desarrollo del resto de esos derechos colectivos, como aquellos no previstos relacionados con el derecho de representación. Con base a lo reseñado, (BAYLOS GRAU&VALDÉS, 2004, Pág. 141)<sup>ccxlv</sup>, argumentan que en el ejercicio de éste derecho, se advierten dificultades tanto en la configuración de los órganos de representación y el ejercicio de sus funciones como en los derechos de participación, derivados, principalmente, por la deslocalización del trabajo, rasgo predominante del teletrabajo, y que requiere una adecuación de la normativa existente en materia de derechos colectivos a las particularidades de esta forma de prestación de servicios por cuenta ajena y dependiente.

La deslocalización y el trabajo prestado a distancia con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, por el teletrabajador, no favorecen el ejercicio de representación de los trabajadores, al menos como venía desarrollándose en el modelo fordista (ESCUDERO, 2000, Pág. 841)<sup>ccxlv</sup>. Las dificultades anotadas, impulsan a los

sujetos negociadores del AMET a plantear algunas pautas reflejadas en la **cláusula undécima**, sin entrar a concretar cuáles pueden ser las medidas destinadas a facilitar la efectividad de los derechos colectivos en el teletrabajo, cuyo contenido es el siguiente:

“Los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que el resto de los trabajadores de la empresa. No es obstáculo para la comunicación con los representantes de los trabajadores. Los teletrabajadores están sometidos a las mismas condiciones de participación y elegibilidad en las elecciones para las instancias representativas de los trabajadores o que prevean una representación de los trabajadores. Los teletrabajadores están incluidos en el cálculo determinante de los umbrales necesarios para las instancias de representación de los trabajadores, conforme a las legislaciones europeas y nacionales, así como a los convenios colectivos y prácticas nacionales. El establecimiento al que el teletrabajador será asignado con el fin de ejercer sus derechos colectivos se precisa de antemano. Los representantes de los trabajadores son informados y consultados sobre la introducción del teletrabajo, conforme a las legislaciones europeas y nacionales, así como los convenios colectivos y prácticas nacionales.

Se establece, según afirmamos con anterioridad, que los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que los restantes trabajadores del local empresarial, aunque el silencio del AMET, sobre la forma como el teletrabajador puede desempeñar esa función de representación, en el caso de resultar ser elegido, plantea serias dudas sobre la igualdad proclamada, salvo que la negociación colectiva lo establezca expresamente. El Estatuto de Trabajadores le reconoce a los teletrabajadores las mismas condiciones de participación y elegibilidad, para las elecciones de los órganos de representación unitaria en la empresa, siendo necesario que desde el inicio del teletrabajo se haga constar la adscripción del teletrabajador al centro de trabajo a los efectos del ejercicio de los derechos colectivos. El problema surge en la forma de computar los teletrabajadores y el tipo de órgano a constituir, de acuerdo con lo establecido en los artículos 62.1, 63.1 y 3

del Estatuto de los Trabajadores, **para el caso de la representación unitaria**. Las normas en cuestión, aparecen en el Capítulo I (Del Derecho de representación colectiva), Sección 1ª (Órganos de representación), artículo 62.1 (Delegados de Personal), artículo 63.1 (Comité de Empresas), señalan respetivamente lo siguiente:

**“Artículo 62. Delegados de Personal.**

1. La representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de cincuenta y más de diez trabajadores corresponde a los delegados de personal. Igualmente podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran éstos por mayoría.

Los trabajadores elegirán, mediante sufragio libre, personal, secreto y directo a los delegados de personal en la cuantía siguiente: hasta treinta trabajadores, uno; de treinta y uno a cuarenta y nueve, tres”.

**“Artículo 63.1. Comités de empresa.**

1. El comité de empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de cincuenta o más trabajadores.”

En el caso del teletrabajo, tal y como hemos sostenido, al teletrabajador se le adscribirá a la unidad técnica productiva de la que dependa, en cuanto a la prestación del trabajo. En consecuencia, pertenecerán al mismo centro de trabajo todo el personal que preste sus servicios en el interior, así como los que los preste en el exterior, siempre y cuando lo hagan bajo la dependencia de la misma unidad técnica productiva, esto es, se computan tanto los trabajadores presenciales como los teletrabajadores. Sin embargo, no surgirá ningún inconveniente si el teletrabajador se encuentra conectado y realiza su labor exclusivamente para un centro de trabajo de la empresa, de forma continua, ya que no habrá duda alguna en cuanto a la adscripción del teletrabajador; no obstante, si la

conexión es a la red informática de la empresa, sin una localización material en un centro de trabajo concreto, se plantean dudas que habrá que resolver atendiendo al criterio de “razonable adscripción”, acudiendo a elementos como al contenido del trabajo prestado y a su relación con la parte correspondiente de la estructura organizativa de la empresa.

Finalmente, abordamos uno de los aspectos más controvertibles en el ejercicio de los derechos colectivos de los teletrabajadores: es el referente al tratamiento que la empresa dé al uso sindical de los medios informáticos. El texto del AMET, señala que “no se pondrán obstáculos a su comunicación con los representantes de los trabajadores”<sup>ccxlvii</sup>, expresión que peca de ineficaz, considerando que ella no supone el reconocimiento de un derecho al uso de los medios puestos a disposición por la empresa para comunicarse con sus representantes, puesto que los medios tradicionalmente utilizados han quedado obsoletos y carecen de utilidad en un modelo de trabajo a distancia. Ante la ausencia de una normativa específica en la materia y la mención expresa en el AMET, debe acudir a la negociación colectiva, a través de la cual se puede garantizar la utilización de los instrumentos de trabajo para el ejercicio de los derechos colectivos como el de información y comunicación con los representantes de los trabajadores.

En la esfera jurisprudencial, se ha contemplado la situación y, es así, que en la **Sentencia de 7 de noviembre de 2005 (281/2005)**, emitida por el Tribunal Constitucional, sobre el uso sindical del correo electrónico, reconoce a los sindicatos el derecho al uso del correo electrónico de la empresa como medio para distribuir información sindical a los trabajadores, siempre y cuando dicho instrumento existiese en la empresa. No obstante, (**RUBIO MEDINA**, 2003, Págs. 22-23)<sup>ccxlviii</sup>, argumenta que la **Sentencia de 26 de noviembre de 2001**, emitida por el Tribunal Supremo, fijó algunos

parámetros al respecto, sosteniendo que el uso del correo electrónico por el sindicato sería viable, siempre y cuando concurrieran algunos presupuestos. En lo medular de esta sentencia se señaló, según el autor citado, lo siguiente:

“El asunto se ha solucionado mediante la STS 26.11.2001. El conflicto se produjo porque la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de CC.OO. remitió información a una sección sindical en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria utilizando el servidor interno de la empresa. Por la avalancha de correos enviados por la Federación se provocó la saturación del servidor, produciéndose “colas de espera” en los e-mails que se distribuían a través del citado servidor, por esta razón la empresa actuó rechazando la entrada en el servidor de los mensajes de la federación, al tiempo que notificaba al sindicato emisor el rechazo de los mensajes.

El sindicato presentó una demanda por el cauce procesal del conflicto colectivo, solicitando que se reconociera su derecho, y el de sus secciones sindicales, a transmitir información sindical a sus afiliados y trabajadores a través de los medios informáticos de propiedad de la empresa. La Audiencia nacional dictó sentencia en la que se estimó la pretensión del sindicato, que fuera recurrida, en recurso de casación ordinario por la empresa, siendo resuelto el mismo mediante la mencionada STS 26.11.2001. Esta sentencia interpretó que el sindicato no tienen derecho a utilizar el servidor interno de la empresa para transmitir noticias a sus afiliados mediante correo electrónico porque, como explica el Fundamento de Derecho 4º la empresa no había dado autorización alguna para el uso del correo electrónico puesto que no existía pacto individual o colectivo ni manifestación unilateral de la empresa a otorgar el derecho al sindicato a utilizar el correo electrónico, no existiendo, tampoco, norma alguna que impusiera esta cesión. Sin embargo, admite que la utilización del correo electrónico puede ser objeto de negociación colectiva o mediante cualquier otro tipo de acuerdo”

De lo expuesto, la sentencia concluye, que la utilización del correo electrónico, por la organización sindical, será posible, si concurre cualquiera de los siguientes presupuestos:

- 1) El derecho se hubiere negociado con el empresario en convenio colectivo o por cualquier otro tipo de acuerdo.
- 2) En ausencia de acuerdo, la empresa deberá de autorizar, de manera expresa, este uso, aunque para mayor seguridad jurídica y a efectos de evitar mayores conflictos, esta autorización deberá emitirse por escrito.<sup>ccxlviii</sup>

Con relación a los **derechos de información y consulta**, el AMET señala que los representantes de los trabajadores serán informados y consultados sobre la introducción del teletrabajo de acuerdo con las legislaciones europea y nacional, los convenios colectivos y la práctica habitual. Si bien se trata de una norma de nueva atribución de competencia, (HERNANDO, 2003, Pág. 85)<sup>ccxlix</sup>, señala que debería ser incorporada al artículo 64 del Estatuto de Trabajadores, donde se regulan los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, ya que podía entenderse perfectamente incluida en uno de los apartados de este precepto.

Otro de los derechos colectivos que merece un análisis, al menos sucinto, es el **ejercicio del derecho de huelga**, ausente en el AMET, por lo que se debe tener en cuenta la especial incidencia de la huelga en ciertos sectores con una alta dosis de tecnificación que permite reducir al mínimo la necesidad de la mano de obra en determinados momentos del proceso productivo, en la medida que pueda el empresario mantener su actividad productiva sin necesidad de utilizar mano de obra durante el desarrollo de la huelga, por ejemplo, uso de los cajeros automáticos en las entidades bancarias, en sectores relacionados con las telecomunicaciones (telefónicas) o a través de internet, y en los medios de comunicación no escritos (MORALO GALLEGO, 2003, Págs. 218-219)<sup>cci</sup>.

En España está vigente el Real Decreto Ley 17 de 4 de marzo de 1977, de Relaciones de Trabajo (BOE de 9 de marzo de 1977), que regula el ejercicio del derecho de huelga, el cual no contempla ninguna prohibición en la utilización de los medios tecnológicos por el empresario en los supuestos de huelga, salvo la referida al esquirolaje o sustitución de los trabajadores huelguistas. Esta limitación plantea algunas dificultades en el teletrabajo,

ya que no se puede controlar el esquirolaje externo, por la atomización del proceso productivo o por la facilidad del empleador para sustituir a los huelguistas por otros sujetos (ESTEBAN, 2000, Pág. 1021)<sup>ccih</sup>. Es por ello, que (MORALO GALLEGO, 2003, Pág. 233)<sup>ccih</sup> sostiene que aquellas actuaciones del empresario en situaciones de huelga que pretendan esconder en realidad una distinta forma de administrar la fuerza de trabajo o sutiles mecanismos de sustitución de trabajadores huelguistas no tienen su amparo en la libertad de empresa, siendo, en consecuencia, ilícitas por contrarias al derecho de huelga. Asevera este autor, que de los diversos pronunciamientos judiciales, se puede afirmar que la utilización de esos medios por parte del empresario:

“(…) es contraria a derecho cuando se hace un uso de los mismos manifiestamente diferente al que ordinaria y habitualmente se realiza, alterando con ocasión de la huelga y de forma drástica la finalidad, el objeto y el modo de funcionamiento de toda esta infraestructura para vaciar el contenido de la huelga, consiguiendo ofrecer una apariencia de normalidad que haga ineficaz el ejercicio de este derecho por parte de los trabajadores”

En el teletrabajo se observa una dispersión notable de la plantilla de trabajadores, lo cual incide en la promoción de los mecanismos publicitarios de la huelga y obliga al empresario a poner a disposición los medios telemáticos de su titularidad, en concordancia con lo establecido en el artículo 6.6 del Real Decreto- Ley 17 de 1977.

#### **2.3.6.1.8.8 Repercusiones del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo.**

El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, firmado en 2002, fue incorporado, en España, al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (AINC) de 30 de

enero de 2003, en virtud de la utilidad que sus interlocutores le veían, en función de introducir y extender el teletrabajo en la región. Influye, además, en la adopción de parámetros insertos en el Acuerdo, para ser aplicados por las partes del contrato de trabajo (empresas, trabajadores y sus representantes), como base para mantener un equilibrio entre flexibilidad y seguridad y mejorar la competitividad de la empresa, tales como el concepto de teletrabajo, el carácter voluntario o la igualdad de derechos del trabajador con respecto a los restantes trabajadores. Este instrumento regional invita a las partes, con relación al contenido del teletrabajo, a la inclusión de otras situaciones más específicas, relativas a la confidencialidad, la privacidad, prevención de riesgos laborales, instalaciones, formación e información del trabajo, etc., criterios que, a la vez, fueron integrados al **Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (AINC) de 2005<sup>ccliii</sup>**, en el cual se reiteró la importancia del teletrabajo como una de las formas innovadoras de organización y ejecución de la prestación laboral derivadas del propio avance de las nuevas tecnologías. Posteriormente, en el **Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (AINC) de 2007<sup>ccliv</sup>**, se insiste en la importancia de desarrollar el teletrabajo y el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, y en cumplimiento de la Declaración para el Diálogo Social 2004, se incorporan los nuevos criterios del amplio proceso de negociación desarrollado en los últimos años, en el Capítulo V, titulado “Empleo, Formación, Flexibilidad y Seguridad. Derechos de información y consulta<sup>ccclv</sup>”. En el subapartado denominado “Flexibilidad y Seguridad. Teletrabajo”, se afirma que son los convenios colectivos los instrumentos que permiten tratar una serie de aspectos para avanzar en lo que respecta a las modificaciones en la organización del trabajo, derivadas de procesos de innovación y de cambios tecnológicos.

El Acta de prórroga para el año 2008 del AINC 2007 (BOE de 14 de enero de 2008, N° 12) no incorpora novedad sobre el teletrabajo. En el año 2009 la falta de acuerdo impide la negociación del AINC 2009. No obstante, en la Circular para la Negociación Colectiva 2009 (RL, N° 8, 2009, Págs. 100 – 101) se reiteran los anteriores pronunciamientos sobre el teletrabajo (promoción y criterios recogidos en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, 2002) como son la voluntariedad, igualdad de derechos y la posibilidad de que se concreten soluciones relacionadas con aspectos específicos (privacidad, confidencialidad, prevención de riesgos, formación e información al teletrabajador).

La Comisión de las Comunidades Europeas, editó una polémica versión del Libro Verde, en el año de 2006, publicación que contienen lineamientos a seguir por los miembros de la comunidad en materia de políticas de empleo, la cual señaló que el teletrabajo constituía una fórmula moderna de organización del trabajo que se aproxima a la denominada “Flexiseguridad”, definida<sup>ccclvi</sup> como una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral. Algunos sectores, entre ellos, laboristas, sindicalistas e, inclusive, parte del parlamento Europeo elevaron sus críticas hacia los nuevos planteamientos del Libro Verde en cuanto a la Modernización del Derecho laboral, al considerarlos contrarios al modelo de trabajo protegido y con derechos, desplazado por una política asistencial<sup>ccclvii</sup>. El Libro Verde es también criticado porque es indicador de la renuncia no sólo al diseño de armonización característico del proceso de construcción de la Europa Social y “al propósito de individualizar un corpus de derechos fundamentales y comunes para todos los

trabajadores de la unión”, sino también “al proceso de extensión del patrimonio adquirido por la vieja Europa”<sup>ccviii</sup>.

La ambigüedad del término Flexiseguridad genera, como efecto inmediato, la disparidad de posiciones e interpretaciones, ya que en la política de Flexiseguridad se manifiestan elementos de elección política, con distintos enfoques, según la disciplina que la trate o de las perspectivas doctrinales (liberal o socialdemócrata), de allí que **(RODRIGUEZ PIÑERO&BRAVO FERRER, 2007, Pág. 9)**<sup>cclix</sup>, afirmen que “se está aceptando así una noción de Flexiseguridad no como una situación sino como un tipo de política, pero con un enfoque más empírico que normativo”. Desde una perspectiva social, entendemos que el planteamiento que la Flexiseguridad otorga a la negociación colectiva no es adecuado ya que no le da protagonismo alguno, el Diálogo Social aparece como una cláusula de estilo, sin ninguna función sustancial y, por lo tanto, con un papel distinto al experimentado en el proceso de regulación del teletrabajo, que cuestiona las vías o instrumentos jurídicos para abordar la iniciativa de modernización del Derecho Laboral y de la organización del trabajo.

**(MONEREO PÉREZ&FERNÁNDEZ AVILES, 2008, Pág. 13)**<sup>cclix</sup>, sostienen que el problema básico del Libro verde reside en la promoción de un debate que conduce a la conculcación de derechos socioeconómicos fundamentales y del respeto a los derechos y principios establecidos en la normativa y jurisprudencia europea. Argumentando, además, que:

“(…) el Derecho Laboral europeo debería estructurarse a partir de un sistema de derechos fundamentales, con atención especial al principio de igualdad real y efectiva que limite los presupuestos económicos y sociales de la fragmentación social. El Derecho Laboral no puede funcionar en exclusiva hacia el empleo y el mercado de trabajo, so pena de perder su carácter de sistema

autorreferente (...) debe estar más interconectado con las políticas sociales y económicas relativas a los mercados de trabajo y las instituciones sociales (...) actuando una situación de equilibrio frente a los poderes empresariales, que dejan de estar así inmune frente a la acción pública y la tutela colectiva.

Por su parte, (SERRANO, 2002, Pág. 20)<sup>cclxi</sup>, señala que si:

“Europa quiere extraer el máximo partido de la sociedad de la información, debe promover esta nueva forma de organización del trabajo de forma tal que la flexibilidad y la seguridad vayan unidas, se mejore la calidad del empleo y se incrementen las oportunidades de los discapacitados en el mercado de trabajo”

En definitiva, no son pocos los inconvenientes que han presentado el cambio organizativo y la mayor flexibilidad laboral como resultado de la práctica del teletrabajo, con relación a las medidas de seguridad y salud, con los derechos individuales del trabajador, con la dificultad para la negociación colectiva, la precariedad de los teletrabajadores provocada por la exclusión nominativa del ámbito laboral. Sin embargo, (MARTINEZ, 2005, Pág. 121)<sup>cclxii</sup>, refiere algunas ventajas<sup>cclxiii</sup> que, para empleador y trabajador, representa el teletrabajo, en los siguientes términos:

“No obstante, esta nueva forma de organización del trabajo permite obtener importantes ventajas tanto a las empresas (ahorro de costes, incremento de la productividad; disminución del absentismo laboral, siniestralidad y conflictividad laboral, una nueva forma de ejercicio del poder de dirección, descentralización de grandes organizaciones y revitalización de las áreas deprimidas; como a los trabajadores (mayor autonomía en la organización de su tiempo de trabajo y adaptabilidad a sus necesidades temporales, formativas, familiares e incluso profesionales”

El teletrabajo ha propiciado, de acuerdo a la doctrina especializada española, a la cual nos adherimos, importantes aportaciones, tanto en el ámbito organizativo como en el del derecho. En el primero, se manifiesta la innovación de la propia filosofía en la gestión

de las forma de ejecución de la prestación desde el punto de vista de su concreta realización; y, con relación al segundo, la aportación del teletrabajo se introduce en el plano de la tutela jurídica de los derechos fundamentales, exigiendo su revisión para superar la rigidez de aquellos esquemas formales que hacen necesario disponer de reglas universales y, por lo tanto, ofrecer cobertura a aquellas prestaciones de trabajo que, en un futuro, puedan oscilar entre los límites de la subordinación y de la autonomía.

#### 2.3.6.1.9 **Tipología del Teletrabajo.**

En apartados anteriores, al abordar los aspectos generales del teletrabajo, nos hemos referido a las modalidades que adopta, sobretodo, atendiendo a las definiciones y rasgos caracterizadores aportados doctrinal, legal y jurisprudencialmente, lo cual, según expusimos, marcó la posibilidad de opciones múltiples, para que las empresas elijan la más compatible con su estrategia organizativa y productiva, principalmente aquellas organizaciones empresariales integradas al sector servicios, dedicadas a la producción de bienes inmateriales mediante sistemas que permiten la transferencia y tratamiento de datos, como la comunicación, informática, turismo, banca, editoriales, etc.

Por su parte, La doctrina española (ESCUDERO, 2000)<sup>ccclxiv</sup>, (CAMPS RUIZ, 2011, Págs. 485-514)<sup>ccclxv</sup>, (GALLARDO, 1998, Págs. 59-62)<sup>ccclxvi</sup>, (MELLA, 1998, Págs. 42-47)<sup>ccclxvii</sup>, (THIBAUT, 2000, Págs. 32-39)<sup>ccclxviii</sup>, clasifica el teletrabajo acudiendo a criterios similares, no obstante, destacaremos los que, a nuestro juicio, conjugan las diversas propuestas: los referidos al **tipo e intensidad de la conexión suministrada por la tecnología informática utilizada, al lugar de la prestación de servicios y al tipo de vinculación jurídica**. Las clasificaciones pueden presentarse de forma pura o

**combinada**, según la tipología responda a una sola clasificación o bien a fórmulas mixtas. En tal sentido, distinguimos la siguiente tipología:

#### 2.3.6.1.9.1 Según el tipo e intensidad de la conexión utilizada

La tipología que considera el tipo e intensidad de la conexión, guarda relación, por un lado, con el modo **como se desarrolla la comunicación** entre el empresario y el trabajador en la ejecución de la prestación laboral, esto es, cuál es el tipo de conexión empleado para la comunicación a través de los instrumentos tecnológicos y de telecomunicación y, por el otro, con el **grado de control o dependencia** que se manifiesta durante el desarrollo de la actividad correspondiente. Resulta habitual la distinción entre tres modalidades<sup>cclxxx</sup> de teletrabajo, en función **del tipo e intensidad** de la conexión proporcionada por la tecnología de información empleada: Teletrabajo *Off Line*, Teletrabajo *One Way Line* y Teletrabajo *On Line*.

Un sector de la doctrina (CAMPS RUIZ, 2011, Pág. 499)<sup>cclxxx</sup>, ha destacado que, en realidad, las dos primeras hipótesis constituyen supuestos de trabajo a domicilio clásico, mientras que la última guardaría estrecha relación con el trabajo común, en el que no sólo hay control, sino también vigilancia continuada, aunque se tenga como escenario de trabajo el propio domicilio del trabajador.

##### 2.3.6.1.9.1.1 Teletrabajo *Off Line*.

El teletrabajo *off line*, denominado por (CAMPS RUIZ, 2011, Ídem)<sup>cclxxxi</sup> como “modalidad sin conexión permanente”, se caracteriza porque el teletrabajador desarrolla una actividad informática **sin ninguna conexión con el ordenador central situado en la**

**empresa**, sin perjuicio de la utilización del correo electrónico para transmitir instrucciones al trabajador y/o remitir a la empresa los documentos elaborados por el mismo, que desarrolla su actividad con notable autonomía, **existiendo solo un control indirecto** a través de la verificación por el empresario del resultado de la actividad. Estos aspectos son cuestionados por (SELLAS, 2001, Págs. 35-36)<sup>cclxxii</sup>, e, inclusive, lo conducen a negarle la categoría de teletrabajo a las que tengan este tipo de conexión, puesto que la utilización del correo electrónico no constituye un elemento esencial para la realización del trabajo, ni un elemento distintivo del trabajo tradicional. Sostiene este autor, en defensa de su postura, que:

“(…) tampoco cualquier medio informático y de comunicación es válido, a mi juicio, al objeto de atribuirle al mismo la categoría de presupuesto sustantivo específico del teletrabajo, sino sólo aquellos que permitan mantener en conexión el ordenador central de la empresa con el videoterminal externo del trabajador para ejecutar la actividad laboral contratada, reconociéndose que dicha conexión tenga carácter imprescindible para trabajar”

En oposición a los comentarios transcritos, (ESCUADERO, 2000, Pág. 769)<sup>cclxxiii</sup> y (THIBAUT, 2000, Pág. 28)<sup>cclxxiv</sup>, argumentan, criterio que compartimos, que el trabajador recibe unas instrucciones iniciales y cuenta con un control sucesivo del empresario en relación a los datos enviados que con posterioridad entrega el trabajador, bien por correo, mensajería urgente o personalmente en la empresa, adoptando así la tesis que reconoce la calidad de teletrabajo a esta forma de prestar el servicio. Lo cierto es que en esta modalidad de teletrabajo, ante la ausencia de conexión directa entre empleador y trabajador, el empresario no puede ejercer su poder de dirección y control, de manera continua y en tiempo real, o como afirma (PÉREZ&XALAMBRÍ, 2000, Pág. 153)<sup>cclxxv</sup>,

“en esta modalidad se incrementa la autonomía del trabajador, disminuyendo el control que puede ejercer el empleador”

Con relación a la intensidad de la conexión utilizada en este tipo de teletrabajo, (RASO, 2000, Pág. 280)<sup>ccclxxvi</sup>, manifiesta que, al no existir una interacción entre el trabajador y la empresa, este hecho:

“(…) impide a ésta controlar a aquél durante el desarrollo de la actividad, desplazándose el control hacia el momento de la entrega de la información requerida comprobado la adecuación de ésta a lo exigido por el empresario. Es el caso, por ejemplo, de un trabajador que realice en su computadora la impresión de recibos o la traducción de un texto. La intervención del empresario se limita a un control de resultado por lo que la subordinación se da de forma más atenuada, ya que el trabajador no recibe órdenes en sentido estricto, sino indicaciones de la dirección de la empresa”

Con relación a lo expuesto, aun aceptando la configuración laboral del teletrabajo *off line*, resulta necesario distinguir entre el **Web mail** y el **e-mail laboral**, ya que éste es el que tendría efectos importantes, desde la perspectiva laboral. El **Web Mail** es una variante del correo electrónico:

“(…) por medio del cual se puede consultar una cuenta de correo desde cualquier computadora en cualquier lugar del mundo, inclusive desde un teléfono celular, y mandar y recibir mensajes de texto desde el mismo teléfono móvil. Ejemplo de esto lo constituyen los servicios que brindan páginas Web como Hotmail o yahoo y teléfonos móviles como i-Phone o Black Berry”

Mientras que el E-mail, o el denominado por algunos autores<sup>ccclxxvii</sup>, “**correo electrónico laboral**”, se define como:

“(…) una dirección electrónica que le brinda el empleador a un trabajador para el mejor y más eficiente desempeño de su labor. (…) la casilla de recepción y envío de correos electrónicos que es otorgada por el empleador a sus trabajadores para el desarrollo de sus labores cotidianas”

Para (NÚÑEZ, 2009, Págs. 26-27)<sup>ccclxxviii</sup>, a quien seguimos en este apartado, la distinción es conveniente, por cuanto uno, el **Web Mail**, es generado por un usuario de Internet, de forma gratuita, el cual, en consecuencia, no es otorgado por el empleador a su trabajador; mientras que el **E-Mail**, es aquél que es otorgado por el empleador al trabajador para el desempeño de sus funciones, el cual debe ser utilizado según las reglas que imponga el empleador respecto a su uso. Sin perjuicio de que, posteriormente, profundicemos acerca del tema, al abordar los poderes empresariales en el teletrabajo, basta, por ahora, señalar que el control atenuado ejercido por el empleador, bajo esta modalidad de teletrabajo, debe canalizarse a través del correo electrónico laboral, ya que es mediante éste que puede el empleador fiscalizar la labor encomendada en contraste con sus resultados; de acuerdo a lo sostenido por (PÉREZ & XALAMBRÍ, 2000, Pág. 154)<sup>ccclxxix</sup>, el ejercicio del poder de dirección durante el desarrollo de la actividad “se limita al momento previo de solicitud de la tarea y al instante de la entrega de la misma”.

#### 2.3.6.1.9.1.2 Teletrabajo One Way Line.

El teletrabajo *One Way Line*, conocido también como “modalidad con conexión permanente unidireccional”, es aquél en la que el trabajador desarrolla su actividad mediante una conexión en sentido estricto entre su videoterminal y el ordenador central,

sin un control directo sobre el terminal externo, limitándose a enviar directamente los datos. La vinculación es unidireccional o en sentido único, que bien puede partir del empresario, o alternativamente, del trabajador<sup>ccclxxx</sup>. Este tipo de conexión se efectúa, normalmente, con acceso a la “intranet” corporativa para acceder o consultar datos e informaciones que permitan al trabajador desarrollar su actividad laboral contando con los medios de la empresa, pero sin que exista un control constante de dicha actividad laboral.

Para (MELLA, 1998, Pág. 45)<sup>ccclxxxI</sup>, esta forma de teletrabajo:

“(…) proporciona al trabajador una cierta libertad que permite al trabajador comunicarse con el empresario cuando lo desee. La respuesta empresarial parece, que en principio, tiene que efectuarse por una vía diferente (por teléfono, personalmente) a la videoterminal, salvo que se permita la interactividad”

La especificidad del teletrabajo *On Way Line* viene dada porque la conexión se lleva a cabo de forma **unidireccional**, por lo que el poder de control y disciplinario del empleador estarían más o menos limitado, dependiendo de la dirección de la comunicación. Si la dirección es desde el ordenador del trabajador al de la empresa, ésta puede conocer cada movimiento del trabajador de la misma manera que sucede en el teletrabajo *One Line*; mientras que si la dirección es desde la empresa hacia el trabajador, nos encontraremos ante una situación similar a la del trabajo *Off Line* (RASO, 2000, Pág. 281)<sup>ccclxxxII</sup>

### 2.3.6.1.9.1.3 Teletrabajo On Line.

El teletrabajo On Line, calificado también como “modalidad con conexión permanente bidireccional o total”, constituye la forma más habitual, por medio de la cual un trabajador realiza la actividad laboral con un videoterminal integrado a una red informática que permite un diálogo interactivo entre el ordenador central y los terminales externos. Sin embargo, conviene aclarar que la modalidad interactiva no implica, necesariamente, que el trabajador esté conectado todo el tiempo, puesto que sucede, normalmente, que éste intercambie la información en forma de archivos con la intención de que los tiempos de dedicación en conexión sean breves y dedicados exclusivamente a la recuperación o envío de la información. En sentido contrario, (IZQUIERDO, 2006, Pág. 30)<sup>ccclxxxiii</sup>, señala que, en esta modalidad:

“El trabajador tiene una continua relación entre su ordenador y el central de la empresa, de tal modo que se encuentran en constante y permanente comunicación. Su ordenador es una terminal más del ordenador central. El control por parte del empresario es muy exhaustivo, pudiendo realizarse en una fase de tiempo igual al real”

(RASO, 2000, Pág. 280)<sup>ccclxxxiv</sup>, respecto a esta forma de teletrabajo, sostiene que por existir una conexión entre el ordenador del trabajador y el de la empresa “el control se produce constante y contemporáneamente a la tarea realizada”, incrementándose, en tal sentido, la intensidad en el poder o control empresarial. Complementando tales argumentos, (PÉREZ DE LOS COBOS, 1990)<sup>ccclxxxv</sup>, citado por este autor, señala que:

“el control llevado a cabo por el empresario pasa de ser un control periférico, discontinuo y parcial realizado por la jerarquía humana, a ser un control

centralizado y objetivo (en cuanto que incorporado a la máquina) que se verifica en tiempo real”

Para (CAMPS RUIZ, 2011, Pág. 499)<sup>ccclxxxvi</sup>, la modalidad *On Line* añade a la anterior (*One Way Line*), la posibilidad de controlar, desde la empresa, el trabajo prestado, debiendo comunicar, informáticamente, el trabajador el inicio y fin de su actividad, permitiendo la vigilancia a distancia del cumplimiento de sus obligaciones, de modo similar a lo que ocurre con el trabajo presencial en un centro de la empresa.

Tal y como señaláramos al inicio de este apartado, los diferentes tipos singulares de teletrabajo pueden combinarse y generar una forma mixta. Esta modalidad o conexión bidireccional se puede combinar con otras, estableciéndose una modalidad mixta mediante la cual la conexión interactiva se emplearía para aquella parte de la jornada que coincida con el horario del centro de trabajo o con el de mayor actividad laboral, y el resto de la jornada se regiría bien mediante una conexión *Off Line* o una *One Way Line*, de acuerdo a lo pactado por los interlocutores sociales<sup>ccclxxxvii</sup>. En el teletrabajo, se requiere la utilización de los equipos informáticos y de telecomunicaciones por los trabajadores a través de los tipos de conexión tratados, porque el teletrabajador no se encuentra en el centro de trabajo tradicional, sino en un lugar distinto a éste.

#### 2.3.6.1.9.2 Según el lugar donde se desarrolla la actividad.

Se trata del elemento locativo de la relación laboral, en la configuración del teletrabajo, el cual es una realidad de vital importancia, cuya legitimación está adscrita a las partes del contrato de teletrabajo. No obstante, siéndole indiferente al empresario la determinación del lugar donde se realizará la prestación del servicio, porque, en realidad,

su único interés sea el resultado de la misma, corresponderá al teletrabajador, con entera libertad, decidir la ubicación donde ejecutará la actividad laboral. Nada impide que una de las partes concrete uno de los elementos esenciales del contrato, en este caso el elemento locativo, sin embargo, se requerirá la existencia de un pacto previo sobre tal aspecto, salvo que esté sustentada en los usos o costumbres aplicables, con base en la buena fe.

En apoyo a la opción interpretativa expuesta, (AGIS DASILVA, 1999, Págs. 98-99)<sup>cclxxxviii</sup>, sostiene, basándose en el contenido del artículo 1256, del Código Civil español, que:

“(...) sólo debe considerarse jurídicamente inaceptable que el cumplimiento o la obligatoriedad del contrato quedase al arbitrio de una de las partes y, por tanto, descartando que con ese precepto se prohíba que alguno o algunos de los elementos esenciales sea finalmente concretado, que no determinado, por alguna de las partes. En el caso, de que la asignación de la concreción esté justificada en los usos o costumbre aplicables, se debe actuar con las exigencias de la buena fe y la equidad”

La tipología del teletrabajo **fundamentada en el criterio locativo** contiene diversas modalidades que intentan configurarlo, sin embargo, para los efectos de nuestra investigación, nos limitaremos a describir aquellas que, en el ordenamiento jurídico español, se sustentan en el criterio de la organización del teletrabajo, en especial, las siguientes: **teletrabajo en el domicilio, en los centros de trabajo y el teletrabajo móvil.**

#### 2.3.6.1.9.2.1 Teletrabajo a Domicilio.

La modalidad del teletrabajo **puede adoptar la fisonomía del trabajo a domicilio**, siempre y cuando concurren, los siguientes presupuestos:

- a. Que la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en un lugar libremente elegido por él;
- b. Que la actividad laboral se realice sin estar sujeto a la vigilancia del empresario.

Por el contrario, **no tendrían la calidad de trabajo a domicilio**, las actividades laborales que se desarrollaran bajo la concurrencia de las siguientes circunstancias:

- a. Que la actividad laboral se desarrollara fuera de los locales de la empresa pero fuera también del domicilio del trabajador o en un lugar no elegido libremente por el propio trabajador;
- b. Que las tecnologías de información utilizadas fueran de tal naturaleza que permitieran de hecho la efectiva vigilancia de la actividad laboral por parte del empresario.

La distinción descrita ha sido adoptada por la jurisprudencia española, entre otras decisiones, por la **Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2005** (Rec. 143/04), cuyo contenido advierte que el teletrabajo y el trabajo a domicilio no son:

“(…) conceptos coincidentes porque el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio y porque además puede haber otras formas de teletrabajo en la que exista una vigilancia empresarial (algunas manifestaciones de teletrabajo “on line”), aunque este elemento del control pudiera ser hoy menos decisivo en orden a la calificación y en cualquier caso las formas de control a través de las tecnologías informáticas no siempre son equiparables a la vigilancia tradicional, que es lo que menciona el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores por referencia a los tipos también tradicionales del trabajo industrial a domicilio. Pero hay formas de teletrabajo que se ajustan al modelo de trabajo a domicilio y en este sentido la doctrina se refiere a un

“nuevo” contrato a domicilio vinculado a las nuevas tecnologías frente al “viejo” contrato a domicilio”

Insistimos, respaldados por el precedente transcrito, que con relación a la primera de las circunstancias anotadas, que un lugar de trabajo no elegido por el trabajador, sino por la empresa, sería equiparable, muy probablemente, a un centro de trabajo de la misma, por lo que normalmente estaríamos ante supuestos no calificables ni como trabajo a domicilio ni como teletrabajo. La presencia o no de la segunda circunstancia, esto es, de la vigilancia del empresario, dependerá, en gran medida, de las características de la tecnología de información utilizada en cada caso.

Según (GAETA, 1996)<sup>cclxxxix</sup>, (ESCUDERO, 2000, Pág. 778)<sup>ccxc</sup> y (MORGADO, 2004)<sup>ccxci</sup>, el trabajo a domicilio puede ser realizado **individualmente** por el trabajador o **por una comunidad familiar** en una situación fundamentalmente doméstica. De optarse por la modalidad colectiva, se cuestiona la aplicación del artículo 10.2, de la Sección 4ª (Modalidades del contrato de trabajo), del Estatuto de los Trabajadores, cuyo texto es el siguiente:

“2. Si el empresario hubiese celebrado un contrato con un grupo de sus trabajadores considerados en su totalidad, no tendrá frente a cada uno de sus miembros los derechos y deberes que como tal le competen. El jefe del grupo ostentará la representación de los que lo integren, respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación.”

La norma en cuestión contiene algunas imprecisiones en la regulación del contrato de grupo de trabajadores considerados en su totalidad, ya que al ostentar el jefe de grupo la representación de los que los integran, el empresario sólo mantiene un nexo jurídico único con el grupo y no uno por cada trabajador integrante del mismo. Regularmente, en

esta modalidad contractual el empresario paga al jefe del grupo quien, a su vez, distribuye a cada trabajador su salario, respetando los mínimos convencionales o el salario mínimo interprofesional (SÁNCHEZ, 2003)<sup>CCXCII</sup>

La situación planteada genera algunas reflexiones, en torno a la aplicación, en lugar del numeral 10.2 citado, el precepto (numeral 10.1) del Estatuto de los Trabajadores, regulatorio del denominado trabajo común, o sea, cuando el empresario ofrece trabajo en común a un grupo de sus trabajadores. El empresario, en este caso, conserva respecto de cada uno de los trabajadores, sus derechos y deberes que coexisten en una pluralidad de contratos de trabajo yuxtapuestos. El trabajo común, más que una modalidad de contrato de trabajo, es una forma de organización del trabajo, como el teletrabajo, en el que el empresario asigna a varios trabajadores contratados previamente la realización de un trabajo, con la cooperación de todos y cada uno de ellos.

Importa destacar que al teletrabajador que realiza la actividad laboral en su domicilio o en otro lugar, se le aplicará el contenido del artículo 13, del Estatuto de los Trabajadores, siempre que la prestación de servicios reúna los presupuestos que caracterizan el contrato de trabajo a domicilio: que el trabajador ejecute la labor en su propio domicilio o en el lugar libremente elegido por él y que la haga sin vigilancia del empleador, de tal manera que, desde la perspectiva jurídica, no es dable identificar el teletrabajo con el denominado contrato de trabajo a domicilio, en razón de que si el domicilio no es elegido por el trabajador para la prestación de servicios telemáticos, o, en su ejecución, está presente la vigilancia del empleador, el régimen jurídico aplicable es el

del contrato de trabajo común o subordinado, según lo contemplado en el artículo 1.1, del Estatuto de los Trabajadores<sup>CCXCIII</sup>.

Si bien (PURCALLA&BELZUNEGUI, 2003, Pág. 66)<sup>CCXCIV</sup>, afirman que en la mayoría de las prácticas del teletrabajo la elección corre a cargo del empleador, resulta conveniente puntualizar, como lo hicimos con anterioridad, que el lugar de trabajo puede ser libremente elegido por el teletrabajador, pero también puede ser acordado con el empresario, o incluso impuesto por éste. Y, con relación al requisito de la vigilancia del empleador, si el tipo de conexión que el trabajador tiene con la empresa es *on line* o interactiva, la existencia de vigilancia virtual **deja sin efecto uno de los presupuestos** caracterizadores del contrato de trabajo a domicilio. En el teletrabajo a domicilio debe mantenerse la desconexión con la empresa, o la conexión unidireccional a voluntad del trabajador, implementándose a través de las modalidades *off line* o *One Way line*, pese a que se ha afirmado que la forma de teletrabajo *off line* presenta las mismas características que el trabajo a domicilio tradicional, en virtud que no se evidencia una vigilancia directa de la prestación. Por el contrario, si la comunicación es empresa – trabajador, para su calificación, debemos acudir al tipo de control que permite este tipo de comunicación<sup>CCXCV</sup>.

Las singulares peculiaridades que identifican el trabajo a domicilio con el teletrabajo se concretan en el aspecto locativo, ya que ambos se llevan a cabo en un lugar distinto del centro de trabajo y sin la vigilancia directa e inmediata del empleador, configurándose, en definitiva, un trabajo a distancia, lo cual no implica ausencia de control en el trabajo a distancia, sino que, al contrario, éste sigue manifestándose en la relación de trabajo, aunque de forma debilitada, dado que la ausencia de vigilancia no conlleva la ausencia

del control que pueda tener el empresario, por ejemplo, en la recepción de los servicios elaborados.

La dependencia o subordinación, en un primer término, se deducía de la exigencia de una concreta jornada u horario de trabajo, posteriormente la propia jurisprudencia, por ejemplo, a través de **la Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 1984**, la ha venido atenuando, como una inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial, como sujeción a las órdenes e instrucciones del empresario necesarias para el buen desarrollo del vínculo laboral. De contenido similar, se alude a **la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 2000**, la cual cita a la de **2 de abril de 1996**, en la cual se sostiene que:

“es no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre, a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo”<sup>CCXCVI</sup>

Para **(CRUZ VILLALÓN, 2000, Pág. 459)**<sup>CCXCVII</sup>, aunque el teletrabajo pueda constituir una especie o variante del contrato de trabajo a domicilio, regulado en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que se den los presupuestos ya mencionados, los problemas propios del mismo no desaparecen, debido a que se no excluye la posibilidad de que la relación de servicios se pueda articular sobre un régimen de trabajo extralaboral.

Es indudable que la diversidad de caracteres patentes en el teletrabajo y las circunstancias relacionadas con el lugar de trabajo, el tipo y grado de conexión, el control del trabajo realizado, la mayor o menor libertad de autoorganización, pueden ser conflictivos al intentar delimitar la naturaleza laboral o extralaboral de la relación contractual, ante la existencia de unos indicios tradicionales, que no sólo tienden a ser ambiguos o incluso contradictorios, sino que también pueden estar ausentes en el teletrabajo. **La Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Asturias (Sala de lo Social), de 16 de marzo de 2001 (AS 2001/335)**, en materia de fijación de horario estricto en el teletrabajo, en un asunto relacionado con los colaboradores periodísticos que prestan sus labores desde su domicilio, destacó lo intrascendente de la medida, ya que su establecimiento no es necesaria para aplicar un control sobre la tarea del trabajador, cuyo conocimiento puede ser obtenido por el empleador mediante la conexión informática.

De los dos presupuestos contenidos en el artículo 13, del Estatuto de los Trabajadores, el de la carencia de la vigilancia empresarial no puede ser, en todos los casos, según anota (PURCALLA&BELZUNEGUI, 2003, Pág. 66)<sup>CCXCVIII</sup>, un presupuesto definitorio del teletrabajo, ya que puede ocurrir que el control de la actividad laboral sea muy riguroso cuando sea realizado mediante programas de software especialmente diseñados, lo que ha producido un general<sup>CCXCIX</sup> rechazo al contenido de la disposición legal mencionada, por su insuficiencia integradora de las especialidades del teletrabajo, que impide incluir todas las relaciones laborales que se prestan en el domicilio o en el lugar libremente elegido por el trabajador.

El trabajo a domicilio ha sido materia de debate y definición en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). **El Convenio Internacional del Trabajo N° 177**, de 20 de junio de 1996, relativo al Trabajo a Domicilio contiene la siguiente definición:

“(...) significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador, a cambio de una remuneración, con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quien proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajadora independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales.”

Los componentes de la noción aportada por la OIT, se identifican con el trabajo a distancia y, en consecuencia, con las modalidades de teletrabajo subordinado, por lo que la falta de operatividad de la nota de falta de vigilancia del empresario que no es una consecuencia necesaria de la deslocalización, permite que el mencionado rasgo desaparezca de la definición del trabajo a domicilio.

En virtud de lo anterior, un sector de la doctrina española<sup>ccc</sup> aboga por la reformulación del artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, en concordancia con el artículo 3.3 del Código Civil español, precepto este último de naturaleza hermenéutica, que establece los métodos de interpretación de las normas, y, en tal sentido, señala que éstas se interpretarán según el sentido de sus palabras, en conexión con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo cuando han de ser aplicadas, acudiendo a su espíritu y finalidad, opción que permitiría el encuadramiento de

las distintas modalidades de teletrabajo en el esquema legal del trabajo a domicilio, considerando que los modernos modelos organizativos del proceso productivo y los nuevos sistemas de ejecución resten todo sentido y finalidad al ejercicio de la vigilancia inmediata. Se trata del uso del método de interpretación histórico evolutivo que incidiría en que la regulación actual introdujera fórmulas protectoras de los derechos y prestaciones de los teletrabajadores, no previstos en el momento de su creación. El problema concreto radica en la falta de soluciones que plantea el artículo 13 del Estatuto de Trabajadores, regulador del trabajo a domicilio, con relación a las situaciones en donde el trabajo se lleve a cabo en el domicilio del trabajador o fuera de la empresa, ameritando tal precepto una reforma que incorpore los lineamientos contenidos en el Convenio N° 177, de la OIT.

La casuística laboral informa que las circunstancias particulares del teletrabajo han sido abordadas como resultado de la negociación colectiva europea y no producto de la iniciativa del legislador, de allí que tanto (GALLARDO, 1998, Pág. 102)<sup>ccc1</sup> como (RODRIGUEZ –PIÑERO, 2001, Pág. 268)<sup>cccii</sup>, se manifiesten partidarios de la utilización de los diversos instrumentos de **la autonomía colectiva y la negociación colectiva**. Otros, en cambio, defienden el establecimiento de **una normativa específica legal** que regule los problemas de esta forma novedosa de organización del trabajo. Bajo este enfoque incluimos a (MATEO, 2000, Págs. 36-38)<sup>ccciii</sup>, quien sugiere la modificación del artículo 13, del Estatuto de Trabajadores, que dejaría de regular sólo el trabajo a domicilio para ampliar el ámbito de aplicación a las restantes modalidades de trabajo. El contenido mínimo de derechos necesarios que asumiría la nueva regulación

comprendería, según el autor en cuestión: duración de la jornada, las obligaciones del empresario y de los trabajadores en materia preventiva, modalidades contractuales básicas, límites en los sistemas de control y vigilancia, condiciones mínimas retributivas, forma escrita del contrato, ejercicio de las facultades de dirección y la integración en las instituciones de representación en la empresa.

Las iniciativas jurídicas, con el contenido básico descrito, según afirma **(RODRIGUEZ-SAÑUDO, 1999, Pág. 121)<sup>ccciv</sup>**, tendrían como objetivo asegurar la aplicación al teletrabajador, en condiciones de igualdad, de los elementos de Derecho ineludibles y, complementariamente, establecer las reglas que atiendan cuestiones peculiares, incluidas, la definición del teletrabajo, las condiciones de acceso y reversibilidad del teletrabajo, al principio de igualdad con respecto a los trabajadores internos, protección de datos y privacidad, a los equipos de trabajo, y, en general, todos aquellos aspectos abordados en la negociación colectiva europea en el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo, 2002. La intervención del legislador ampliaría la cobertura alcanzada por la negociación colectiva, en la medida en que aporte soluciones a la problemática generada por las diversas modalidades de teletrabajo y los cambios tecnológicos.

➤ **El Teletrabajo a domicilio y la Garantía de la inviolabilidad del domicilio.**

El teletrabajo a domicilio, en su fase operativa, puede tener especial incidencia en materia de derechos fundamentales, debido a que la actividad laboral se desarrolla en un lugar de trabajo que goza, simultáneamente, de la garantía constitucional de la

inviolabilidad del domicilio. El Capítulo Segundo (Derechos y Libertades), Sección 1ª (De los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas), Artículo 18, numerales 1 y 2, de la Constitución Política Española, dispone lo siguiente:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

En principio, la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio actúa como límite a los poderes de control empresariales y a las actuaciones de la inspección del trabajo, en virtud de que ninguna entrada o registro puede hacerse en el domicilio del trabajador, sin el consentimiento del titular o resolución judicial. Respecto al concepto de domicilio, el Tribunal Constitucional de España, mediante **Sentencia N° 35 de 17 de febrero de 1984**, declaró la existencia de un concepto de domicilio constitucional referido al “lugar donde se realiza un derecho fundamental en particular, el derecho a la intimidad y a la privacidad” (DE LA HAZA, 1988, Pág. 813)<sup>cccv</sup>, la cual por no contener una definición de lo que se entiende por “domicilio constitucional”, coloca bajo la protección del artículo 18.2, de la Constitución Española, espacios físicos que podrían estar excluidos si se atiende a las nociones civiles o administrativas, las cuales consideran: al despacho profesional, una casa de vacaciones, locales comerciales, fincas rústicas o almacenes donde se desenvuelve la vida íntima de la persona (CASAS VALLES, 1987, Pág. 181)<sup>cccv</sup>

En el teletrabajo, el concepto constitucional de domicilio extiende la garantía a todos aquellos lugares de trabajo tan variados como pueden ser las dependencias privadas de una empresa cliente, incluyendo la habitación de un hotel en los supuestos de teletrabajo itinerante (ESCUDERO, 2000, Pág. 781)<sup>cccvii</sup>, y es que, en principio, como se afirma en **la Sentencia N° 209, del Tribunal Constitucional, de 24 de septiembre de 2007**, son irrelevantes tanto la ubicación de los espacios constitucionalmente protegidos, como la configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada de los huéspedes, habida cuenta de que su destino usual es realizar actividades encuadrables, genéricamente, en la vida privada, salvo que se trate de lugares dotados con zonas o salas de trabajo suficientemente equipadas para la realización de los servicios por trabajadores de distintas empresas, situación prevista por **la Sentencia N° 10, del Tribunal Constitucional, de 17 de enero de 2002**, cuando al referirse al ámbito privado de los huéspedes de hoteles, subrayó:

“(…) esto no significa que las habitaciones de los hoteles no pueden ser utilizadas también para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza, en cuyo caso no se considerarán domicilio de quien las usa a tales fines”

El domicilio, según la doctrina<sup>cccviii</sup> autorizada, es “un espacio físico constante, separado por voluntad de su moderador del resto del espacio físico y en el que dicha persona vive sin estar sujeta necesariamente a los usos y convenciones sociales y en donde ejerce su libertad más íntima”, siendo precisamente alrededor de tales espacios dotados de esta consideración, donde el teletrabajador puede desempeñar una actividad

de carácter laboral permanente o itinerante. (ESCUDERO, 2000, Pág. 783)<sup>cccix</sup>, señala al respecto, que considerando la variedad de teletrabajo, el teletrabajo a domicilio no coincide con el teletrabajo itinerante o móvil, salvo cuando a esos lugares se extiende el concepto de domicilio. Lo cual significa que si el teletrabajador lleva a cabo una actividad laboral en uno de esos espacios que gozan de esa garantía constitucional, será necesaria la autorización de su titular, para que el empresario u otro sujeto accedan a tales espacios privados, con el propósito de comprobar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador, por ejemplo, en materia de prevención de riesgos laborales o, en general, de las derivadas del contrato de trabajo.

Resulta evidente que en las hipótesis planteadas, puede derivarse una confusión entre el domicilio en el que se teletrabaje y la actividad profesional y privada, lo cual suele ser frecuente; en estos casos cabe alegar el respeto a la intimidad personal y, en consecuencia, la protección constitucional del domicilio<sup>cccx</sup>, a no ser que el titular del domicilio autorice la entrada o registro en el mismo. Sin embargo, queda pendiente el entendimiento del concepto “titular del domicilio”, puesto que éste podría estar limitado a aquél trabajador que ostenta la calidad de propietario, arrendatario u otro título sobre la vivienda, o, se extendería a la titularidad del domicilio a todos los que convivan con el teletrabajador.

La duda expresada, satisfactoriamente, fue resuelta por el Tribunal Constitucional, a través de **la Sentencia N° 22, de 10 de febrero de 2003**, cuya doctrina señaló que “la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio”, puesto que la titularidad individual y la posibilidad de su

ejercicio no desaparecen por el hecho de que un mismo domicilio sea compartido por varias personas; en estos casos, cada titular del derecho mantiene una facultad de exclusión de terceros del espacio domiciliado que se impone al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad del comorador que desea la visita de un tercero, lo cual no impide que se pacte entre ellos la tolerancia de entradas y salidas ajenas consentidas, que legitimarían el ingreso de terceros, al presumir que la autorización de uno de los titulares del domicilio comporta la de los demás, similar a lo que ocurre entre cónyuges, en donde cada uno está legitimado para prestar el consentimiento, respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes.

Cuando se trata de la adopción de medidas empresariales de control que requieran la presencia física de personas o medios materiales en el domicilio, el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio exige que, si el titular del domicilio es distinto al teletrabajador, sea necesario el consentimiento o la autorización no sólo del teletrabajador sino también del titular.

#### **2.3.6.1.9.2.2 Teletrabajo en Telecentros u Oficinas remotas.**

El teletrabajo en telecentros u oficinas remotas contempla diversos lugares de trabajo, como los centros de recursos compartidos, oficinas satélites, telecottages y teletrabajo móvil.

(PURCALLA&BELZUNEGUI, 2003, Págs. 51-52)<sup>CCV</sup>, al respecto, sostienen que:

“(…) los centros de recursos compartidos están equipados con tecnología de la información y de las telecomunicaciones y concentran en un solo edificio prácticas relacionadas con el teletrabajo; los telecottages son un tipo especial de telecentro ubicado en zonas rurales; y el televillage combina el estilo de vida en el campo con el acceso a las grandes redes de información.

Las diversas formas que puede adoptar el teletrabajo realizado en oficinas remotas ameritan algunas reflexiones importantes que debemos puntualizar. El telecentro, señalan (MARTÍNEZ, LUNA&ROCA, 2001, Pág. 1225)<sup>cccxi</sup>, es una oficina a distancia, dotada de los medios informáticos y de telecomunicación necesarios para el uso regular u ocasional por los teletrabajadores que se presenta como alternativa al despacho en casa. Sin embargo, el teletrabajo en centros u oficinas satélites, presenta singulares diferencias que generan dudas acerca de su encuadramiento como un sistema de teletrabajo propiamente dicho, puesto que se trata de instalaciones de las empresas, alejadas de la sede central, donde acuden los trabajadores que viven en sus proximidades, aunque conectadas a las mismas por la vía telemática, en consecuencia, desde un punto de vista técnico legal supone la realización del trabajo en las instalaciones de la empresa, aspecto que desvirtúa una de las características esenciales del teletrabajo, cual es la ejecución de las tareas fuera del centro habitual de trabajo de la empresa.

Resulta evidente que el teletrabajo, junto a la subcontratación y al trabajo en las empresas de trabajo temporal, puede constituir una de las formas de manifestación de la externalización laboral o descentralización productiva, con base a su categoría de técnica organizativa de la producción. Adicionalmente, es de pacífica aceptación que el teletrabajo puede desarrollarse no sólo por medio de trabajadores, dependientes o

autónomos, sujetos a un régimen jurídico determinado, sino también por las empresas, situación ésta última en la que podemos hablar de teletrabajo como actividad empresarial, desde el momento en que la contratación para ejecutar la actividad de teletrabajo se lleva a cabo con otra empresa que dispone de los medios materiales y personales necesarios para su realización, asumiendo los riesgos económicos y la gestión de la propia organización.

Desde un punto de vista jurídico laboral únicamente serían objeto de tutela aquellos supuestos de contrata correspondientes **a la propia actividad de la empresa principal** a una empresa que tienen a su cargo trabajadores por cuenta ajena en régimen de teletrabajo y que reúna el resto de los requisitos contemplados en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Sobre el particular, (SERRANO, 2000, Pág. 330)<sup>cccxi</sup> señala, como ejemplo, el caso de una contrata entre una empresa de servicios informáticos y una empresa de software en que los trabajadores de esta última desarrollan sus servicios en régimen de teletrabajo respecto de la empresa principal y, eventualmente, también respecto de la contratista, lo que justifica la aplicación de la responsabilidad solidaria en los supuestos previstos en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

La actividad laboral de los teletrabajadores realizadas en los centros satélites configura una modalidad más de teletrabajo, si aquella se lleva a cabo fuera de las instalaciones de la empresa, noción que debe prevalecer en las hipótesis de subcontratación de actividades a distancia por teletrabajadores que trabajan para las empresas que tienen la condición de contratistas. (THIBAUT, 2000, Pág. 32)<sup>cccxi</sup>, al respecto, presenta una postura diferente, puesto que considera que:

“(…) respecto a las empresas de teleservicios que se pueden estructurar como una empresa tradicional, porque aunque ofrecen un servicio a distancia, no por ello teletrabajan las personas que realicen las prestaciones en su interior”

No obstante, por regla general, en los procesos de externalización y globalización laboral y de las actividades relacionadas con las tecnologías de la información y las comunicaciones, el denominado *outsourcing telemático* genera consecuencias y riesgos para el trabajador que no tienen respuestas en el ámbito del Derecho del Trabajo, ya que los trabajos informáticos tienden a escapar del supuesto previsto en el artículo 42 del Estatuto de Trabajadores, al no cumplir el requisito exigido de trabajos pertenecientes a la propia actividad. El fenómeno de externalización y descentralización productiva realizado por las empresas en los casos de contratas, responden a diversos motivos, según se trate de un supuesto de teletrabajo propiamente dicho o de *outsourcing* informático. Comentando este supuesto, (SANGUINETI, 2003, Págs. 23-25)<sup>cccxv</sup>, argumenta que la empresa atenderá a razones de tipo organizativo o de gestión cuando proceda a externalizar un puesto de trabajo concreto, contratando a un teletrabajador para que opere individualmente en régimen de subordinación desde su domicilio o desde otro lugar distante de la sede de la empresa, hipótesis de flexibilidad laboral que no trasciende del ámbito laboral, ya que estos trabajadores, vinculados a la empresa en un régimen de subordinación, se les aplicará la misma legislación y, en su caso, el mismo convenio colectivo que rigen para los trabajadores internos. Por el contrario, agrega el distinguido autor, en el caso del *outsourcing informático*, las razones que impulsan a las empresas a su contratación responden a una serie de estrategias empresariales: reducir cargas sociales o costos laborales. Cuando el empresario acude a las contratas permite a la empresa

principal obtener los servicios de personal propio de las empresas contratistas, y cuando se recurre al *outsourcing informático* en vez de a la contratación de trabajadores asalariados, la consecuencia más directa es que a este tipo de personal no se les aplica las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando la prestación de servicios se lleva a cabo a favor de ésta.

La huida del Derecho del Trabajo que ha supuesto la implementación de algunas modalidades en que interviene el uso de las nuevas tecnologías, impulsa a la doctrina a buscar propuestas que respondan a estos fenómenos que aparecen al margen de la protección del Derecho Laboral, que van desde la formulación de una teoría general sobre la tutela de los trabajadores afectados por procesos de externalización laboral o descentralización productiva, que estén sometidos a supuestos de pluralidad empresarial, hasta la necesidad de llevar a cabo la previsión de un régimen especial para las empresas de servicios. En tal sentido, un sector de la doctrina española se ha hecho eco de tal preocupación, en especial, (PÉREZ GUERRERO&RODRIGUEZ-PIÑERO, 2005, Pág. 219)<sup>cccxvi</sup>, quienes sugieren lo siguiente:

“(...) para ello esa legislación específica podría ordenar una lista de servicios para que las empresas que se dedicaran a prestarlos fueran las que se constituirían legalmente como empresas de servicios técnicamente hablando, con una autorización administrativa especial y un régimen jurídico *ad hoc*”

En función de resguardar la tutela de los trabajadores afectados por los fenómenos descritos, se plantea la posibilidad de extender la responsabilidad para que aquellos puedan dirigirse, no solo contra su propio empresario (la empresa auxiliar), sino también contra la empresa principal, aplicando la responsabilidad solidaria, tendencia generalizada en el ámbito laboral en los supuestos de pluralidad de deudores, circunscrita

al aspecto salarial, excepción hecha de situaciones fraudulentas que implicarían extensión de la responsabilidad a otros aspectos de la relación de trabajo.

En ese mismo orden de ideas, se han elevado solicitudes a la Comisión Europea, con el fin de que se determine con claridad el sistema de responsabilidades en los supuestos de una cadena de subcontratistas, respecto al cumplimiento del derecho laboral y del pago de salarios, cotizaciones e impuestos respectivos y para que se regulen las responsabilidades de las empresas principales en los supuestos de subcontratación o externalización de los trabajadores. En efecto, producto de la inquietud señalada se dictó la Resolución de 11 de julio de 2007, del Parlamento europeo sobre la reforma del Derecho Laboral ante los retos del siglo XXI, en las que se destaca:

“(…) la necesidad de que se regule la responsabilidad conjunta y por separado para las empresas generales o principales a fin de abordar los abusos en la subcontratación y la exteriorización o externalización de los trabajadores y establecer un mercado transparente y competitivo para todas las empresas sobre una base de igualdad de condiciones en lo que al respeto de las normas y condiciones laborales se refiere”

La normativa en cuestión, podría adecuarse o trasladarse a la esfera del teletrabajo, sobre todo a aquellos supuestos cuya naturaleza no responde al fenómeno de cambio en la organización del trabajo, sino a los intereses estratégicos de las empresas en un intento de evadir responsabilidades y las exigencias tuitivas del Derecho del Trabajo.

#### 2.3.6.1.9.2.3 El Teletrabajo Internacional.

Se concibe como teletrabajo internacional a aquél que se realiza entre países geográficamente dispersos, desarrollado en uno o más países distintos de aquél donde se

ubica la empresa madre de teletrabajo. Las características de esta modalidad de teletrabajo, según (MELLA, 1998, Pág. 44)<sup>cccxvii</sup>, suelen ser las siguientes:

- Infraestructura tecnológica avanzada;
- Mano de obra joven, preparada y de bajo costes en los países de acogida;
- Nivel de vida alto en el país de la empresa de origen;
- La existencia de una diferencia horaria entre los países que permita el desarrollo del trabajo las veinticuatro horas del día.

Son conocidas las empresas estadounidenses que reciben las prestación de trabajo de tareas administrativas como de tratamiento de textos mediante los enlaces electrónicos, de trabajadores de países como Barbados, Corea del Sur, China, Irlanda, Jamaica, México y Singapur; o las empresas australianas que subcontratan el proceso de datos con personas en Filipinas y Singapur (DI MARTINO&WIRTH, 1990, Págs. 477-478)<sup>cccxviii</sup>.

También denominado teletrabajo *off shore* debido a que la actividad ha sido transferida a entornos de trabajo con menor coste o de menor regulación y que geográficamente se encuentran muy distantes, el teletrabajo internacional, transnacional o transcontinental, se lleva a cabo fundamentalmente en países como los mencionados, lo cual plantea una serie de dificultades relacionadas a **la normativa nacional aplicable**. La prestación laboral se internacionaliza y, en tal virtud, se hacen presentes diversos **elementos de extranjería**, como la obligación ejecutada en el extranjero, residencia de las partes en distintos Estados, distintas nacionalidades, celebración del contrato en el extranjero (HIERRO, 2002)<sup>cccxix</sup>, en adición, al debate acerca de los problemas de la economía sumergida y el dumping social, entendido por (SERRANO, 2001, Pág. 107)<sup>cccxx</sup> como una competencia a la baja en cuanto a las condiciones de trabajo entre los

distintos Estados cuyas economías se integran, para mejorar la competitividad de sus economías nacionales; así como una deslocalización de las organizaciones productivas, que se trasladarían a los sistemas nacionales cuyo coste laboral resulte inferior.

La problemática del teletrabajo transnacional guarda estrecha relación con la utilidad que representa para éste, las soluciones que aporta el Derecho Internacional Privado, considerando que al intentar solucionar los problemas de la movilidad internacional de la mano de obra, las clásicas limitaciones de las reglas del DIP dejan al trabajador realmente desprotegido al privilegiar la autonomía de la voluntad en la determinación de la legislación aplicable en los conflictos, lo que lesiona las condiciones de trabajo que en la mayoría de los casos vendrán impuestas por el empleador y porque, adicionalmente, tal normativa provoca un gran incertidumbre por la disparidad de reglas que, en la solución de controversias, se aplican en los distintos Estados.

Con relación a la problemática de la competencia internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo, con presencia de elemento de extranjería, (SELLAS, 2001, Págs. 113-125)<sup>cccxxi</sup>, afirma lo siguiente:

“(...) habrá que atender a lo contemplado en el Derecho Comunitario, es decir, al Reglamento 44/2001/CE, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil o mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, en la versión recibida en el Convenio de adhesión de España y Portugal en San Sebastián, el 26 de mayo de 1989 (...) asimismo hay que atender al Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, en las relaciones entre los países miembros de la Unión Europea, Noruega, Islandia y Suiza. El Reglamento 44/2001/CE, que entró en vigor el 1º de marzo de 2002, se aplica cuando los demandados están domiciliados en un Estado miembro contratante, con independencia de que el demandante lo esté o no. En caso de que no estén domiciliados en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá en cada Estado por su normativa interna de carácter internacional que en nuestro ordenamiento sería lo contemplado en el artículo 25 LOPJ. El artículo 25 LOPJ contempla que los tribunales españoles serán competentes en materia de

derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo cuando los servicios se hayan prestado en España, o el contrato se haya celebrado en España; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato (...)"

Los criterios adoptados por las normas nacionales y tratados internacionales tienden a conceder al trabajador dos opciones: la de demandar al empresario en el domicilio de éste atribuyendo, como regla general, la competencia a los tribunales del domicilio del demandado, o bien ante los tribunales del lugar en el que presta servicios. En este orden de ideas, debemos considerar lo establecido en el artículo 18.2 del Reglamento 44/2001/CE, a través del cual:

“(...) cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tuviese su domicilio en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la sucursal, agencia o establecimiento, que tienen su domicilio en el Estado miembro”.

Por su parte, (SANGUINETI, 2003, Pág. 65)<sup>ccccxxii</sup> identifica la normativa nacional e internacional aplicable, en los siguientes instrumentos jurídicos: el Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y comercial, el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1998 y el Reglamento 44/2001/CE.

Respecto a la hipótesis en que el trabajador demanda ante los tribunales **donde presta sus servicios**, según lo contempla el artículo 19, del Reglamento 44/2001/CE y el artículo 5.1, del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, el teletrabajador podrá demandar al empresario ante los tribunales del lugar en que desempeñare

habitualmente su trabajo, o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado, o si no hubiere desempeñado su labor en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al teletrabajador, tratándose en este último caso del teletrabajo móvil o itinerante. En contraste con lo expuesto, menor protección ofrece el Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1998, al señalar, en su artículo 5.1, que:

“(...) las personas domiciliadas en el territorio de un Estado contratante podrán ser demandados ante los tribunales del lugar en que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo, y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo, ese lugar será aquél en que estuviere situado el centro de actividades, a través del cual hubiere sido contratado”

Ahora bien, si el teletrabajador de la empresa comunitaria decide presentar la demanda ante los tribunales de un Estado no comunitario porque es donde realiza la prestación de los servicios, la normativa aplicable responderá a los criterios de selección del Derecho previstos por el ordenamiento interno del país, puesto que es ésta, la *Lex Fori*, y no la comunitaria, la que se aplica al contrato. (SANGUINETI, 2003, *Ibidem*, Pág. 68)<sup>cccxxiii</sup>, sostiene que igual solución se aplicaría en caso de que “el demandado no está domiciliado en el territorio de un Estado contratante, aunque el trabajo se efectúe en el territorio de alguno o algunos de los Estados contratantes”, puesto que considera que “los convenios remiten a las normas de Derecho autónomo del juez que conozca del asunto”. Solución distinta prevé el artículo 19 del reglamento 44/2001/CE, cuando el demandante es el empresario. (MORENO, 2005, Pág. 11)<sup>cccxxiv</sup>, dice al respecto, que éste “sólo podrá demandar al teletrabajador ante el tribunal del Estado miembro en el que éste tenga su domicilio”.

La modalidad de teletrabajo interactivo posibilita la identificación del lugar de la prestación habitual del servicio: donde se realiza y verifica el cumplimiento de la prestación o donde el empresario tienen la sede de la empresa, porque es en ella donde se manifiesta la actividad desempeñada y permite al empresario recibir el trabajo en tiempo real con independencia del lugar donde el teletrabajador se encuentre ubicado. Según (SELLAS, 2001, Págs. 124-125)<sup>cccxxv</sup>, sólo esta forma de teletrabajo:

“(...) posibilita el contacto personal en la distancia entre los sujetos del contrato de trabajo, pudiendo operar en la red informática y de telecomunicación a través de un diálogo interactivo en tiempo real, del mismo modo como si la prestación laboral se ejecutara físicamente en el mismo centro de trabajo (...) la existencia de interactividad en tiempo real del trabajo prestado neutraliza el distanciamiento geográfico del teletrabajador, y permite sostener que el Derecho aplicable al contrato de trabajo será el nacional del propio Estado en que se encuentre ubicada la empresa empleadora (...) se entiende así que la prestación no se desarrolla en el lugar donde permanece el teletrabajador, sino en el lugar en que ésta se manifiesta y es aprovechada”

La solución propuesta, a nuestro juicio, generaría la ineficacia del privilegio de dualidad de foros previsto a favor de los trabajadores por las normas internacionales de forma prácticamente universal. En virtud de este principio, se mantienen las dos opciones con las que cuenta el teletrabajador para poder demandar al empleador, ya que a efectos de la competencia judicial internacional hay que considerar la ubicación física del teletrabajador y por lo tanto al lugar donde realmente presta los servicios, prevaleciendo el dato de la separación física de las partes del contrato de trabajo. Asumir la tesis anterior, obligaría a los teletrabajadores a demandar al empresario únicamente en el lugar de ubicación del establecimiento empresarial, sin poder optar o plantear la demanda en el lugar más próximo a donde se realiza la prestación y en el que eventualmente resida. En este sentido, (MARCHAL, 2004, Pág. 11)<sup>cccxxvi</sup>, hace referencia a la esencia protectora

que subyace en las decisiones jurisprudenciales del TJCE en los litigios laborales, procurando que los trabajadores puedan acudir a los Tribunales ante los cuales les resulta menos oneroso litigar, consagrando el *forum loci laboris* como el foro preferente en esta materia.

Con relación al Estado que sea competente judicialmente, éste tiene la obligación de determinar la ley aplicable al contrato de trabajo de acuerdo con las normas de conflicto del Estado del Foro (Tribunales Españoles o de otro Estado Comunitario), de acuerdo al denominado Convenio de Roma de 1980 o, en su caso, al Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), el cual contienen los criterios aplicables al teletrabajo transnacional, tanto en los supuestos en que el empresario y el trabajador se encuentran en distintos Estados miembros, como en aquellos en que el empresario se encuentra en territorio comunitario y el trabajador fuera de él, y así mismo opte por demandarlo ante los tribunales comunitarios de su domicilio. Las peculiaridades del teletrabajo y sus diversas expresiones, resultan claves en la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo, en especial, a la hora de verificar cuál es el *vero locus laboris*, con énfasis en la modalidad de teletrabajo interactivo.

El Reglamento UE Roma I, establece, en su artículo 8.2<sup>cccxxvii</sup>, como regla general, la aplicación de la *Lex loci laboris* (ley del Estado en cuyo territorio el trabajador realiza habitualmente su trabajo) a los contratos de trabajo, en los que no hubiere consenso respecto a la ley aplicable; señala, además, en el artículo 3.1, la libertad de las partes contratantes para elegir el Derecho aplicable a las obligaciones contractuales en los supuestos de conflicto de leyes. En el evento de que no pueda determinarse, por los criterios expuestos, la ley aplicable, el contrato se regirá, según el artículo 8.3, por la ley

del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador; por último, en defecto de las opciones anteriores, se aplicará la fórmula de la coexistencia de los vínculos más estrechos con un determinado país, siendo aplicable la normativa de éste en la materia. (SERRANO, 2001, Pág. 135)<sup>cccxxviii</sup>, advierte que en el nuevo contexto tecnológico podemos incorporar una presunción de lo que debe entenderse por “vínculos más estrechos” en este ámbito, de suerte que se presuma la existencia de una vinculación más estrecha con el país del establecimiento contratante en los casos en que se verifique una conexión permanente con el ordenador central de la empresa.

Resultan evidentes los problemas que plantean los criterios interpretativos empleados para garantizar la aplicación del teletrabajo, en especial, el interactivo, de la legislación del país del establecimiento de la empresa, considerando que pueden originar que trabajadores que presten su servicio en un mismo país se vean sometidos a legislaciones diferentes, lo que conlleva un aspecto discriminatorio que incidiría negativamente en la organización efectiva del mercado laboral del Estado correspondiente. (MORENO, 2005, Pág. 41)<sup>cccxxix</sup>, ha puesto de manifiesto esta situación, cuando asevera que:

“(…) no parece que deba darse un tratamiento normativo diferente al teletrabajador on line que presta servicios desde cualquier punto del territorio español con respecto a otro teletrabajador on line que se sitúa en otro Estado distinto”

Todo lo anteriormente expuesto, sugiere la expedición de una normativa comunitaria que garantice a los teletrabajadores transnacionales un bloque de condiciones de trabajo que fueran equiparables a las que estuvieran vigentes en el país en que la prestación del teletrabajador es aprovechada. La iniciativa, tendría como objetivo que la prestación

transnacional de servicios de las relaciones de trabajo consiguiera un clima de competencia leal y de medidas que garantizaran el respeto de los derechos de los trabajadores. Adicionalmente, sería necesaria una normativa comunitaria integral de las dos manifestaciones del trabajo a distancia telemático, el del teletrabajo individual y el de la subcontratación de los trabajos informáticos, para así evitar que el desarrollo de una modalidad solo sirva para desincentivar una de las formas de prestación a distancia telemática para fomentar la otra, no regulada y, con el propósito final de coordinar los diversos sistemas jurídicos y las Administraciones del Trabajo afectadas.

En síntesis, en los conflictos, en supuestos de teletrabajo transnacional, sería de aplicación el artículo 8 del Reglamento UE Roma I, es decir, la Ley del país o Estado donde se ejecuta la prestación del trabajo. En complemento, se dictaría una Directiva que estableciera un marco común para que los Estados miembros determinaran, en sus legislaciones, las condiciones de trabajo que los empresarios de la Unión Europea deberían garantizar a los teletrabajadores transfronterizos, consistente en un núcleo de normas vinculantes de protección mínima salarial, de trabajo y de empleo, en el país receptor de la prestación de servicios, independientemente de la legislación aplicable al contrato de trabajo. (SERRANO, 2001, Pág. 136)<sup>cccxxx</sup>, argumenta que las materias de obligado cumplimiento:

“(…) serían todas aquellas incluidas en el concepto de orden público laboral (periodo máximo de trabajo y mínimo de descanso, periodo máximo de vacaciones anuales retribuidas, el salario mínimo, condiciones de seguridad y salud laborales, derechos básicos, en particular, el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación, derechos colectivos como la libertad de sindicación, el derecho de huelga y, con mayor complejidad, el de participación”.

Uno de los objetivos básicos de la nueva normativa sería destacar los efectos de la determinación de la legislación aplicable al lugar de destino “virtual” o “telemático” de la prestación, con la finalidad de asegurar la libertad de prestación de servicios y paliar los efectos de la competencia. Adicionalmente, garantizaría la aplicación de las normas imperativas de la ley del país de destino de la prestación realizada por el teletrabajador, asimilable, al menos, a las que reciban los teletrabajadores que realicen labores semejantes o **comparables** en dichos Estados. Recordemos que el AMET, contempla la necesidad de que los teletrabajadores se beneficien de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios aplicables, **que los trabajadores comparables** en los locales del empresario.

(OJEDA AVILÉS, 2009, Pág. 26)<sup>ccccxxxi</sup>, resalta, sobre el particular, el contenido de la Directiva 2006/123/CE, respetuosa con los derechos y principios laborales contenidos, entre otras, en la STJCE de 7 de marzo de 1990, la cual consagró que:

“(…) que el derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan e impongan normativa laboral propia a quien realiza un trabajo por cuenta ajena en su territorio, aunque se trate de un desplazamiento temporal, al margen del país de establecimiento del empresario y no prohíbe a los estados miembros que impongan el cumplimiento de tales normas con los medios adecuados”

De igual manera, el autor citado, objeta la jurisprudencia posterior de la Comisión Europea, reflejada a través de la SSTJCE de 11 de diciembre de 2007 y de 3 de abril de 2008, las cuales adoptan una postura distinta, limitando la iniciativa del país receptor de la prestación, en la aplicación de su normativa imperativa interna. Esto supondría la superación de la aplicación del Reglamento CE, Roma I mediante una redefinición de las

normas imperativas pertenecientes al estado de destino de la prestación, con independencia de cuál sea la ley aplicable o el foro competente al teletrabajador que realice la prestación para un estado comunitario (SIERRA, 2001, Pág. 96)<sup>cccxxxi</sup>

#### 2.3.6.1.10 Los Poderes Empresariales en el Teletrabajo español.

La introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones de trabajo pudiera suponer la transformación de la naturaleza de los poderes empresariales, sin embargo, la realidad pareciera ser otra, es decir, no se altera su esencia, sino más bien la forma como se manifiestan, adecuándose a las nuevas formas de organización y de gestión del trabajo en el interior de la empresa. De allí que se afirme que “en el teletrabajo el poder directivo no tienen características muy diferentes a las que le son propias en el trabajo subordinado presencial”, ubicándose el elemento distintivo en el medio técnico - el ordenador - mediante el cual la heterodirección puede ser ejercitada, detectándose el poder directivo en la posibilidad de transmitir órdenes por vía informática atendiendo al tipo de conexión” (ESCUADERO, 2005, Pág. 186)<sup>cccxxiii</sup>

Visto y analizado las modalidades de teletrabajo que presenta el ordenamiento jurídico español, podemos esbozar alguna aproximación en torno a la intensidad como puede manifestarse el poder empresarial. Una conexión interactiva permite al empresario transmitir las órdenes e instrucciones digitales en cualquier momento, de manera similar a la situación presencial del trabajador en la empresa. Sin embargo, en las otras formas de conexión no interactiva - teletrabajo *Off Line* y el *One Way Line*<sup>cccxxiv</sup> - las instrucciones se pueden ejecutar aplicando un programa operativo específico (software),

siempre y cuando el teletrabajador no goce de una autonomía funcional en cuanto al desarrollo de las tareas, hipótesis en que las instrucciones se presentan, según anota (THIBAUT, 2001, Págs. 45-46)<sup>cccxxxv</sup>, como manifestación del poder de dirección mediante el “ius variandi” o poder de modificación de las tareas existentes por otras nuevas.

Frente a tal escenario, se potencia el rol de la autonomía individual y se refuerza el papel de la gestión de los convenios y acuerdos colectivos, que tradicionalmente mantenían la competencia de los asuntos instrumentales de la organización del trabajo y que amplían su contenido<sup>cccxxxvi</sup> a materias que originariamente correspondían a la empresa, con independencia, aseveran (MONEREO&MORENO, 2005, Págs. 203-211)<sup>cccxxxvii</sup>, del papel que, desde la normativa comunitaria, tienen asignados los representantes de los trabajadores, en relación a la implicación en las cuestiones generales de organización y funcionamiento de la empresa, si bien es cierto, limitado a la denominada sociedad anónima europea y sociedad cooperativa.

En cuanto al papel de la autonomía individual, las fórmulas flexibles han permitido un mayor margen de disponibilidad empresarial y un reforzamiento del poder de dirección, lo cual implica que el Derecho del Trabajo debe adaptar los instrumentos de protección del trabajador a las nuevas realidades y con ello aproximarse “a la lógica contractual”, redescubriéndose, por tanto, **el contrato como instrumento de limitación** de los poderes empresariales (RODRIGUEZ PIÑERO&BRAVO FERRER, 2005)<sup>cccxxxviii</sup>. Con todo, se puntualiza que el elemento más polémico del teletrabajo es el relativo al poder de vigilancia y control empresarial y la amenaza que el uso de los medios informáticos supondría para la privacidad de los teletrabajadores.

El poder de control que, a la vez, forma parte del poder de dirección, no es absoluto ni arbitrario, sino que está sometido a **límites**: por un lado, **el alcance del mismo control** que consiste en la verificación sólo del cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales por el trabajador; y, por el otro, **la dignidad del trabajador**, presente en todos los derechos fundamentales y, por supuesto, en el derecho de la intimidad. La Sección 2ª, Derechos y Deberes Laborales, Artículo 4, Derechos Laborales, numeral 2, literal e), del Estatuto de Trabajadores, contemplan los derechos que tienen los trabajadores, en especial, dentro de la relación de trabajo, normativa que reconoce a los trabajadores el derecho:

“Al **respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad**, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”

En la esfera constitucional, el Título I, De los derechos y deberes fundamentales, artículo 10, Derechos de la persona, numeral 1 y 2, se consagra el derecho siguiente:

“A la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.  
Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”

Mientras que la Sección 1ª, De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, artículo 18, Derecho a la intimidad. Inviolabilidad del domicilio, numerales 1, 2, 3 y 4, se regula lo siguiente:

“1. Se garantiza el derecho de honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

La doctrina española ha sostenido que los derechos fundamentales constituyen el límite principal al ejercicio de los poderes empresariales, siendo el de igualdad y no discriminación, de alcance general, según (APARICIO&BAYLOS GRAU, 1992, Pág. 32)<sup>cccxxxix</sup>, los que “encuentran en las relaciones de trabajo un terreno de aplicación especialmente apropiado”, sin embargo, como consecuencia de las nuevas tecnologías el resto de los derechos fundamentales denominados “inespecíficos” y con repercusión en el contrato de trabajo, pueden estar sujetos a cualquier tipo de lesión empresarial. Con relación a esta temática, (PALOMEQUE, 1991, Pág. 31)<sup>cccxi</sup>, entiende por derechos constitucionales inespecíficos:

“(...) los derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer”

Es aceptado pacíficamente que la memorización y registro de las operaciones informáticas como medio de control empresarial del trabajo afecta significativamente a la dignidad de la persona y a su intimidad. En el ámbito del derecho laboral la dignidad humana ocupa un lugar preeminente como valor supremo en el ejercicio de los derechos y deberes que explican las relaciones laborales, reflejándose, en el terreno legislativo, a través del artículo 4 y 20.3 del Estatuto de Trabajadores, como derecho básico de los trabajadores, y en el artículo 18, relacionado con los registros sobre la persona del

trabajador que exige se efectúen con el debido respeto a la dignidad e intimidad del trabajador<sup>cccxi</sup>. En la esfera jurisprudencial, resulta importante destacar el contenido de la Sentencia de 2 de diciembre de 1998 (231/1988), dictada por el Tribunal Constitucional, que en lo pertinente señaló que:

“(...) que el derecho a la intimidad se relaciona con el derecho de las personas a reservar un ámbito propio y reservado con el que se pretende alcanzar una calidad mínima de vida humana, en cuanto se conecta directamente con la dignidad de las personas.”

La expresión “dignidad humana” tiene un significado muy amplio y unas manifestaciones concretas como la intimidad, igualdad, no discriminación, etc., de las cuales la intimidad es la que afecta más directamente al teletrabajo incidiendo concretamente en los llamados derechos o libertades de tercera generación (secreto de las comunicaciones informáticas telemáticas, la intimidad informática, derecho de la autodeterminación informática, etc.). (FERNÁNDEZ, 2003, Pág. 30-33)<sup>cccxi</sup>, advierte que las previsiones normativas laborales que afectan el poder de vigilancia y de control del empresario se deben completar con otras normas no laborales. Hace referencia a la Ley Orgánica 1, de 5 de mayo de 1982, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; la Ley Orgánica 15, de 13 de diciembre de 1999, sobre protección de datos de carácter personal y aquellas otras que en las relaciones de trabajo “acaban influyendo en la forma en que han de articularse las facultades de control y vigilancia dentro de las mismas”.

De las diversas expresiones de los poderes empresariales destacaremos **el poder de vigilancia y control empresarial**, por ser el que más incidencia tiene en el uso de las

nuevas tecnologías de la información y telecomunicación y, por ende, en la privacidad del trabajador en el teletrabajo. El poder de control empresarial puede ejercerse directamente sobre la actividad del trabajador o mediante la técnica de elaboración de datos que permiten la formulación de un juicio de la actividad del trabajador, los cuales pueden ser dirigidos tanto a la persona del trabajador que utiliza principalmente el ordenador como herramienta de trabajo, como al control de las comunicaciones de la empresa. Las facultades empresariales de vigilancia y control tienen un amplio campo de acción que no favorece al derecho de intimidad de los trabajadores. Al no existir a nivel normativo límites objetivos, claros y precisos, los derechos fundamentales de los trabajadores resultan significativamente afectados por el poder de control empresarial, lo cual impone la necesidad de que se fomenten acuerdos entre los teletrabajadores y empresarios para poder delimitar el espacio de la intimidad de esas libertades constitucionales, y evitar la inseguridad jurídica que se está produciendo en el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación. En función de lo expresado, abordaremos la delimitación del poder de control empresarial en el teletrabajo que se ejerce en un espacio virtual, destacando sus límites y condiciones para su ejercicio.

#### 2.3.6.1.10.1 **El Control del Espacio Virtual.**

La idea de la fábrica panóptica, en la que la vigilancia es la “segunda sombra que acompaña al trabajador” - según plantea (MERCADER, 2001, Pág. 13)<sup>cccxlIII</sup> - ha sido una constante en los teóricos de la organización de la empresa. En la empresa panóptica

aparece un nuevo tipo de control que permite llegar a límites insospechados, y que puede representar un riesgo para la privacidad del trabajador, sobre todo cuando los nuevos medios empleados en la ejecución del trabajo permiten la reconstrucción del perfil del trabajador y el almacenamiento de datos aparentemente inocuos.

En tal virtud, la actividad laboral realizada a distancia puede ser controlada y vigilada por el empresario recurriendo a una serie de medios técnicos, igual que si el trabajador estuviera en los locales de la empresa. Los sistemas de control basados en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación son muy variados y pueden consistir en la utilización de cámaras situadas en los lugares de trabajo; control remoto, control del correo electrónico de los trabajadores y sobre el navegador de Internet mediante equipos de producción remota, fundamentalmente para trabajadores no presenciales, utilización de aplicaciones ASP, con software de monitorización del desempeño de los trabajadores. También se pueden usar la tecnología LBS que permite saber, en cada momento, donde están los trabajadores mediante la localización de teléfonos móviles, o identificadores por radiofrecuencia (RFID) que permiten el seguimiento e identificación de personas. Un estudio relacionado con los sistemas de control basados en las nuevas tecnologías fue realizado por - (MARTÍNEZ, LUNA y otros, 2003, Págs. 91-115)<sup>cccxliv</sup> - en el cual se señala lo siguiente:

“Los modelos de *Application Services Providers* (ASP) consisten en que todos los programas y la información que se maneje van a estar depositados en un ordenador central, de tal forma que los PC de los trabajadores cada vez que quieran utilizar un programa o acceder a un documento, se tendrán que conectar al central o servidor y trabajar como usuarios del mismo (...) se produce un control absoluto d las tareas realizadas por cada uno de los trabajadores”

(FARRIOLS, 2006, Págs. 33-34)<sup>cccxliv</sup>, por su parte, refiriéndose a **la tecnología LBS**, aporta las consideraciones que detallamos a continuación:

“Con el sistema LBS (Location Based Services) mediante una aplicación informática que puede consultarse en Internet, se sabe dónde está el usuario de un teléfono móvil”.

Resulta evidente que el teletrabajo ofrece al empresario nuevas posibilidades de control a distancia, como por ejemplo, mediante la informática cuando ésta configura un mecanismo menos directo pero más riguroso de control laboral, lejos por lo tanto de esa idea de independencia del trabajador. El trabajo con medios informáticos conectados en red (navegación en páginas Web, correo electrónico, mensajería instantánea, etc.), forma un espacio de trabajo virtual que puede ser objeto de control. La conexión de los ordenadores en red permite la monitorización de la actividad y que los datos digitales sean susceptibles de tratamiento automatizado, hipótesis de control de espacio virtual, invisible y realizado sin necesidad de registro, al que por tanto no cabe aplicar analógicamente las reglas contenidas en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, pensadas para los registros de la persona del trabajador en sus taquillas u efectos personales y destinadas a la protección del patrimonio empresarial. El artículo 18 citado, permite al empresario - de acuerdo a (MARTÍNEZ FONTS, 2002, Pág. 37)<sup>cccxlv</sup> - realizar:

“(…) registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo, con el debido respeto a la dignidad e intimidad del trabajador”

El control de la actividad laboral o del uso del ordenador se realiza desde el servidor externo mediante unos programas que permiten un control que no necesita acceder al aparato concreto. No obstante, el empresario no queda relevado de la obligación contenida en el artículo 64.5 f) del Estatuto de Trabajadores, en relación al informe que los representantes unitarios de los trabajadores tienen que realizar previamente a que el empresario implante, por ejemplo, sistemas de control de la utilización de Internet por los trabajadores de la empresa, cuyo texto es el siguiente:

“5. El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo. El Comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones:

“f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo”

Un sector de la doctrina argumenta que los controles que “son inherentes a las tecnologías aplicadas a las empresas”, quedan fuera de la garantía legal descrita, sin embargo, disiente otro sector, señalando, entre otros argumentos, que la protección de la intimidad se extiende a los archivos temporales que puedan contener datos sensibles, posición que ha sido receptada en algunos pronunciamientos judiciales<sup>cccxlvi</sup>.

La facultad de control integrada en el poder empresarial tiene un alcance que condiciona el ejercicio de los derechos fundamentales. La **Sentencia N° 90, de 6 de mayo de 1997**, declara:

“(…) que el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador solamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente, como la libertad de empresa y el derecho a la propiedad, y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos”

Lo anterior implica que los poderes del empresario derivados del derecho a la libertad de empresa tengan que estar sometidos a esas limitaciones, por lo que la doctrina constitucional ha delimitado el alcance de los derechos fundamentales de los trabajadores elaborando un criterio general o principio de proporcionalidad, como punto de partida, diseñado mediante un triple escalón en torno a las reglas de indispensabilidad, proporcionalidad y justificación, que pone de manifiesto la falta de soluciones diáfanas y rotundas, por lo que - según afirma (SEMPERE, 2005, Págs. 126-130)<sup>cccxlvi</sup> - siempre habrá que observar restrictivamente toda limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores que provenga de los poderes empresariales.

#### 2.3.6.1.10.2 **Mecanismos de control, según las formas de teletrabajo.**

##### 2.3.6.1.10.2.1 **Control, según el lugar de la prestación del servicio.**

La evaluación de la intensidad del control empresarial en el teletrabajo requiere, previamente, la comprobación de cómo se presenta el poder de ese control en las distintas expresiones de ejecución de la actividad laboral, sea en el teletrabajo a domicilio, en telecentros o el teletrabajo móvil.

##### ➤ **Control en el teletrabajo a domicilio.**

En la modalidad de teletrabajo a domicilio las tecnologías de la información y comunicación, que son un instrumento de trabajo, se muestran como un medio de control de los trabajadores que, especialmente, cuando la prestación se realiza en el domicilio del trabajador, aumentan las posibilidades de invasión de la vida privada, en especial, con los medios audiovisuales<sup>cccxlx</sup>.

➤ **Control en el teletrabajo en los Telecentros.**

En la modalidad de telecentro es importante subrayar que el poder de control se presenta igual que en los centros de trabajo tradicionales cuando el telecentro depende directamente de la empresa, porque sólo en los casos en que no exista esa dependencia de la central, el poder de control se ejerce sobre el espacio de trabajo virtual.

➤ **Control del Teletrabajo Móvil.**

Esta modalidad de teletrabajo se presenta como una nueva forma de control de los trabajadores, considerando que la prestación de trabajo se desarrolla fuera de la empresa permitiendo, en consecuencia, un control legítimo cuando las conexiones son puntuales y dentro de la jornada laboral. La doctrina<sup>cccl</sup> refiere como un ejemplo de este tipo de control, el teletrabajo móvil afectado directamente por la existencia de intranets *wireless*, que, en definitiva, es un uso de tecnología de acceso móvil en la empresa, que facilita la comunicación entre o con los empleados móviles. En este caso, incluso, - afirma (CRUZ VILLALÓN, 2005)<sup>cccli</sup> - es posible que el empleador recurra a un tipo de control mediático de los trabajadores cuando los teletrabajadores móviles realicen con regularidad la prestación del servicio en los locales de otras empresas – clientes. Para ello

el empleador se sirve de los medios de control personales y materiales de la empresa – cliente como, por ejemplo, los medios audiovisuales, ejecutando “de hecho” el control la empresa – cliente. De esta forma, el empleador lleva a cabo un control formal que no impide el cumplimiento de los requisitos y límites del artículo 20.3 y de la garantía del artículo 64.5 f) del Estatuto de Trabajadores, debiendo, en este último caso, solicitar el informe previo a sus representantes de los trabajadores para la implantación del mencionado “control mediático”.

#### 2.3.6.1.10.2 Control según el tipo de conexión.

Las modalidades de teletrabajo, según el tipo de conexión existente entre los sujetos de la relación de trabajo, admite diversas formas de control del poder empresarial. En el teletrabajo *off line*, o sea, aquél realizado sin conexión a la empresa, o sólo con conexión puntual, la intensidad del control no desaparece sino que, al contrario, se desarrolla a posteriori, gracias a los mecanismos tecnológicos ya descritos. Mientras que en el teletrabajo *on line*, o sea, aquél con conexión interactiva y constante con la empresa, el poder de control se manifiesta mediante esa conexión constante llegando a ser más intenso que los controles tradicionales en el centro de trabajo.

#### 2.3.6.1.10.3 Límites y Condiciones a la Facultad de Vigilancia y Control empresarial en el Teletrabajo.

##### ➤ Los Derechos Fundamentales. El Principio de Proporcionalidad.

La amplitud que se observa en el artículo 20.3 del Estatuto de Trabajadores, relacionada con las facultades reconocidas a los empresarios, de vigilancia y control de la actividad laboral, amerita que su ejercicio sea revisado y fiscalizado por los tribunales de

justicia, fijando ciertos límites, teniendo en cuenta - como dice (MONTROYA, 1985)<sup>ccclii</sup> – “que los derechos fundamentales sirven para moderar esa discrecionalidad absoluta con la que cuenta el empresario”. Con relación a esta preocupación, ya el Tribunal Constitucional se ha hecho eco de la misma, cuando mediante **Sentencia N° 88, de 19 de julio de 1985**, expresó que:

“(…) el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización productiva”

Sin embargo, y en aplicación del postulado contenido en la decisión anterior, sostuvo el Tribunal Constitucional, mediante **Sentencia N° 99, de 11 de abril de 1994**<sup>cccliii</sup>, que en el marco de las relaciones laborales esos derechos fundamentales son objetos de modulación:

“(…) en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra forma fundamental (arts. 38 y 33)”

Las decisiones citadas generaron, según apunta la doctrina especializada, la aplicación de dos criterios: uno basado en la necesidad de la adaptación de los derechos fundamentales “por razones de necesidad”, conforme a la STC 99/1994; y el segundo en el “juicio de ponderación adecuada”<sup>cccliv</sup>, porque, en definitiva, el conflicto entre lo contemplado en el contrato de trabajo y las exigencias de la producción y el reconocimiento de efectos a los derechos fundamentales es una cuestión de límites.

La ausencia de criterio legales que legitimen tanto los límites a los derechos fundamentales del trabajador como a las exigencias empresariales se ha cubierto con la aportación de **un criterio constitucional basado en el principio de proporcionalidad, válido también en el teletrabajo**. Este principio, no sólo es reconocido en la STC 99/1994, ya citada, sino que otras decisiones posteriores<sup>ccclv</sup> lo adoptan, cuya novedad consiste en su **aplicación al ámbito de las relaciones privadas**, concretamente al de las relaciones laborales, ya que el Tribunal Constitucional venía utilizándolo para valorar la constitucionalidad de la restricción de derechos fundamentales impuesta **por los poderes públicos**.

(MATEU CARRUANA, 2005, Pág. 268)<sup>ccclvi</sup>, señala que el teletrabajo, en el escenario europeo, se ha hecho énfasis en la exigencia de tutelar la privacidad del teletrabajador en el AMET, con la pretensión de lograr, ante la carencia de una legislación inexistente, una incorporación paulatina de una regulación material sobre esta cuestión en los convenios colectivos que admitan esta forma de trabajo y que la actividad de control empresarial quede reducida a verificar el cumplimiento de los deberes laborales. Esto significa, atentos al mandato de la Directiva 90/270 del Consejo, de 29 de mayo de 1990, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud, relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización, que en el caso de instalar cualquier tipo de sistema control, el empresario debe adecuarlo a la proporcionalidad de su finalidad. Este instrumento jurídico regional ha sido transpuesto - según afirma (MELLA, 2003, Pág. 39)<sup>ccclvii</sup> - mediante RD 488 de 14 de abril de 1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de

visualización, estableciéndose en el Anexo la información a los trabajadores y la previa consulta con los representantes.

De acuerdo a lo expuesto, los sistemas de control que se implanten tienen que respetar las prescripciones de seguridad y salud (videocámaras, control remoto, las relacionadas con el calor, ruido, etc.) y las del Anexo que prohíbe la utilización de ningún dispositivo cualitativo o cuantitativo de control, **sin que los trabajadores hayan sido informados**. La obligación de informar **va implícita en la implantación de los sistemas de control** que se instalen en el ordenador que el empleador pone a disposición del trabajador y no permiten su fácil detección, de allí que la información deberá versar no sólo sobre el fin, fundamento y alcance del control empresarial, sino también sobre todos los aspectos relacionados con la recogida, almacenamiento y uso de las informaciones registradas, así como de las garantías de su confidencialidad.

➤ **La autodeterminación informativa.**

El tratamiento jurídico de la autodeterminación informativa implica asumir el estudio de la vertiente positiva del derecho a la intimidad como libertad informática o derecho a la autodeterminación informativa, criterio reforzado por la opción interpretativa que destaca en la dinámica de la intimidad no sólo su carácter defensivo frente al ejercicio de otros derechos o de la intromisión de terceros (dimensión negativa), sino que resalta, además, su dimensión positiva en la libertad del individuo de ordenar libremente su vida íntima (libertad de autodeterminación). Con sustento en el artículo 18.4 de la Constitución Española - afirma (ALVAREZ-CIENFUEGOS, 2001)<sup>ccciviii</sup> - se puede hablar de “un nuevo derecho fundamental “el derecho de libertad informática”, recogido,

no por la Constitución, sino en la doctrina del Tribunal Constitucional iniciada con la STC 254/1993, de 20 de julio y desarrollada en las SSTC 94/1998, de 4 de mayo y 202/1999, de 8 de noviembre, derecho que básicamente coincidirá con el contenido del derecho a la intimidad.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido reconociendo la categoría de derecho fundamental a la libertad informática, en reiteradas decisiones. Entre otras<sup>ccclix</sup>, la **Sentencia N° 254 de 20 de julio de 1993**, ha señalado lo siguiente:

“(...) el artículo 18.4 contienen un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y al pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”, lo que se ha dado en llamar “libertad informática”.

Lo expuesto, nos conduce a sostener que tanto el derecho a la protección de datos personales como el derecho a la intimidad tienen como fundamento común la dignidad de la persona, distinguiéndose en que el primero garantiza un poder de control a la persona sobre la captura, uso, destino y posterior tráfico de datos de carácter personal. El derecho a la protección de datos tiene un alcance más amplio que el derecho a la intimidad porque su garantía se extiende a la esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, razones por las cuales (GOÑI SEIN, 2007, Pág. 61)<sup>ccclix</sup>, argumenta que “lo protegido por el derecho a la autodeterminación informativa es más que la intimidad de la persona, es el derecho a disponer de todas las informaciones atinentes a su persona”. Este autor, agrega, además, comentando la STC 290/2000, y refiriéndose al derecho fundamental de protección de datos personales que:

“(…) es un derecho fundamental que garantiza a la persona un poder de control y de disposición sobre sus datos personales, que supone el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos”

En virtud de que en el ordenamiento jurídico español - plantea (OJEDA AVILÉS, 2006, Pág. 29)<sup>cccxi</sup> - se carece de una regulación especial que resuelva los problemas laborales con relación al uso de la informática o en general con los medios de telecomunicación y que delimite el poder de control, debe acudir, no sólo al principio de proporcionalidad que requiere de algunos ajustes para la protección de los derechos, sino también a la normativa relativa a la autodeterminación informativa que es la que legitima la actividad de control.

El AMET, contempla una serie de reglas puntuales al respecto, exigiendo al empleador la responsabilidad tanto del cumplimiento de la normativa sobre el tratamiento de datos como de la adopción de las medidas adecuadas para asegurar la protección de los datos usados y procesados por el trabajador para usos profesionales, derivándose de esto, según anotamos en párrafos precedentes, la obligación del empleador a informar al teletrabajador de la legislación y normas de la empresa relacionadas con la protección de datos y, en particular, sobre las restricciones en el uso del equipo de tratamiento de la información o de Internet y las sanciones en caso de incumplimiento.

➤ **El Secreto de las comunicaciones.**

La estructura del teletrabajo impone, durante la prestación del servicio, el uso de la informática como medio exclusivo y del teléfono como medio auxiliar, aspectos que generan la problemática de los límites entre el poder de control y vigilancia del

empleador, con relación al adecuado uso de esas herramientas de trabajo y el derecho fundamental del trabajador **al secreto de las comunicaciones** (LAFONT, 2004, Pág. 17)<sup>ccclxii</sup>. El artículo 18.3, de la Constitución Española reza de la siguiente manera:

“3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”

Resulta de especial interés, por parte del empresario, el controlar los sistemas de comunicación, cuando éstos dejan de ser unos simples instrumentos de trabajo para transformarse en el único medio por el que la empresa ofrece los productos y servicios al mercado, situaciones en que el poder de control del empresario no se reduce a la vigilancia del uso correcto de las herramientas de trabajo por parte del trabajador, sino que más bien se dirige a la valoración del cumplimiento de la prestación por parte del trabajador y, en general, a cualquier otro aspecto no relacionado directamente con la salvaguarda de los bienes de titularidad empresarial, lo cual conduce al planteamiento de si en el teletrabajo el poder de control del empresario lesiona el derecho de los trabajadores al secreto de las comunicaciones, el cual supone limitaciones al ejercicio de tal prerrogativa.

El desarrollo de las ciencias de la tecnología y de la información, especialmente referido al uso de la informática, requiere de la protección del artículo 18.3 constitucional a esos nuevos ámbitos y, por lo tanto, como declaró **la STC 70/2002 de 3 de abril**, necesitan de “un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental”. Los criterios que atienden la problemática en cuestión han sido delimitados jurisprudencialmente a través, entre otras, de **la Sentencia**

**Nº 114, de 29 de noviembre de 1984**, dictada por el Tribunal Constitucional, la cual declaró lo siguiente:

“(…) consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas (...) el concepto de secreto no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales (...) sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma (...) declara el carácter formal del secreto, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, íntimo o de lo reservado (...) quien graba una conversación de otros, atenta, independientemente de toda consideración, al derecho reconocido en el artículo 18. 3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al derecho constitucional citado”.

La decisión jurisprudencial transcrita sugiere - según (MARÍN, 2003, Pág. 3)<sup>cccixiii</sup> - que sobre los comunicantes pesa un posible deber de reserva que tendría un contenido estrictamente material, en razón de cual fuese el contenido mismo de lo comunicado y, por lo tanto, un deber que derivaría del derecho a la intimidad contemplado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, en lugar del 18.3 de esta excerta jurídica. La autora citada, agrega<sup>cccixiv</sup>, que:

“(…) a diferencia de lo que se establece en la normativa que desarrolla el artículo 18.1 CE, la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil al Honor, Intimidad familiar y Personal y a la Propia Imagen, cuyo art. 7 contempla la ilicitud de la utilización de aparatos de escucha o cualquier otro mecanismo para conocer la vida íntima de terceros (...), en el derecho al secreto de las comunicaciones no es relevante el carácter íntimo de lo comunicado entre los interlocutores”

En consonancia con lo expresado, (MARÍN, 2003, Ídem)<sup>cccixv</sup>, advierte que:

“(…) esto significa que no debemos confundir el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), sujeto a los criterios jurisprudenciales del principio de proporcionalidad, con el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), que es un derecho formal que no admite intromisión alguna y, por lo tanto, implica que para poder lícitamente interceptar la comunicación es necesaria la obtención de una autorización judicial”

La vulneración del derecho constitucional, del secreto de las comunicaciones, ante la ausencia de autorización judicial, ha sido recogida mediante la Sentencia N° 86, de 6 de junio de 1995, dictada por el Tribunal Constitucional, sin embargo, (MARTÍNEZ, 2002, Pág. 140)<sup>ccclxvi</sup>, sostiene que:

“(…) cabe admitir los controles de las comunicaciones en el seno de la empresa en el caso de que se cuente con la autorización expresa de los trabajadores afectados y no conlleve la renuncia de derechos”.

En definitiva, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones actúa como límite al poder de control del empresario sobre las comunicaciones en la empresa, limitación que no es absoluta, sino que, por el contrario, , la actividad de control puede ser lícita si la relacionamos con la integridad patrimonial del empresario y, por lo tanto, la incluimos dentro del contenido esencial de la libertad de empresa<sup>ccclxvii</sup>, regulado en el artículo 38, de la Constitución Española, en los supuestos de aplicación fraudulenta de los sistemas de comunicación de la empresa.

No debe soslayarse - señala (ARAGÓN, 2005)<sup>ccclxviii</sup> - que el respeto al contenido esencial impide que el legislador establezca límites a los derechos fundamentales salvo que, como se ha señalado, se trate de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y se aplique alguna consideración externa al contenido

esencial, como es el principio de proporcionalidad. Sobre el contenido esencial afirma que:

“(…) además de en la igualdad, el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa se sustenta, ineludiblemente, en la libertad”

Y, en consonancia, con los comentarios supratranscritos, (PÉREZ DE LOS COBOS, 2005)<sup>ccclxix</sup>, señala que las facetas que integran el contenido esencial del derecho de libertad de empresa son: libertad de acceso al mercado, libertad de desarrollo de la actividad empresarial, libertad de cesación o salida del mercado.

El legítimo interés del empresario en el control tanto de la actividad laboral del trabajador como del uso adecuado de las herramientas debe respetar el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, supuestos de colisión con los derechos fundamentales del trabajador, en los que prevalecía el de éste último, siempre y cuando sean ejercitados de buena fe y no supongan restricción del derecho fundamental, criterio respaldado por (MARÍN, 2005, Pág. 206)<sup>ccclxx</sup>, al expresar lo siguiente:

“(…) para fiscalizar el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, deben concurrir los criterios generales del TC y los específicos del derecho en cuestión, es decir, criterios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, por un lado, y autorización judicial, por otro. Sólo en estos casos el derecho fundamental cede ante el interés empresarial y no “tras la violación del derecho, por la mera sospecha o constatación del uso inadecuado” por el trabajador, de las herramientas de trabajo. El acceso del empresario a los correos de sus trabajadores únicamente se puede sustentar sobre una sospecha fundada de comisión de delitos graves por su parte”.

No obstante, (MARTÍNEZ, 2007, Pág. 40)<sup>ccclxxi</sup>, se muestra partidario de la postura opuesta, ya que considera que:

“(…) no solamente las conductas del trabajador constitutivas de delito grave pueden dar lugar a la autorización judicial, sino que el ejercicio normal de las

facultades de dirección permiten extender dicha exigencia a conductas del trabajador constitutivas de meros incumplimientos de sus obligaciones laborales, siempre y cuando el empresario haya agotado los mecanismos de control ordinarios sin obtener resultados convincentes al respecto”.

➤ **La buena fe en el Teletrabajo.**

En primer lugar, cabe precisar que el Estatuto de Trabajadores, regula los Deberes y Derechos básicos de los trabajadores. En efecto, en los artículos 5. a) y 20.2 de la excerta legal citada, se establece, con relación a los “Deberes”, que los trabajadores tienen como deberes básicos **“cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia”**. Y, por otro lado, el artículo 20.2 contempla, respecto a la “Dirección y control de la actividad laboral”, el deber del trabajador de **diligencia y colaboración** en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, **el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.**

Las obligaciones contenidas en las disposiciones mencionadas, del Estatuto de Trabajadores tienen una especial incidencia en el teletrabajo, en virtud de que éste se lleva a cabo en un lugar que no coincide con la sede física de la empresa, haciendo uso de las nuevas tecnologías. El teletrabajo, en ese contexto, no sólo conlleva mayor autonomía y, por lo tanto, un incremento del riesgo en la prestación de servicios, sino también mayores vulnerabilidades en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, circunstancias que exigen al trabajador un comportamiento especial en algunas de las manifestaciones específicas del deber de buena fe (deber de no

conurrencia, deber de secreto), en el teletrabajo (GARCÍA, 2001, Pág. 290)<sup>ccclxxii</sup>. Ambos sujetos<sup>ccclxxiii</sup>, trabajador y empleador, **deben someterse a las reglas y deber de buena fe**, este último practicando la ocupación efectiva, ejercicio regular de sus funciones directivas, trato digno al trabajador, no discriminación, etc., y que en caso de incumplimiento genera la responsabilidad empresarial por los daños causados.

En virtud de que el uso de las nuevas tecnologías, en el teletrabajo, permite la comunicación exterior y el envío de información confidencial fuera de la empresa, lo cual posibilita que la infraestructura de las comunicaciones y los sistemas informáticos de la empresa puedan ser utilizados por el trabajador para cometer actos desleales o delictivos. (RIVAS, 2004, Págs. 103-119)<sup>ccclxxiv</sup>, enumera, entre estos actos:

- Crear una empresa paralela;
- Utilizar los activos inmateriales de la empresa;
- Ocasionar daños informáticos;
- Usar de forma abusiva los recursos informáticos;
- Transmitir información confidencial y datos personales;
- Proferir amenazas, injurias y calumnias;
- Cometer infracción de la propiedad intelectual e introducir las obras de la empresa en redes P2P;
- Intercambiar obras de terceros a través de redes P2P;
- Infringir derechos de propiedad industrial.

El mismo autor recomienda algunas medidas preventivas, tendientes a evitar el acaecimiento de los hechos anotados, entre ellas:

- Redactar un documento que refleje la política de la empresa en materia de seguridad y las normas internas que regulen el uso de los sistemas informáticos corporativos, el correo electrónico y acceso a Internet;
- Aplicar medidas de seguridad informática que ayuden a minimizar el riesgo de fugas de información confidencial;
- Establecer políticas de formación y sensibilización del personal;

- Realizar auditorías y controles periódicos.

La actuación de las partes, en el contrato de teletrabajo, debe estar enmarcada en el principio de buena fe y el respeto recíproco en el ejercicio de sus derechos, en adición al establecimiento de acuerdos que delimiten el espacio de la intimidad y doten de seguridad el uso de las nuevas tecnologías. Sin embargo, (MIÑARRO, 2005)<sup>ccclxxv</sup>, sostiene que “el poder de control del empresario tiene que regirse por unas pautas de comportamiento de acuerdo con las reglas de la buena fe, y que no supongan interferencias en la vida extralaboral del trabajador o violaciones de su dignidad”. En ese mismo orden de ideas, se señala que es necesario que el exceso de control no sea discrecional y que esté justificado por las necesidades técnico-organizativas del trabajo, con el debido respeto a la privacidad del trabajador. Ilustrativa de esta situación es la STC de 5 de diciembre de 2003 (RJ 2004/313), en la cual se describe lo siguiente:

“(...) en relación a las empresas de *telemarketing* telefónico, aceptando la legalidad de un control empresarial consistente en la audición y grabación aleatorias de las conversaciones telefónicas entre los trabajadores y los clientes. El control se entiende aceptable cuando se establece para corregir los defectos de técnica comercial y disponer lo necesario para ello, razonando que tal control tiene como único objeto... la actividad laboral del trabajador”.

Todo lo expuesto, ha conducido a los estudiosos del tema a concluir que es ilícito el control de los tiempos de trabajo excesivamente riguroso y exhaustivo, incluyendo las pausas y ausencias en el trabajo, salvo que se justificara su carácter indispensable en el proceso productivo y no tuviera otro medio menos gravoso para la salvaguardia de los derechos a la dignidad y libertad del trabajador.

En el teletrabajo, con relación al el principio de buena fe, la doctrina se muestra partidaria de que se le exija al empresario un comportamiento especial en el ejercicio del poder de control, ya que la asimetría entre las partes, en el contrato de trabajo, se acrecienta con la disposición del empresario de los medios tecnológicos y telemáticos. (MONTROYA, 2001, Pág. 80)<sup>ccclxxvi</sup>, se muestra de acuerdo en que el deber de buena fe es contrario a que el empresario pueda adoptar decisiones abusivas o fraudulentas contrarias a la dignidad de los trabajadores y, sobre todo, que supongan una injerencia en la vida extralaboral. La exigibilidad de la buena fe, a ambas partes, sirve para corregir los desequilibrios derivados de la asimetría mencionada, sobre todo en aquellos casos en que se pretende aumentar el margen de la autonomía contractual.

Respecto al principio de buena fe, (GIL y GIL, 2003, Págs. 196-197)<sup>ccclxxvii</sup>, afirma que:

“(...) la buena fe constituye un principio constitucional implícito que puede servir para hacer más incisivo el control de los poderes del empresario. En el ejercicio de sus poderes de dirección y control, el empresario queda limitado por el principio constitucional de buena fe, ya que, en cuanto principio de rango constitucional, la buena fe no sólo obliga a los poderes públicos sino también a los titulares de un poder privado”

En el teletrabajo la buena fe supone una cierta garantía del respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, y es la que marca la pauta de conducta en la relación de trabajo, resultando incompatible, por ejemplo, con un control informático oculto y desproporcionado. La STS de 26 de septiembre de 2007 (Rec. Ud. 966/2006)<sup>ccclxxviii</sup>, sobre el particular ha señalado lo siguiente:

“La empresa de acuerdo con las exigencias de la buena fe, debe establecer previamente las reglas de uso de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales, e informar a los trabajadores de la existencia de control y de los medios que se van a adoptar para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones”

Al empresario le corresponde garantizar la vigencia y cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores y el principio de buena fe en la relación laboral impone a aquél la defensa de éstos y sirve, por lo tanto, como equilibrio entre la libertad de empresa y el poder de control de la actividad laboral y los derechos fundamentales del trabajador. El principio de buena fe en el ejercicio del poder de control empresarial se manifiesta en el teletrabajo mediante la información al trabajador y consulta con los representantes de los trabajadores sobre la instalación de cualquier tipo de sistema de control que se instale, máxime cuando el teletrabajo posibilita que los sistemas de control empresariales sean superiores a los que pueda implantar el empresario en el centro de trabajo (trabajo *on line*).

Finalmente, un sector de la doctrina<sup>ccclxxix</sup> opina que **le corresponde a la negociación colectiva**, a falta de normativa específica, constituirse en **el instrumento idóneo** para concretar el ámbito de la privacidad del trabajador, puesto que en todo proceso negociador **la buena fe obliga a suministrar información** para permitir a las partes de la relación laboral alcanzar la misma capacidad de negociación y una actuación basada en la cooperación y en la equidad.

➤ **Informe previo de los representantes de los trabajadores.**

La exigencia de recabar informe del órgano de representación del personal, regulado en el Estatuto de los Trabajadores, constituye un límite procedimental y condicionante, de dimensión colectiva, con que cuenta el ejercicio del poder de dirección a la hora de establecer nuevas fórmulas de control del trabajo. La doctrina y la jurisprudencia así lo han expresado en sus respectivos ámbitos. Así, desde la perspectiva doctrinal, (ESCRIBANO, 2001, Pág. 87)<sup>ccclxxx</sup>, argumenta que:

“(...) la facultad de emitir informe con carácter previo a la ejecución del empresario de una decisión relacionada con la implantación o revisión de sistemas de control del trabajo, contribuye a alcanzar el equilibrio entre el derecho fundamental a la intimidad y el poder de vigilancia y control del empresario”

Mientras que, en la esfera jurisprudencial, la **Sentencia del 1 de julio de 1988** (Ar. 1998/5203), dictada por el Tribunal Supremo, se declaró que:

“(...) el ejercicio del poder de dirección, en su manifestación de impartir órdenes generales, se halla frecuentemente sometido a límites y condicionantes, cual, por lo que se refiere a aquellas que tiendan a establecer nuevas fórmulas de control de trabajo, el recabar informe del órgano de representación unitaria del personal”

El artículo 64.5 f), del Estatuto de los Trabajadores, regula el control a priori que ejercen los representantes de los trabajadores, respecto a la instalación o revisión de los instrumentos de control empresarial. Tal precepto establece, como obligación del empresario, la de informar a los representantes unitarios mediante el procedimiento de consulta previa, sobre la implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo, fórmula de participación activa en la fase inicial de adopción de decisiones empresariales, que permite el ejercicio de un control previo al poder de dirección a través

de la emisión de un informe de carácter preceptivo que favorece el diálogo, en tanto los representantes de los trabajadores emitan el informe mencionado (LÓPEZ, 2005)<sup>ccclxxxI</sup>.

Precisa hacer la observación de que aunque el informe de los trabajadores carece de vocación vinculante jurídicamente, el empresario debe solicitarlo, sin perjuicio, de que éste esté obligado de informar previamente sobre la implantación o revisión de los sistemas de organización y control del trabajo. Al respecto, (DE VICENTE, 2005, Pág. 34)<sup>ccclxxxII</sup>, señala que “el carácter no vinculante del informe no resta importancia a este límite a la adopción de medidas empresariales, que actúa como garantía adicional de los derechos de los trabajadores”.

El incumplimiento, por parte del empleador, del deber de consulta previa a los representantes de los trabajadores, genera, según el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, como regla general, **la ineficacia de la decisión empresarial laboral**, adoptada irregularmente, sin perjuicio de su tipificación como falta grave y, si se omite el informe, la decisión estaría afectada de una nulidad relativa o subsanable.

En el AMET, se contempla que, de acuerdo a las legislaciones europea y nacional, los convenios colectivos y la práctica habitual, los representantes de los trabajadores deben ser informados y consultados sobre la introducción del teletrabajo, información que debe incluir la relativa al control de las comunicaciones electrónicas de los trabajadores en el lugar de trabajo.

Con relación al teletrabajo, debemos considerar que el uso de los instrumentos telemáticos permite el almacenamiento y tratamiento de datos que se obtienen mediante los controles informáticos de la actividad laboral, lo cual implica – según plantea (GOÑI, 2005, Pág. 94)<sup>ccclxxxIII</sup>- que de forma general tendremos que atender a la normativa de

protección de datos y, en concreto, al establecimiento de una serie de principios que dotan de legitimidad a la vigilancia y tratamiento de datos por parte del empresario, entre éstos se encuentra el de la información previa a los trabajadores en la recogida de datos, principio que ha sido entendido como “una garantía instrumental que protege el control y la disposición de los propios datos personales del trabajador”.

El deber de informar al trabajador sobre la instalación de sistemas de vigilancia y control, tal y como se dijo con anterioridad, se traslada a los representantes de los trabajadores, puesto que lo importante es que exista previo conocimiento de éstos, directa e indirectamente, antes de que el empresario ejecute la instalación de las medidas de vigilancia y control. La situación referida - (FRAGALE, 2003)<sup>ccclxxxiv</sup> - la describe en los siguientes términos:

“(…) aunque los requerimientos de información de la Directiva 95/46/CE hace alusión específica a la comunicación de información al *interesado*, en aquellos casos en los que una misma información de cumplimiento al requerimiento con respecto a un grupo de sujetos, no parece que exista razón por la cual los sujetos no puedan ser informados de forma colectiva. Por otro lado, el artículo 12.2 del Código de prácticas sobre Protección de Datos Personales de los trabajadores, de la OIT, hace referencia a la consulta a los representantes de los trabajadores sobre la instalación de sistemas de tratamiento de datos y vigilancia; y el párrafo 3.1 de la Recomendación R (89) 2 del Consejo de Europa sobre Protección de Datos de Carácter Personal utilizados con fines de empleo alude a la necesidad de que los trabajadores o sus representantes sean informados o consultados sobre el tratamiento y la vigilancia.”

En tal contexto, el debate sobre los límites del poder de control empresarial debe reconducirse en torno a la autodeterminación normativa, concretamente al tratamiento de datos personales, lo cual obedece - según (FRAGALE, 2003, *Ibidem*, Pág. 380)<sup>ccclxxxv</sup> - a que la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, deja

bien claro que no sólo se incluye en su ámbito de aplicación el tratamiento de datos personales, sino también toda forma de vigilancia informatizada. La Directiva exige el respeto al derecho a una vida privada, tal como viene reconocido en el artículo 8º del Convenio Europeo<sup>ccclxxxvi</sup> para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como en los principios generales del Derecho Comunitario, en virtud del cual el trabajador debe gozar de una expectativa razonable de un cierto grado de intimidad, dignidad, confidencialidad y autonomía.

#### **2.3.6.1.10.4 Los Principios Fundamentales de la protección de datos y su incidencia en el poder de control empresarial en el teletrabajo.**

En materia de la delimitación del poder de control del empresario, el ordenamiento jurídico español acude a la regulación contenida en la normativa comunitaria y estatal, la cual contienen los principios fundamentales que rigen la protección de datos personales, y cuyo análisis lo abordaremos haciendo énfasis en aquellos aspectos que guardan incidencia con el ejercicio de dicho poder en el teletrabajo.

La doctrina especializada ha enunciado algunos presupuestos esenciales de legitimidad para que el poder de control y vigilancia del empresario sea lícito, de acuerdo con los principios fundamentales de la protección de datos y los intereses de las partes. En ese sentido, (GOÑI, 2005, Págs. 89-101)<sup>ccclxxxvii</sup>, propone los siguientes:

- La presencia de un fin legítimo que justifique la restricción que experimenten los trabajadores en su derecho.
- La proporcionalidad en la adopción y realización de las actividades de vigilancia empresarial.
- Información previa a los trabajadores.

- La compatibilidad con la finalidad inicial.
- La prohibición de tratar datos con fines distintos de aquéllos para los que fueron recabados.

➤ **Legitimidad.**

La Ley Orgánica para la Protección de Datos (LOPD) de España, establece, en su artículo 4.1, que los datos de carácter personal deben recogerse con un fin determinado, explícito y **legítimo**. La legitimidad de la iniciativa empresarial, en el tratamiento de los datos, estaría determinada por la necesidad de protegerse de amenazas importantes para la empresa, como por ejemplo, la de evitar que se transmita a la competencia información confidencial, la detección de virus, obtener la confirmación de un supuesto ilícito penal (circulación de pornografía infantil), verificar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador.

Como regla general, las actividades de vigilancia destinadas directamente al tratamiento de datos delicados relativos a los trabajadores **no son legítimas ni aceptables**. La instalación de sistemas informáticos sería lícita en aquellos casos en que los teletrabajadores disfruten de libertad de horario, y sean destinados al control del tiempo de trabajo efectivo y, por lo tanto, del cumplimiento de la jornada en relación con las pausas, descansos, contabilización de jornadas extraordinarias, controles que - según manifiesta (THIBAUT, 2001, Pág. 147)<sup>ccclxxxviii</sup> - no parecen desproporcionados “si se llevan a cabo con el conocimiento del trabajador”.

No olvidemos que el artículo 4.7 de la LOPD exige, al empresario, la buena fe en la actividad de recogida, tratamiento y clasificación de la información, para evitar maniobras engañosas empleadas por el empresario que configuran una infracción grave,

que faculta al trabajador a reclamar responsabilidades a través del proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales o la extinción de la relación de trabajo. Otro de los aspectos que despierta interés, en materia de legitimidad del control empresarial, es el relativo al denominado “no intencional” que consiste en la instalación en un ordenador de sistemas con el propósito de satisfacer necesidades organizativas, productivas o de seguridad. La delimitación de su legitimidad en el teletrabajo genera algunos problemas, ya que al controlar el empresario la actividad laboral, éste puede obtener información concerniente a la esfera privada del teletrabajador. La legitimidad del control informático a distancia se determinaría por tres circunstancias: a las razones alegadas por el empresario, a la finalidad real perseguida y al propio comportamiento del empresario (GOÑI, 2005, Pág. 92)<sup>ccccxxxix</sup>.

Se concluye que para delimitar el poder de control que se ejerce sobre la persona del trabajador, - según afirma (TASCÓN, 2005, Pág. 86)<sup>ccccxc</sup> - el tratamiento de datos se presenta como una herramienta imprescindible o de suma utilidad. Los datos capturados en la actividad de control que rebasen el nivel y la intensidad de la recogida de datos, deslegitima el comportamiento empresarial, ya que la jurisprudencia<sup>ccccxi</sup> considera ilegítimas las conductas empresariales que utilicen aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

➤ **Proporcionalidad.**

La esencia del principio de la proporcionalidad radica en que los datos, incluidos aquellos que se utilicen en las actividades de control, deberán ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a la finalidad para la que se recaben. La Directiva 95/46 citada, establece en el Considerando N° 28, al respecto, lo siguiente:

“(…) todo tratamiento de datos personales debe efectuarse de forma lícita y leal con respecto al interesado; que debe referirse en particular, a datos adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los objetivos perseguidos: que estos objetivos han de ser explícitos y legítimos, y deben estar determinados en el momento de obtener datos; que los objetivos de los tratamientos posteriores a la obtención no pueden ser incompatibles con los objetivos originariamente especificados”.

La doctrina ha expresado que el principio de congruencia y racionalidad encaja en la conocida doctrina constitucional de la indispensabilidad de la medida de control y sobre la proporcionalidad de la restricción de los derechos fundamentales, por lo que habrá que llevar a cabo un juicio adecuado, necesidad y proporcionalidad que justifique las informaciones registradas como mecanismo de salvaguardia de la privacidad del trabajador. (DEL REY GUANTER, 1993, Pág. 148)<sup>cccxcii</sup>, al igual que la doctrina jurisprudencial<sup>cccxciii</sup>, hacen referencia a los dos principios generales fundamentales, **los de congruencia y racionalidad**, considerado “verdaderamente cardinal” y **el de consentimiento o autodeterminación**. Afirma que el primer macro – principio recoge los de legalidad, legitimidad, pertinencia (congruencia), proporcionalidad, veracidad, accesibilidad, cancelación y descontextualización.

Al abordar los casos concretos será necesario evaluar si la recogida o tratamiento de datos es susceptible de lograr el propósito perseguido y, además, si es necesaria, esto es, que no exista otra alternativa menos restrictiva de derechos fundamentales para la consecución del fin propuesto con igual eficacia, y que satisfaga el interés empresarial con una menor intromisión en la vida privada o el tratamiento de datos del trabajador. Igual comentario cabe aplicar a la vigilancia informática, dado que el empresario debería evitar los sistemas que efectúan una vigilancia automática y continua en aras de que la intromisión en la vida privada del trabajador sea menor y a su vez conseguir el objetivo perseguido. Si la medida de control tecnológico (videocámaras) o informático sea indispensable, se acudiría al principio de la proporcionalidad. (GOÑI, 2005, Pág. 93)<sup>cccxciv</sup>, argumenta, respecto a este tópico que:

“(…) los jueces y tribunales, más que en la indispensabilidad de la medida, reparan en la razonabilidad para alcanzar el fin perseguido (...) es decir si la medida en cuestión resulta útil para alcanzar el resultado (...) y por consiguiente no profundizan realmente en el carácter subsidiario del recurso a estos procedimientos”

Con relación al control informático, el principio de proporcionalidad implica – según plantea (CARDENAL, 2004)<sup>cccxcv</sup> - que el empleador debe reconsiderar la aplicación del control general de los mensajes electrónicos y de la utilización de Internet de todo el personal, salvo que resulte necesario para la seguridad de la empresa. Un Documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, elaborado por el Grupo – artículo 29 - de fecha 29 de mayo de 2002, introdujo algunas

directrices relacionadas con el control informático, en especial, con los correos electrónicos. En efecto, se sostuvo que, siempre que fuese posible:

“(…) el control del correo electrónico debería limitarse a los datos sobre tráfico de los participantes y a la hora de una comunicación más que al contenido si ello es suficiente para satisfacer las necesidades del empleador. Si el acceso al contenido de los mensajes es indispensable, convendría tener en cuenta el respeto de la vida privada de los destinatarios externos e internos de la organización. Por ejemplo, el empleador no puede obtener el consentimiento de las personas ajenas a la organización de la existencia de actividades de vigilancia que pudieran afectarlas. Se podría, por ejemplo, insertar avisos de la existencia de sistemas de vigilancia en todos los mensajes salientes de la organización”.

Lo esencial del documento reside en la valoración que realiza en cuanto a la apertura efectiva de los mensajes electrónicos, considerando esta acción como “desproporcionada”, de allí que ofrece una medida de control que, con ayuda de la tecnología, permite al empresario evaluar la utilización del correo electrónico por los trabajadores y que consiste en la comprobación del número de mensajes enviados y recibidos o el formato de los documentos adjuntos. En definitiva, el Documento sugiere que el control se puede realizar desde el servidor no siendo necesario, por lo tanto, acceder al buzón personal de correo del trabajador, criterio recogido en la STSJ Madrid, de 18 de junio de 2003.

El ejercicio del poder de control empresarial sobre el uso de Internet por los trabajadores puede sustituirse mediante la instalación de filtros a los contenidos de acceso, a las direcciones a las que pueden remitir correos, a la posibilidad de recibir archivos adjuntos, etc. La exclusividad de uso profesional de los medios o instrumentos de comunicación, puestos a disposición de los trabajadores, requiere la introducción en tales equipos de los programas que impidan la utilización no deseada. Se trataría de

mecanismos de bloqueo más que de vigilancia, los cuales pueden ser instalados antes o posterior a su uso. Los primeros sólo permiten el acceso a dominios previamente determinados por el empresario o, preferiblemente, por éste y los representantes de los trabajadores. Los segundos, los filtros al uso a posteriori, van a actuar cuando se supere determinado porcentaje del tráfico normal, el cual será fijado por el empresario y la representación de los trabajadores.

Todo lo anterior va a implicar que el empleador no puede tener conocimiento de los mensajes personales, enviados o recibidos, del trabajador mediante las herramientas informáticas puestas a su disposición para la realización de la prestación del servicio, sin violación del derecho a la vida privada del trabajador y, en concreto, del secreto de las comunicaciones, incluso, en el supuesto de que el trabajador tuviera prohibida la utilización no profesional de esas herramientas. (BOUCHET, 2006)<sup>cccxcvi</sup>, en apoyo a esta tesitura, cita una decisión de la Cámara Social de la Corte de Casación, de octubre de 2001 y, además, una Sentencia del Tribunal Correccional de París, cuyo contenido lo describe en los siguientes términos:

“(…) con carácter previo una sentencia del Tribunal Correccional de Paris condenó a tres altos ejecutivos de la Escuela Superior de Física y de Química Industrial por violación del secreto de la correspondencia. Los condenados interceptaron los correos electrónicos de un estudiante kuwaití al sospechar que utilizaba su correo electrónico del trabajo con fines personales. Esta sentencia fue muy importante porque determinó el régimen jurídico del correo electrónico de carácter privado que circulaba por Internet. Los jueces declararon que “la Red y la totalidad de los servicios que ofrece, como el de mensajería electrónica, entran en el campo de aplicación de la legislación relativa a las telecomunicaciones”.

Lo relevante del comentario jurisprudencial en referencia, es que se pone de manifiesto que la monitorización del correo electrónico conlleva una violación del secreto

de las comunicaciones, ya que supone una intromisión del empresario en el contenido de los mensajes, aunque sólo vaya dirigida a la identificación del emisor del mensaje y del destinatario porque, tal y como señala **la Sentencia N° 114, de 29 de noviembre de 1984**, dictada por el Tribunal Constitucional, el derecho al secreto de las comunicaciones no sólo cubre el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores.

Con relación a los sistemas de vigilancia con videocámaras, (GOÑI, 2007, Págs. 75-81)<sup>cccxcvii</sup>, sostiene que, por regla general, **no deben ser permitidos**, en especial, aquellos cuyo objetivo directo es controlar, desde una situación remota, la calidad y la cantidad de las actividades laborales y, que, por lo tanto, implican el tratamiento de datos personales en este contexto, salvo que se utilicen con las garantías adecuadas para cumplir requisitos de producción y seguridad laboral. La prestación de servicios **en régimen de teletrabajo** puede realizarse mediante videoconferencia a través de **una Webcam** incorporada en el ordenador que utiliza el teletrabajador. La Agencia española de Protección de Datos ha considerado que la captación de imágenes de las oficinas de una empresa, en la que aparecen los trabajadores que prestaban sus servicios en la misma, mediante una webcam y su posterior difusión a través de Internet, mediante una sucesión de fotos fijas que se renovaban cada quince minutos, constituía un tratamiento de datos personales al que le eran aplicables las previsiones de la LOPD. La instalación de sistemas de cámaras y videocámaras con fines de vigilancia ofrecen múltiples medios de tratamientos de datos personales, como pueden ser los circuitos cerrados de televisión, grabación por dispositivos webcam, digitalización de imágenes o instalación de cámaras en los lugares de trabajo, sistemas de vigilancia que afectan a todos los teletrabajadores que incorporen

como herramienta de trabajo una webcam en el ordenador fijo o portátil, y que, según lo dispuesto por el artículo 3, de la LOPD y el artículo 1.4 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, la información gráfica o fotográfica se considera dato de carácter personal. En tal sentido, la Agencia española de Protección de datos, emitió **la instrucción 1/2006, de 8 de noviembre de 2006 (BOE de 12 de diciembre, N° 296)**, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia **a través de sistemas de cámaras**, a través de la cual comunicó las previsiones siguientes:

“La presente instrucción se aplica al tratamiento de datos personales de imágenes de personas físicas identificadas e identificables, con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras y videocámaras. El tratamiento comprende “la grabación, captación, transmisión, conservación y almacenamiento de imágenes, incluida su reproducción o emisión en tiempo real, así como el tratamiento que resulte de los datos personales relacionados con aquellas”. Al respecto, “considera identificable una persona cuando su identidad pueda determinarse mediante los tratamientos a que se refiere la presente instrucción, sin que ello requiera plazos o actividades desproporcionados”. Además, las referencias a “a videocámaras y cámaras se entenderán hecha también a cualquier medio técnico análogo y, en general, a cualquier sistema que permita los tratamientos previstos” en la instrucción”.

Otro aspecto interesante y que merece nuestra consideración es el relacionado con la protección de **los datos personales grabados para uso o finalidad doméstica**, excluidos, en principio, de la tutela contemplada en la LOPD y de la Directiva 95/46. Esa excepción no produce el desamparo al tratamiento de datos personales de las imágenes del teletrabajador a domicilio, ya que aquella únicamente contempla las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares. Las imágenes del teletrabajador deben ser protegidas en función de que se graban **en un lugar de trabajo**, que, por tratarse de su domicilio, debe prestarse especial atención a la orientación del equipo de video, a la obligación de enviar avisos e información y al

borrado oportuno de las imágenes, de acuerdo al Dictamen 4/2004, adoptado el 11 de febrero de 2004, sobre el tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, adoptado por el Grupo Art. 29 sobre protección de datos, R. 11750/02/ES WP 89.

Todos los principios relativos al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, incluyendo, el principio de proporcionalidad, son de aplicación en aquellos casos relacionados con el tratamiento de datos personales no realizados con equipos de video, y se extiende a otros tipos de vigilancia remota como pueden ser los extendidos sistemas de GPS por satélite, sobre todo en la modalidad de teletrabajo móvil. (TASCÓN, 2005, Pág. 42)<sup>cccxcviii</sup>, al respecto, cita como ejemplo, el control de movimiento, mediante GPS instalado en el vehículo de la empresa que sea utilizado por el trabajador sea considerado lícito cuando no exista otro mecanismo eficaz para verificar el cumplimiento de la actividad laboral.

Respecto al tema de las conversaciones telefónicas, resulta de aplicación el artículo 20.3 del Estatuto de Trabajadores, el cual señala lo siguiente:

**“Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral.**

.....

“3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportuna de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”.

De acuerdo con el precepto transcrito, el empresario puede escuchar las conversaciones de los empleados durante el ejercicio de la actividad laboral, sin que esto

implique la vulneración del derecho a la intimidad, regulado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, ni el secreto de las comunicaciones contemplado en el artículo 18.3 de esa Norma Fundamental, cuando son grabadas por su interlocutor (si la conversación es ajena, está prohibida) y, con posterioridad, se utilizan como medio de prueba en juicio. En aplicación al Principio de Proporcionalidad y al Conocimiento del trabajador del control de las llamadas, se mantiene la legalidad de las escuchas realizadas por la empresa cuya actividad en el teletrabajo consista en la comunicación misma y, por lo tanto, no pueda ser controlado sin la intervención del empresario. Sobre el particular, y con relación al teletrabajo, (MARTÍNEZ, 2002, Pág. 170)<sup>cccxcix</sup>, afirma que:

“(…) parece razonable sostener que es admisible un control practicado sobre las comunicaciones siempre que la prestación principal del trabajador deba ejecutarse, simplemente, a través de los sistemas de comunicación empresariales y, al mismo tiempo, aquél se muestre como el único de los métodos viables de comprobación del correcto desempeño de la prestación del trabajo.”

(ACUT,, 2004, Pág. 31)<sup>cd</sup>, señala que en estos casos el uso del teléfono de la empresa se convierte en un elemento imprescindible en la prestación del trabajo y, por lo tanto, “el derecho al secreto de las comunicaciones debe ceder en parte”, siempre y cuando el control empresarial “se produzca de modo que se vea afectado en el mínimo imprescindible”, y, como sostiene (CAMAS, 2004)<sup>cdi</sup>, sin que constituya una limitación desproporcionada al derecho de la intimidad, al verificarse las grabaciones o escuchas de las conversaciones telefónicas del trabajador, por el empleador, durante el tiempo de trabajo **sin ninguna limitación y de forma continuada e indiscriminada.**

Finalmente, sobre el t3pico en estudio, es necesario verter dos consideraciones importantes: la legitimidad de la monitorizaci3n de las llamadas no implica la libre disposici3n, por el empresario, de las informaciones obtenidas, salvo que, enmarc3ndose en **el segundo juicio de legitimidad**, 3stas sean empleadas con un fin leg3timo, pertinente y no excesivo (por ejemplo en la actividad de Telemarketing)<sup>cdi</sup>; con relaci3n al Principio de Proporcionalidad, el Documento de trabajo relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videoc3mara, adoptado el 25 de noviembre de 2002, por el Grupo Art. 29, sobre protecci3n de datos, R. 11750/02/ES Final WP 67, se3al3 que:

“(...) el mecanismo de la negociaci3n colectiva puede resultar muy 3til para decidir qu3 acciones son proporcionadas al riesgo que corre el empleador. Por ello es necesario que el empleador y los trabajadores lleguen a un acuerdo para lograr el equilibrio o la conciliaci3n de los intereses de las partes. Por ejemplo, en el caso de vigilancia con videoc3maras, ser3 necesario un acuerdo previo con los representantes de los trabajadores en cuanto a la aplicaci3n de medidas, la duraci3n de la vigilancia y otros aspectos relativos a la grabaci3n de las im3genes”.

#### ➤ Informaci3n Previa.

La LOPD, recoge en su articulado el principio de informaci3n previa con relaci3n a la actividad de vigilancia empresarial, as3 como la Directiva 95/46. El primero de los instrumentos jur3dicos mencionados, contempla, **en su art3culo 5**, tal obligaci3n y, en ese sentido, exige a los responsables del tratamiento el deber de informar previamente de modo expreso, preciso e inequ3voco a los teletrabajadores lo siguiente:

- a. De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de car3cter personal, de la finalidad de la recogida de 3stos y de los destinatarios de la informaci3n;
- b. Del car3cter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas;
- c. De las consecuencias de la los datos o de la negativa a suministrarlos;

- d. De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

Comentando la LOPD, (TASCÓN, 2005, Pág. 116-117)<sup>cdm</sup> argumenta que:

“(…) hay que tener en cuenta el artículo 7.1 de la LOPD respecto de los datos especialmente protegidos (ideología, afiliación sindical, religión o creencias) que, en virtud del artículo 16 CE, el trabajador no está obligado a declarar. Estos datos sólo pueden ser cedidos mediante consentimiento expreso y por escrito del afectado. Igualmente, en relación con los datos que hacen referencia al origen racial, la salud, y vida sexual, que sólo pueden ser recabados o cedidos, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.”

La información previa sobre los medios de control permite al teletrabajador comprobar que la medida de control responde a los fines previstos y que se han recabado los datos imprescindibles para que, en caso contrario, pueda ejercitar el derecho de rectificación o supresión de datos incorrectos.

Con relación al tratamiento de datos de carácter personal, (TASCÓN, 2005, Ibidem, Pág. 108)<sup>cdiv</sup>, sostiene que el legislador no prevé un derecho de información como se ha visto en la recogida de datos, sustentándose en el artículo 5 de la LOPD, sino el “consentimiento inequívoco” del afectado, contemplado en el artículo 6.1 de la misma excerta legal, cuyo texto es el siguiente:

**“Artículo 6. Consentimiento del afectado.**

1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.”

Sin embargo, el artículo 6.2, de la LOPD, señala que el consentimiento no es necesario:

“(…) cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.”

En la hipótesis última descrita se presume el consentimiento en la recogida y tratamiento de datos porque se entiende otorgado cuando se presta en la creación de la relación jurídica. No obstante, durante la vigencia del contrato de trabajo el empresario sólo podrá tratar “sin el consentimiento del trabajador aquellos datos que sean estrictamente necesarios para el desarrollo de la relación laboral”.

➤ **Finalidad Compatible.**

La determinación y alcance del término “finalidad compatible”, no se establece claramente en el texto de la LOPD, por lo que habrá que atender a cada caso concreto y se debe acudir al principio de la legitimidad. Por lo tanto, el uso de los datos personales debe ser compatible con la original finalidad que determinó el que se recogieran y trataran los mismos. (THIBAUT, 2006, Pág. 131-132)<sup>cdv</sup> considera que en determinados supuestos se puede permitir el uso de los datos personales para finalidades distintas, atendiendo siempre al beneficio del interesado, aserto que ejemplifica de la manera siguiente:

“Por ejemplo, la utilización del dato de la afiliación para comunicar a la representación sindical del sindicato al que pertenece el trabajador la notificación del despido del mismo, es compatible con el que motiva el tratamiento, siendo conforme con lo dispuesto en la LOPD.”

La compatibilidad implica que si el tratamiento de los datos se justifica a efectos de seguridad del sistema, estos datos no podrán tratarse posteriormente con otro objetivo, por ejemplo, para supervisar el comportamiento del trabajador. La OIT, a través del Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre protección de los datos personales de los trabajadores (1996), contempla algunos principios generales, como aquél que señala que “cuando los datos personales se exploten con fines distintos de aquellos para los que fueron recabados, el empleador debería cerciorarse de que no se utilizan de un modo incompatible con esa finalidad inicial, y adoptar las medidas necesarias para evitar toda interpretación errada por causa de su aplicación en otro contexto”

El principio de finalidad en el teletrabajo es perfectamente compatible con la utilización de los datos informáticos para el control de la actividad laboral cuando sea esencial para la consecución del resultado productivo y no haya otra alternativa a ese control. En tal sentido, (GOÑI, 2005, Pág. 101)<sup>cdvi</sup>, en consonancia con esa idea, plantea que:

“(…) haciendo referencia al teletrabajo se afirma que “uno de esos casos en que resultaría legítimo el tratamiento de datos para otra finalidad sería el de aquellas formas de trabajo en que el resultado se presenta conectado de forma inseparable con la actividad del trabajador y donde todo intento de control del resultado será inútil, salvo si se controla la entera actividad del trabajador”

Una reflexión final, con relación al tema en estudio, consiste en el deber de cancelación de los datos personales cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que hubieran sido recabados o registrados.

#### 2.3.6.2 El Correo Electrónico Laboral.

En el desarrollo de nuestra investigación hemos destacado los efectos que ha causado en todos los ámbitos de nuestras vidas el avance tecnológico, el cual, si bien es cierto moderniza y facilita la labor, a la vez se presenta como generador de nuevos conflictos. La incidencia en el Derecho del Trabajo es evidente, en tanto la novedad conlleva analizar, reanalizar, adaptar y generar disposiciones jurídicas que aporten soluciones a las controversias que gradualmente van surgiendo.

Es el caso del correo electrónico o E-mail, medio de comunicación de notable rapidez, eficacia y agilidad que goza de gran profusión en casi todas las actividades económicas o comerciales del mundo, es habitual que los empleadores suministren a sus trabajadores una dirección de correo electrónico con el propósito de que la utilice para fines laborales, como en el teletrabajo, caracterizado, según hemos planteado con anterioridad, por la existencia, entre otros, de puestos de trabajos denominados “ciber - empleos” que consisten en adquirir mano de obra sin que resulte necesario que el trabajador asista a un centro de trabajo y que simplemente mediante la utilización del correo electrónico mantenga comunicación con la empresa y sus clientes.

Sin embargo, los inconvenientes surgen cuando el uso que el trabajador le da al correo se aparta de los fines estrictamente laborales, usándolo con objetivos personales y por ende extralaborales. El tema no es pacífico y en torno a él se perfilan doctrinalmente posturas enfrentadas: por un lado, encontramos aquellas que ven en el correo electrónico **una herramienta de trabajo**, integrada a los elementos puestos a disposición del trabajador por la empresa, directamente vinculados con la prestación de servicios, y, en tal sentido, estiman que el empleador está legitimado para ejercer su control; **otros** le otorgan íntegra

protección, sustentándose en el derecho de intimidad del trabajador, comprensivo éste del secreto de la correspondencia, por sobre el poder de control y dirección empresarial e **integrando el correo electrónico al tradicional concepto de correspondencia privada.** La protección de la correspondencia y con ella la del correo electrónico obedece a la tutela del ámbito de privacidad de los ciudadanos, parcela que el trabajador extiende sobre algunas facilidades que el empleador le otorga y, en consecuencia, su uso quedaría protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones privadas.

Sin perjuicio, de que posteriormente abordemos la temática en cuestión, consideramos pertinente aportar algunos elementos generales en torno al alcance y delimitación conceptual del correo electrónico.

#### 2.3.6.2.1 Delimitación Conceptual.

(GALDÓS, 2003, Pág. 171)<sup>cdvii</sup>, describe la fisonomía del correo electrónico, caracterizándolo como un **mecanismo de transmisión**, en el cual confluyen los caracteres siguientes:

- **Es un medio electrónico**: puesto que utiliza medios eléctricos de gestión y transporte;
- **Asincrónico**: ya que no requiere sincronía de envío y recepción;
- **Ubicuo**: debido a que permite su acceso en diversos lugares;
- **Digital**: utiliza información digitalizada;
- **Informático**: se relaciona con las tecnologías de la información.

En adición a las características anotadas se agregan la de ser un medio rápido y fiable en la recepción y envío de mensajes; no requiere simultaneidad del remitente y el receptor; facilidad de archivo, reenvío e integración; y bajo costo.

Para (NÚÑEZ, 2009, Pág. 26)<sup>cdviii</sup>, el correo electrónico o e-mail:

“(...) no es otra cosa que una casilla de recepción y envío de correos electrónicos a la cual se accede a través de una dirección electrónica para entablar comunicación entre distintos usuarios desde puntos remotos a través de Internet”

Por su parte, (DELPECH, 2001, Pág. 23)<sup>cdix</sup> señala, al respecto, lo siguiente:

“Esta dirección, que suele ser un nombre seguido del símbolo arroba y luego el nombre del servidor que nos suministró el proveedor de servicios, funciona como dirección de recepción y remitente. (...) mediante el e-mail, se pueden enviar archivos de cualquier clase, documentos de texto, imágenes y sonidos, etcétera”

La nueva tecnología descrita por los autores citados es habitualmente adquirida por los empresarios para que, a su vez, éstos las utilicen con fines laborales. Las personas físicas también han adquirido o contratado este tipo de servicios con un determinado proveedor y, en tal sentido, mantienen una cuenta personalizada de correo electrónico. La hipótesis que merece atención en el presente estudio es aquella donde el correo electrónico es proporcionado por el empleador, para hacer más eficiente y rápida la labor encomendada.

Con mucha frecuencia, en la actualidad, los empleadores proveen a cada uno de sus trabajadores una dirección de correo electrónico a efecto de que sea incorporado como instrumento o herramienta de trabajo, situación que convierte al trabajador en **portador**

**de la casilla de correo electrónico.** Si el trabajador destina el uso del correo a objetivos netamente laborales no se presenta ninguna controversia; sin embargo, si la actividad del trabajador se aparta de esos fines, haciendo uso del correo electrónico, provisto por la empresa, para propósitos personales o extralaborales, surgen diversas interrogantes, relacionadas con las facultades de dirección, organización y control que el ordenamiento jurídico reconoce al empleador que le permitirían monitorear el correo electrónico y controlar el uso que el trabajador le aplica.

#### 2.3.6.2.2 Clases de correos electrónicos.

Las modalidades mediante las cuales se puede hacer uso del correo electrónico, suelen ser las siguientes:

- 1) **Mediante el Webmail**, a través del cual se puede consultar una cuenta de correo desde cualquier computadora, en cualquier lugar del mundo, inclusive desde un teléfono celular, y mandar y recibir mensajes de texto desde el mismo teléfono móvil, por ejemplo, los servicios que brindan las páginas Web Hotmail, Yahoo, gmail, etc.
- 2) **El Correo Electrónico Laboral o E - mail laboral** que consiste en la dirección electrónica proporcionada por el empleador al trabajador para el mejor y más eficiente desempeño de sus labores.

El correo electrónico laboral viene a ser aquél otorgado por el empleador al trabajador para el desempeño de sus funciones, el cual debe ser utilizado según las reglas que acuerden o imponga el empleador para su uso y considerando las limitaciones constitucionales en materia de tutela al derecho fundamental de protección a la correspondencia y el secreto de las comunicaciones.

### 2.3.6.2.3 Correo Electrónico y Correo Postal.

Respecto a la equiparación del correo electrónico al correo postal, en función de brindar similar tutela jurídica, se han expuesto, tanto en sede doctrinal como jurisprudencial, dos teorías principales:

- Una que ve en el **correo electrónico una herramienta de trabajo**; y
- La otra que lo considera **una correspondencia privada**.

La primera entiende e integra al correo electrónico como un elemento más puesto a disposición del trabajador por la empresa, directamente vinculado con la prestación de servicios. (SAPARRAT, [www.calp.org.ar](http://www.calp.org.ar))<sup>cdx</sup> seguidor de esta teoría, asevera lo siguiente:

“(...) es evidente que no corresponde asimilar el correo electrónico laboral a la correspondencia epistolar del trabajador, toda vez que aquella equiparación tendría sentido ante el uso de una cuenta personal de correo electrónico, que, eventualmente, el empleador podría emplear herramientas para controlar su uso, sin necesidad de inmiscuirse en el contenido de dicha cuenta, como ser bloquear la web de internet de acceso; pero el correo electrónico laboral, provisto por el empleador con fines laborales, no podría asimilarse a la correspondencia postal, por cuanto constituye un elemento de trabajo, el pago de los gastos que la citada cuenta irroguen son soportados en su integridad por el empleador, y, por lo general, en dichos correos estaría explícitamente inserto el nombre de la empresa, con lo que de cierto modo, se estaría comprometiendo el nombre de la misma”

La jurisprudencia argentina se ha pronunciado al respecto, sosteniendo que:

“El correo electrónico es hoy una herramienta más de trabajo y las cuestiones relacionadas con su uso deben analizarse de acuerdo a los derechos y deberes de las partes...al principio de buena fe...y a la facultad del empleador de realizar controles personales destinados a la protección de los bienes de la empresa”<sup>cdx1</sup>

“Configura injuria que exime al empleador de toda responsabilidad por el despido, la utilización durante el tiempo de trabajo de herramientas laborales para fines personales - en el caso, correo electrónico - , pues ello contraría los deberes que el ordenamiento le impone al trabajador, tales como el de manejar con diligencia, poner la dedicación adecuada según las características del empleo y los medios instrumentales provistos, cumplir su prestación de buena fe y obrar con criterios de colaboración, solidaridad y fidelidad”<sup>cdxii</sup>

Consecuente con tal opción jurisprudencial, la Secretaría de Comunicaciones de ese país elaboró un proyecto de ley que en su artículo 3 señala que:

“Cuando el correo electrónico sea provisto por el empleador al trabajador en función de una relación laboral, se entenderá que la titularidad del mismo corresponde al empleador, independientemente del nombre y clave de acceso que sean necesarias para su caso...facultando al empleador a acceder y controlar toda información que circule por dicho correo electrónico laboral, como asimismo prohibir su uso para fines personales”<sup>cdxiii</sup>

**La segunda teoría** que lo considera **correspondencia privada**, le otorga íntegra protección, privilegiando el derecho a la intimidad del trabajador, comprensivo del secreto de la correspondencia por sobre el control y dirección empresarial, sustentándose en la aplicación de la regla *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere*, de tal manera que no correspondería limitar la protección constitucional a la correspondencia tradicional (postal), sino hacer extensiva la misma a la correspondencia electrónica. Se argumenta que al protegerse la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y los papeles privados a nivel constitucional, se hace como elementos que ingresan dentro del ámbito de privacidad de los ciudadanos.

(NIETO y URBANO, 2008, Pág. 604)<sup>cdxiv</sup>, partidario de la tesis descrita, sostiene que:

“Haciendo una interpretación teleológica de la norma constitucional debe incluirse también la correspondencia que circula a través del correo electrónico, teniendo en cuenta que el constituyente no pudo prever en su momento este medio de comunicación, y la finalidad de la norma es proteger el contenido de la correspondencia, sea cual fuere el medio utilizado”

En la misma línea doctrinal, (EKMEKDJIAN, 1994, Pág. 354)<sup>cdxv</sup>, afirma que:

“(…) en el concepto de correspondencia se incluyen no sólo las cartas y papeles, sino también las comunicaciones telefónicas, los discos, los soportes magnéticos de computadoras – diskettes -, el correo electrónico, los facsímiles, casetes, etcétera.”

#### 2.3.6.2.4 **Formas de introducir el uso del correo electrónico en la empresa.**

Con relación a **la forma de introducir el uso del correo electrónico en la empresa**, (NÚÑEZ, 2009, Pág. 28-29), a quien seguimos en este apartado, plantea dos modalidades: una, a través de las denominadas “**políticas de uso del sistema**”, las cuales consisten en un documento mediante el cual se establecen las reglas de utilización del correo electrónico, preceptuando con claridad cuáles son las condiciones de uso, las formas de fiscalización y las sanciones por el uso indebido, el cual deberá entregarse al trabajador al momento cuando se le asigne la respectiva cuenta de correo electrónico, detalle que faculta al trabajador a rechazarlas en caso de disconformidad; adicionalmente, se sugiere su inclusión **en el contrato de trabajo o en el Reglamento Interno de la Empresa.**

- **El Correo Electrónico Laboral como condición de trabajo.**

(NÚÑEZ, 2009, Pág. 28-29)<sup>cdxvi</sup>, afirma que, aunque es frecuente el suministro de una cuenta de correo electrónico por empleador a sus trabajadores, “debe tenerse presente que no existe obligación legal alguna” de brindarla, ya que - según su opinión - es una

potestad el otorgarlas, salvo que tal mecanismo sea indispensable para el normal desempeño de las labores del trabajador, por ejemplo, que éste deba comunicarse constantemente con sus proveedores o clientes por esta vía. Resulta entendible la posición de este autor, considerando que se adscribe a la opción doctrinal que ve en el correo electrónico una herramienta de trabajo proporcionada por el empleador para el normal desenvolvimiento de las funciones del trabajador, incorporada a lo que él denomina sus condiciones de trabajo, concibiendo éstas como “una prestación entregada por el empleador a sus trabajadores para facilitar la ejecución del contrato, para que cumplan con los servicios contratados”.

(SAPARRAT, [www.calp.org.ar](http://www.calp.org.ar))<sup>cdxvii</sup>, sostiene similar criterio, ya que argumenta que el correo electrónico laboral, provisto por el empleador con fines laborales constituye un elemento de trabajo cuyos gastos son soportados integralmente por éste y, generalmente, en dichos correos está explícitamente inserto el nombre de la empresa.

Consideramos que resulta indiferente si el empleador proporciona el correo electrónico laboral para uso esencial o no esencial de las labores del trabajador, ya que lo trascendente es que él (empleador) es quien contrata los servicios del correo con el proveedor y, en consecuencia, adquiere un derecho real sobre el mismo. Sin embargo, se aclara que lo adquirido al proveedor de acceso a Internet es el **espacio virtual** donde estarían almacenadas todas las direcciones de correos electrónicos. La distinción no representa relevancia alguna, ya que el aspecto dirimente en todo caso sería el sistema de protección constitucional aplicable al correo electrónico laboral, pues si la correspondencia goza de esa tutela y el correo electrónico laboral se asimila a ésta, no

podría haber intromisión en los mensajes del trabajador elaborados por esa vía electrónica, sin cumplir las exigencias previas del ordenamiento jurídico.

- **El Correo Electrónico como Política de Uso del Sistema.**

Se trata de la regulación de las reglas de utilización del correo electrónico, mediante un documento en el cual se integre como claridad cuáles son las condiciones de uso, formas de fiscalización y las sanciones por el uso indebido, correspondiéndole al empleador determinar tales condiciones para el correcto uso del e –mail laboral, con ciertas limitaciones. A manera preventiva debe ser entregado al trabajador en el momento de que se le asigne la cuenta de correo electrónico, a fin de que tenga oportunidad de manifestar su rechazo o aceptación.

Los que sostienen que el empleador no está obligado a otorgar el correo electrónico argumentan que no se vulneraría ningún derecho laboral si aquél decide no concederlo, debiendo cuidar, en caso contrario, es decir, si decide proveer a todos sus trabajadores de correos electrónicos, de otorgarlas bajo las mismas condiciones de uso para todo el personal. Algunas características comunes y usuales en el otorgamiento del correo electrónico, serían las siguientes (NÚÑEZ, 2009, Págs.29-31)<sup>cdxviii</sup>:

- Se otorga al usuario una dirección.
- Se le provee de una contraseña o password, para facilitar la privacidad del usuario del correo a fin de que no ingrese nadie a la cuenta de correo a no ser quien conozca la contraseña, y para determinar las responsabilidades en caso de uso incorrecto o ilegal del sistema.
- Se establece que el uso del correo deberá estrictamente laboral, o de la rama de actividades que realice la empresa.
- Establece restricciones al uso, como por ejemplo el tamaño o peso de los archivos adjuntos, el número de personas a quienes va dirigido el correo a fin de evitar las denominadas cadenas o correos spam, el tipo de correos adjuntos, los cuales tengan extensión tipo exe, vbs, avi, etc.

Paralelamente a las directrices en el uso del sistema las reglamentaciones imponen determinadas restricciones, en especial, la limitación a la esfera estrictamente laboral, indicando que el Administrador del Sistema no podrá interceptar, editar, monitorear o eliminar ningún mensaje de correo de ningún usuario, salvo autorización expresa de éste o en los siguientes casos:

- El usuario haya incurrido en actos ilegales.
- Requerimiento expreso de Autoridades Policiales o Judiciales.
- Para identificar o resolver problemas técnicos.
- El mensaje comprometa el normal funcionamiento del servicio.

Adicionalmente, debe incluirse en tales políticas de privacidad las facultades sancionadora y fiscalizadora del empleador y no se debe dejar abierta la posibilidad de intervención, debiendo especificarse la forma en la que los trabajadores deben utilizar el correo electrónico: si únicamente su uso será de carácter oficial o relacionado con las funciones que desempeña cada trabajador señalando una cláusula prohibitiva para su uso personal o también si podrá utilizarlo para fines personales.

Ahora bien, el hecho de que el trabajador haya aceptado las políticas de uso emanadas del empleador, no garantiza que los tribunales de justicia resuelvan a favor de la empresa cuando los trabajadores demanden intromisión a su derecho de intimidad o a la inviolabilidad de comunicaciones privadas.

Sobre el particular, resulta ilustrativa la **Sentencia N° 1058-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional de Perú**, respecto al Derecho a la Inviolabilidad de las comunicaciones privadas y Derecho a la Intimidad:

“El demandante Rafael Francisco García Mendoza, demanda a la empresa de Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST S.A.), solicitando se le reponga en el cargo de Jefe de la Oficina de Auditoría Interna al haber sido despedido por utilizar indebidamente los recursos públicos dentro del horario de trabajo, para realizar actividades de índole particular, totalmente ajenas al servicio, constatándose el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónica, denotando falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo.

“El Colegiado declaró fundada la demanda, en el entendido que se habrían vulnerado, entre otros, los derechos de inviolabilidad de comunicaciones e intimidad, al haber intervenido la correspondencia electrónica del trabajador sin su consentimiento y sin que haya mediado una autorización judicial para tal medida. Señala también que la fiscalización por parte del empleador de la correspondencia electrónica de los trabajadores no puede hacerse en forma contraria a los derechos de la persona, sino de manera razonable, de modo tal que permita satisfacer los fines de toda relación laboral sin perjudicar los ámbitos propios de autodeterminación que en todo momento deben quedar sujetos a lo establecido en la norma fundamental”

La referida sentencia plantea diversas situaciones de sumo interés en materia del uso del correo electrónico laboral: en primer término, si al suscribir o aceptar las políticas de uso del sistema, consintió el trabajador en que el empleador pudiera tener acceso a su correspondencia electrónica; si es posible que una persona renuncie a su derecho a la inviolabilidad de comunicaciones o si estamos frente a un derecho irrenunciable.

Con relación al primer planteamiento (NÚÑEZ, 2009, Pág. 61), sostiene que la suscripción, por el trabajador, de las políticas de uso del correo electrónico, constituye un acto válido, **que no contraviene norma expresa ni constituye pacto contra derechos indisponibles**, motivo por el cual en caso de que el trabajador afirme que se pactó contra su voluntad o por medio de coacción o intimidación, deberá demostrar ello con medios de prueba a efectos de que en sede judicial se declare la nulidad de dicho pacto. En ese orden ideas, igualmente argumenta que una persona puede renunciar a su derecho a la

intimidad o a su derecho a la libertad de comunicaciones, permitiendo a un tercero ingresar tanto a su vida personal como a su correspondencia privada, **ya que no se trata de derechos laborales irrenunciables.**

Sin perjuicio de que abordemos el tema al tratar del teletrabajo en la legislación panameña, a nuestro juicio, el problema reside no tanto en la determinación de la naturaleza del correo electrónico, ya sea como herramienta de trabajo o como política de uso del sistema, ni tampoco puede lograrse una solución atendiendo sólo a la titularidad o no del espacio virtual contratado o del equipo utilizado, puesto que el grado de tutela que garantice la Constitución Nacional en materia de protección de los derechos fundamentales, sean éstos específicos o inespecíficos, aportará las directrices, sobretodo en caso de vacío legal, para resolver la controversia o colisión, en su caso, de libertades reconocidas tanto al empleador como al trabajador, en el ámbito de la relación de trabajo.

Ni la doctrina, ni la jurisprudencia ni la legislación de muchos países, ha sido uniforme en el tratamiento de la naturaleza, uso y efectos del correo electrónico en la esfera del derecho del trabajo, en consecuencia, encontramos pronunciamientos judiciales, opiniones de especialistas y normativas de jerarquía diversa, con criterios disímiles, aun a lo interno de un determinado ordenamiento jurídico, detalle que torna mucho más difícil la búsqueda y encuentro de un parámetro aplicable a la gama de situaciones que genera la introducción del correo electrónico laboral.

### **2.3.6.3 El Teletrabajo en Colombia.**

#### **2.3.6.3.1 Concepto Legal.**

El teletrabajo en Colombia aparece regulado a través de la **Ley 1221 de 16 de julio de 2008**, por la cual se establecen normas para promover y regular el teletrabajo y se

dictan otras disposiciones; reglamentada, a su vez, por el **Decreto No 884 de 30 de abril de 2012**.

En principio, el teletrabajo se concibe (artículo 3° de la Ley) como una herramienta de política económica, más preciso, **como una política de empleo**, de allí que su objetivo fundamental, expresamente señalado en el artículo 1° de la Ley, consista en:

**“...promover y regular el Teletrabajo como un instrumento de generación de empleo y autoempleo mediante la utilización de la información y las telecomunicaciones (TICs)”**

La Ley 1221 y su Decreto reglamentario, destacan, entre sus aspectos conceptuales, la adopción de una concreta definición de las **nociones de teletrabajo y de teletrabajador**. En efecto, la voz teletrabajo es definida, en el artículo 2°, de la Ley, como:

**“...una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para promover el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo”**

En cuanto a la noción de teletrabajador, la Ley, en el artículo 2°, parte final, lo define como:

**“Persona que desempeña actividades laborales a través de tecnologías de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios”**

Mientras que en el Decreto reglamentario, artículo 2º, el teletrabajo aparece definido de la siguiente manera:

“...es una forma de organización laboral, que se efectúa en el marco de un contrato de trabajo o de una relación laboral dependiente, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas utilizando las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y empleador sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo”

Y define el término teletrabajador, así:

“...es la persona que en el marco de la relación laboral dependiente, utiliza las tecnologías de la información y comunicación como medio o fin para realizar su actividad laboral fuera del local del empleador, en cualquiera de las formas definidas por la ley”

El texto de las disposiciones transcritas parecieran reflejar una incongruencia, en cuanto al ámbito de aplicación personal de la normativa, debido a que la Ley pareciera estar concebida para regular tanto el teletrabajo dependiente o por cuenta ajena como aquél denominado autónomo, no obstante, el Decreto encuadra su reglamentación dentro de los parámetros del teletrabajo dependiente, o sea, como expresamente se menciona, “en el marco de un contrato de trabajo o de una relación laboral dependiente...”. La solución pareciera desprenderse del contenido del artículo 1º del Decreto, que fija el objetivo de la reglamentación en “establecer las condiciones laborales especiales del teletrabajo”, destacando que deben llevarse a cabo “en relación de dependencia”.

#### 2.3.6.3.2 Modalidades de Teletrabajo reguladas en la Ley 1221.

El artículo 2º, de la Ley 1221, describe los diversos matices que puede revestir el teletrabajo:

- **Autónomos:** son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan fuera de la empresa y solo acuden a la oficina en algunas ocasiones.
- **Móviles:** son aquellos teletrabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las tecnologías de la información y la comunicación, en dispositivos móviles.
- **Suplementarios:** son aquellos teletrabajadores que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.

Con relación a esta clasificación se ha señalado que sólo los teletrabajadores denominados móviles son los que reúnen los requisitos del teletrabajo, ya que las otras presentan cierta ambigüedad o mixtura que se apartan del concepto de teletrabajo y, además, involucran al trabajo a domicilio y al trabajo convencional ([www.urosario.edu.co](http://www.urosario.edu.co))<sup>cdxix</sup>

#### 2.3.6.3.3 **Obligaciones gubernamentales contempladas en la Ley.**

Un aspecto sumamente interesante contenido en la Ley 1221 y en su reglamentación consiste en adscribirle determinadas atribuciones al gobierno, en función de la implementación del teletrabajo. En tal sentido, se crea, en el artículo 4º, **la Red Nacional de Fomento al Teletrabajo**, integrada por entidades públicas y privadas relacionadas con el sector, así como por organismos y asociaciones profesionales. Adicionalmente, el

gobierno nacional tiene la obligación de establecer un sistema de vigilancia, inspección y control para garantizar el cumplimiento de la legislación laboral en el marco del teletrabajo, según lo establece el artículo 5° de esta excerta legal.

La normativa en estudio, entre otras medidas, contempla la obligación del Ministerio de Tecnología de la Información y Comunicaciones de fomentar el teletrabajo, promover una cultura del teletrabajo y uso de las TICs y promover la inclusión de la población discapacitada. Paralelamente, se le adscribe a un organismo denominado Comisión Nacional del Servicio Civil, la obligación de adoptar un instrumento especial para la evaluación de desempeño del teletrabajador del sector público.

#### 2.3.6.3.4 **Garantías Sindicales, Laborales y de Seguridad Social del Teletrabajador.**

- **Garantías Sindicales.**

La Ley 1221 y su reglamentación regulan un número plural de garantías a favor de los teletrabajadores. En el tema sindical, el artículo 6°, numeral 6, literal a), reconoce a los teletrabajadores el derecho “a constituir o afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades”.

- **Garantías Laborales y de Seguridad Social.**

La ley contempla un amplio catálogo de derechos y garantías a favor de los teletrabajadores, entre las que podemos mencionar. Protección contra la discriminación en el empleo, al salario justo, al acceso a la información, respeto a la intimidad y privacidad del teletrabajador, la edad mínima de admisión, igualdad de trato, protección

de la maternidad. Se garantiza el derecho a la seguridad social de los teletrabajadores. El empleador tiene la obligación de suministrar los medios y recursos necesarios para el desarrollo de la labor, equipos, conexiones, energía, programas, desplazamientos. Se garantiza, además, que el cambio de trabajo convencional a teletrabajo sea voluntario, lo cual supone consenso entre las partes.

#### 2.3.6.3.5 Situación Contractual de los teletrabajadores.

El artículo 3º, del Decreto reglamentario de la Ley 1221, expresamente contempla las condiciones y términos contractuales aplicables a los teletrabajadores. Entre las más relevantes podemos mencionar la que obliga a incorporar al contrato:

- Las condiciones de servicio, los medios tecnológicos y de ambiente requeridos y la forma de ejecutar el mismo en condiciones de tiempo y si es posible de espacio;
- La fijación de los días y horarios de trabajo del teletrabajador, a fin de delimitar la responsabilidad por accidentes de trabajo.
- Normas que definan la responsabilidad en la custodia de los elementos de trabajo y fijar el procedimiento de entrega al momento de finalizar la modalidad de teletrabajo.
- Las medidas de seguridad informática que debe conocer y cumplir el teletrabajador.
- El contratado inicialmente como teletrabajador no podrá laborar en las instalaciones de la empresa, salvo que existe mutuo consentimiento de las partes, desapareciendo la calidad de teletrabajador.

#### 2.3.6.4 El Teletrabajo en Venezuela.

El Derecho Laboral venezolano participa de la característica común de un gran número de legislaciones que no poseen una regulación específica del teletrabajo.

(BLANCO,2011, pág. 5), a quien seguimos en este epígrafe, reafirma nuestro aserto cuando señala, partiendo de la inexistencia de una regulación puntual o específica del teletrabajo, las razones de llevar a cabo el estudio o investigación acerca del tema:

“En consecuencia, las razones que justifican nuestro estudio, es poder extraer de los análisis doctrinarios, normativos y jurisprudenciales desarrollados en la investigación, así como la realidad d las formas jurídicas establecidas, la manera de adaptar esta modalidad organizativa de la actividad laboral a la normativa laboral venezolana, en cuanto la protección del empleo, las condiciones de trabajo, la prevención de la seguridad social en su amplio contexto y a la existencia de reglas claras para la prestación de este tipo de servicios”

En Venezuela el teletrabajo se puede prestar bajo diversas circunstancias. Se alude al teletrabajo **autónomo o independiente**, modalidad que exige plena capacidad organizativa de la actividad económica, de parte del teletrabajador, inclusive, asumiendo los riesgos derivados de su ejecución. Al Teletrabajo autónomo se le adicionan otros requisitos: el ánimo de lucro, la habitualidad, la intervención directa y personal en la misma y la inexistencia del contrato de trabajo. Se aborda, además, **el teletrabajo dependiente**, destacando el diferente trato jurídico que lo distingue del trabajo a domicilio, en especial, la condición necesaria en éste de que el trabajo se lleve a cabo en la habitación del trabajador, lo que en el teletrabajo constituye una de las maneras de su implementación. Aunado a lo anterior, el teletrabajo, en ciertas tipologías, requiere de una vigilancia directa del patrono como ocurre en el Teletrabajo *On line* o conectado, caracterizado porque el teletrabajador recibe órdenes de trabajo de la empresa e informa resultados a ésta en tiempo real, mediante conexión telemática.

El teletrabajo en Venezuela se configura por las experiencias de las actividades empresariales. Sin embargo, un sector de la doctrina laboralista venezolana ha elaborado algunos criterios que permiten articular algunas situaciones dentro del ámbito del teletrabajo dependiente. Así, para que el teletrabajador goce de protección laboral se enumeran (CARVALLO M., 2001, pág. 16)<sup>cdxx</sup> los siguientes criterios:

- Se verifica una estricta dirección a través de un programa informático confeccionado por el empleador;
- La asunción de riesgos a los fines, entre otros, de elegir libremente el programa aplicativo, para la gestión de la contabilidad empresarial;
- Aparecer – el teletrabajador – en las listas de distribución interna de documentos y directorios electrónicos de la empresa, o su representación virtual en la página WEB de la misma;
- El deber de comparecencia a la sede de la empresa con intensa regularidad;
- El deber de participar en los cursos de formación organizados por el titular de la empresa.
- La dependencia tecnológica, esto es, la propiedad o no del *Know How*, sobre todo aquello que supone un valor añadido;
- La propiedad o disposición de los medios o instrumentos de trabajo (hardware, facilidades locativas, líneas telefónicas, etc.);
- La apropiación originaria de los frutos o réditos del teletrabajo;
- La remuneración percibida regularmente por el teletrabajador; y

- El destinatario de los servicios, esto es, si no fuere el contratante del teletrabajador sino, más bien, los clientes de aquél pues, en este caso, se verificaría un típico rasgo de ajenidad en el mercado.

Es necesario, concluye (BLANCO, 2011, pág. 77)<sup>cdxxi</sup> que las nuevas relaciones jurídicas de trabajo, consecuencia de las nuevas tecnologías, exigen la adaptación de la normativa laboral tradicional a una más actualizada que contemple esta nueva forma de ver las relaciones humanas.

#### 2.3.6.5 El Teletrabajo en Panamá.

##### ➤ Reflexiones en torno al Teletrabajo en Panamá.

El teletrabajo, como **diseño organizativo** para la ejecución del trabajo, utilizando los medios que proporcionan la telemática y las ciencias de la comunicación ha propiciado cambios importantes en el campo laboral. Un artículo publicado en el Diario La Prensa, de 9 de agosto de 2000, revela que el Teletrabajo en Panamá es **una práctica consolidada y en aumento** que permite flexibilizar los esquemas laborales, reducir costos y hacer eficiente el trabajo. Matías Prado, Presidente, en aquel momento, de la Cámara Panameña de Tecnología y Comunicación manifestó, según el artículo en mención, que el teletrabajo es una puerta abierta para el servicio al cliente y las tareas de cobranza, pero dice que en Panamá, por ahora, no hay estudios sobre esta tendencia y su impacto en la sociedad.

Otro artículo, de fecha 22 de noviembre de 2004, aparecida en el Diario Panamá América, daba cuenta de la dimensión y auge que había adquirido el teletrabajo en

Panamá. Se cita una entrevista con Pedro Rodríguez Polo, **Gerente de la empresa Contacto Panamá**, dedicada a emplear teletrabajadores, influenciados por la experiencia europea, el cual afirmó que inicialmente se dedicaba a ofrecer servicios de tecnología y, posteriormente, adoptó el nuevo mecanismo del teletrabajo para emplear, pudiendo los nuevos empleados laborar desde sus residencias.

Según Rodríguez, el poder de vigilancia o supervisión se lleva a cabo, entre otros mecanismos, **por la firma de tarjetas por los clientes visitados por el teletrabajador**, además de mantener **comunicación telefónica o vía internet**. En la oficina central sólo laboran tres personas, lo cual representa una enorme ventaja, ya que no se requiere infraestructuras de gran tamaño para operar bajo esa modalidad. Señala, respecto al teletrabajador, que **éste elige el contrato que le conviene**, haciendo alusión al de servicios profesionales u otro, recibiendo en uno u otro caso el salario justificado a la profesión a la cual se dedica. Se describen algunas **limitaciones** que ha experimentado en su praxis, la implementación del teletrabajo, entre ellas:

- Los formadores de las generaciones futuras que no se esfuerzan en motivar a los estudiantes, conformándose con la excusa de las desventajas que llevan los últimos desde su hogar;
- La actitud, luego de haber sido capacitado, y no compartir ni enseñar a los colegas lo aprendido, supuestamente en defensa del puesto, crea una cortapisa para la transmisión y la difusión de la tecnología en la sociedad.
- La aceptación de que Panamá es el segundo país de América Latina con la peor distribución de ingresos y de los más desiguales del mundo.

Lo expuesto revela, sin lugar a dudas, lo beneficioso que resultaría la adopción de ese **diseño organizativo laboral**, en algunos aspectos; pero, a la vez, refleja la evidente

debilidad y posición vulnerable en la que están colocados los que así prestan sus servicios, ya que **carecen de una normativa precisa**, clara y exactamente aplicable a su situación fáctica, incrementándose los márgenes de discrecionalidad empresarial en la imposición de las condiciones de trabajo.

Algunos países, en ausencia de normativa aplicable al teletrabajo, optan por adecuarlo al trabajo a domicilio. Sin embargo, en Panamá, ni siquiera esto resulta viable, toda vez que las disposiciones, artículos 232 y 233 del Código de Trabajo, destinadas a regular esa institución, fueron derogadas mediante Ley 1 de 1986. Tal y como anota (LACHMAN, 2000, pág. 26), el teletrabajo está en una etapa incipiente de su desarrollo, por lo que su regulación jurídica no se puede encasillar dentro de la vieja figura del trabajo a domicilio que pertenece a una época ya superada del desarrollo de las fuerzas productivas.

En Panamá, se acude a la figura del contrato por servicios profesionales, instrumento legitimador de innumerables violaciones de los derechos fundamentales de los trabajadores, y quienes acuden a la regulación laboral enfrentan el desafío de su adecuación a un esquema de corte tradicional en la que los presupuestos de laboralidad pierden intensidad ante estos novedosos fenómenos, como el teletrabajo.

➤ **Naturaleza Jurídica.**

Con relación a la **naturaleza jurídica** del teletrabajo, resulta evidente su condición de atipicidad; (LACHMAN, 2000, pág. 27) sostiene que la subordinación y la dependencia

económica **pierden valor absoluto**, adquiriendo relevancia la coordinación técnica como elemento caracterizador de la relación.

No compartimos plenamente esta postura del respetado colega, ya que si bien la relación de trabajo presenta nuevos y modernos matices, por la introducción de los avances tecnológicos, no es menos cierto que, aún en el teletrabajo, **existen formas de control y supervisión empresarial** que determinan la mayor o menor intensidad del poder directivo del empleador, detalle coadyuvante a la delimitación del tipo de relación que se ejecuta. Además, algunas modalidades de teletrabajo, como **la *On Line*, utilizan un software que permite al empleador la interacción, en tiempo real**, con el teletrabajador, aspecto que configura el grado e intensidad necesaria, para que tenga plena vigencia y eficacia la subordinación jurídica en su acepción clásica.

La desregulación expresa de las actividades consideradas como teletrabajo ha conllevado la necesidad de adecuar el teletrabajo dependiente, bajo las disposiciones generales del Código de Trabajo, generando ineficacia en algunas de sus normas, como por ejemplo, las relacionadas con la jornada de trabajo, el sistema de seguridad social, riesgos profesionales, la supervisión inmediata y directa, etc.

Respecto al Desarrollo y Proyección del teletrabajo, en primer término debemos señalar que **se precisa de la elaboración de una normativa** que incorpore de manera clara y detallada los aspectos que configuran todas y cada una de las modalidades de teletrabajo, por lo menos, las que se practican en nuestro país. El Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral (MITRADEL) debe desarrollar una ofensiva en torno a la supervisión y vigilancia de las condiciones laborales de este tipo de trabajadores, para garantizar el

respeto a sus derechos fundamentales y el cumplimiento de las disposiciones del Código de Trabajo, hasta tanto se dicte la normativa correspondiente. Finalmente, en adición a las propuestas enunciadas, corresponderá a la jurisprudencia llenar los vacíos y lagunas que se vayan presentando en la casuística laboral, hasta tanto se expida la regulación respectiva.

➤ **El Correo Electrónico Laboral.**

En líneas anteriores abordamos el tema del correo electrónico y las consecuencias que pueden derivarse de su utilización en la ejecución de obras o prestación de servicios. Según se anotó, el correo electrónico representa uno de los instrumentos de mayor difusión aportado por la Internet, por su sencillez, eficiencia y ahorro de recursos diversos.

En este apartado, analizaremos la incidencia que tienen la introducción y el uso del correo electrónico en el ordenamiento jurídico panameño, enfatizando la opción doctrinal aplicable en torno a la calificación lícita o ilícita de la injerencia del empleador en la correspondencia de los trabajadores y, en estrecha relación con el tema, la posible asimilación de la correspondencia postal al contenido del artículo 29 de la Constitución Política.

Hemos sostenido que la naturaleza jurídica del correo electrónico estaba signada por la adopción de una de las dos tesis siguientes: Una que ve en **el correo electrónico una herramienta de trabajo**; y la otra que lo considera **una correspondencia privada**. La **primera** corriente al concebir el correo electrónico como herramienta de trabajo, lo

asimila a los elementos o útiles que el empleador proporciona al trabajador, directamente vinculados a la ejecución de las tareas encomendadas. **La otra postura**, de acuerdo a la doctrina planteada con anterioridad, integra al correo electrónico a la tutela del secreto de la correspondencia con prelación al poder de control y dirección empresarial.

➤ **Normativa aplicable en el Derecho Interno panameño.**

- **Constitución Nacional:** en el ámbito Constitucional resulta relevante considerar en esta temática el contenido de los artículos 64, que establece la obligación del Estado de elaborar políticas adecuadas para garantizarle al trabajador una fuente de empleo y una existencia digna y decorosa; el 26 que regula el Derecho a la Inviolabilidad del Domicilio; el artículo 29 que contempla **la inviolabilidad de la correspondencia y toda comunicación privada**; el Bloque de la Constitucionalidad, el cual incorpora al derecho interno normas internacionales con jerarquía constitucional. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de 21 de agosto de 2008, reformuló la Doctrina del Bloque de la Constitucionalidad, ampliando e integrándolo conforme lo dispuesto por los artículos 4 y 17 de la Constitución, como elementos del mismo a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, superando su posición anterior que sólo incorporaba al Bloque de Constitucionalidad a algunos artículos de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos.
- **La Declaración Universal de los Derechos Humanos:** este instrumento internacional dispone **en su artículo 12**, que:

“(…) nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tienen derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”

- **La Convención Americana de Derechos Humanos**: señala este cuerpo jurídico, en su artículo 11, que:

“(…) nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación... Toda persona tienen derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”

- **El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, establece, en su artículo 17, que:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tienen derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”

Iniciamos nuestro análisis, transcribiendo la norma pertinente de **la Constitución**

**Nacional de la República de Panamá**, el artículo 29, el cual estatuye lo siguiente:

“La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales. En todo caso se guardará absoluta reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen o de la retención.

El registro de cartas y demás documentos o papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar.

Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial.

El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores”

Con relación a este asunto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá ya se ha pronunciado, a través de la Resolución de 17 de julio de 2007, la cual señaló básicamente que el artículo 29 de la Constitución Nacional tutela el derecho a la intimidad y reserva de las comunicaciones de los habitantes de la República, de manera que cualquier intervención sobre este derecho fundamental requiere la anuencia de una autoridad judicial, entendiéndose como tales a los ciudadanos que como servidores públicos desempeñan el cargo de jueces o magistrados dentro del Órgano Judicial.

Resulta evidente, tanto del texto de la norma constitucional como de la interpretación que de ella realiza el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que la protección a la inviolabilidad de la correspondencia y los documentos privados se deriva del reconocimiento a tales elementos como integrantes del ámbito de privacidad de los ciudadanos. Una interpretación teleológica de la norma constitucional **debe suponer la inclusión de la correspondencia que circula a través del correo electrónico**, teniendo en cuenta que el constituyente no pudo, en su momento, prever la existencia de este medio de comunicación, y el propósito de la norma consiste en tutelar el contenido de la correspondencia, independientemente del medio utilizado. Y es que nuestro aserto es corroborado por el contenido de la Resolución de 24 de agosto de 2007, en la cual se sostuvo respecto al concepto de “comunicación privada” que debe entenderse como tal:

“(…) aquel intercambio de datos e información entre dos particulares con sustracción del soporte o medio que se utilice para ello (correo convencional o electrónico, telégrafo, teléfono u otro medio que suministre el avance tecnológico o científico).”

Sin lugar a dudas, el criterio esbozado por la más Alta Corporación de Justicia en Panamá asimila e integra el correo electrónico al concepto de correspondencia y de comunicación privada, de tal manera que cuando la Constitución Nacional prescribe que “todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o garbadas, sino por mandato de autoridad judicial”, extiende la tutela al conocido E-mail o Correo Electrónico Laboral y, en consecuencia, impide al empleador todo tipo de injerencia sobre el mismo.

Consideramos que el correo electrónico tiene características de protección de la privacidad más acentuadas que el correo postal tradicional, ya que su operatividad exige un prestador del servicio, el nombre de usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos o información que se emiten o archivan a través del mismo, y, en consecuencia, la correspondencia y todo lo que pueda ser transmitido o receptado, por su conducto, debe gozar de la misma protección que quiso darle el constituyente al incorporar el artículo 29 a la Constitución Nacional, independientemente de que en tal época no existían tales avances tecnológicos.

Desde la perspectiva laboral, la homologación del correo electrónico con el correo postal tradicional y su inserción en el contenido del término “correspondencia”, tendría como efecto inmediato la imposibilidad del empleador para supervisar el contenido del correo electrónico, a menos que lo realice mediando una autorización judicial obtenida al respecto, toda vez que se activarían las normas que regulan la inviolabilidad de la correspondencia y los documentos privados y el secreto de las comunicaciones. En la hipótesis de que el empleador obtuviera pruebas mediante el monitoreo del correo electrónico, sin autorización judicial previa, para acreditar la comisión de faltas del

trabajador que ameriten la disolución del vínculo laboral presuntamente justificada, podrían ser inutilizables en un eventual proceso, toda vez que adolecerían de un vicio de nulidad, por haber sido obtenidas ilegítimamente.

Por otro lado y en estrecha vinculación con la problemática planteada, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 24 de agosto de 2007, ha consignado una serie de presupuestos que legitiman la intervención o perturbación del Derecho Fundamental del Secreto de las Comunicaciones. Así se enunciaron los siguientes:

“Ser autorizadas previamente por un Juez o Magistrado competente para conocer la causa, a través de una resolución motivada, en la que, por lo menos, se indique que la misma surge dentro de una investigación penal (una vez se cuente con la "notitia criminis" que nos coloque frente a la posibilidad de comisión de un hecho punible), el tipo de delito que se investiga, las diligencias con las que se cuenta para demostrar el hecho y la necesidad de obtener la evidencia reclamada a través de la escucha telefónica, dejando consignado la ausencia o los límites de otras diligencias o gestiones procesales para obtener la información que se solicita”

“Esa solicitud debe realizarse con suficiente previsión y precisión, indicando las generales de la persona cuya comunicación se ha de intervenir (cuando esto sea posible), el soporte o naturaleza de la comunicación que se inspecciona, el tiempo específico que se hará, así como tipo de información que se pretende obtener y el objeto de la diligencia”

“Se debe ejecutar con estricta observancia del principio de proporcionalidad; es decir, que sólo puede solicitarse en el curso de una "investigación penal" una vez se cuente, por lo menos" con la "notitia criminis" y para alcanzar objetivos que el constituyente también ha considerado legítimos, como es el caso de la prevención y represión de hechos calificados como delitos por la legislación doméstica. Así mismo, la proporcionalidad reclama que la intervención en la comunicación privada sólo se realice cuando no existan a disposición del Agente de Instrucción otros medios probatorios para obtener la evidencia requerida. No se puede autorizar una escucha telefónica cuando ésta, conforme a la naturaleza y el estado de la investigación, no sea necesaria, forzosa; o a contrario sensu, cuando la escucha telefónica carezca de la capacidad para suministrar datos de relevancia a la investigación penal”

“En adición a ello, se reitera que el control judicial de la intervención en la comunicación debe realizarse siempre previo al momento en que efectivamente

se lleve a cabo la intervención en la comunicación privada. No obstante, esto no quiere decir que la participación de la autoridad judicial se limite a ello, pues el ente a quien se autorice la intervención, está en la obligación de cesarla cuando desaparezca el objeto de la misma; para lo cual se puede acudir a la propia autoridad judicial que la autorizó, a objeto que la haga extinguir”

Todo lo expuesto, genera una gran problemática en torno a la imposibilidad del empleador de ejercer con amplitud las facultades de control sobre los correos electrónicos laborales, en especial, los riesgos y conflictos de difícil solución, que podrían generarse en el marco del contrato de trabajo. Una de las posibles soluciones aportadas por los especialistas consiste en distinguir el correo electrónico laboral, o sea aquél proporcionado por el empleador, del personal adquirido por el trabajador para su uso exclusivo, de tal manera que la tutela estaría reservada sólo en caso de intromisión al correo personal del trabajador. Frente a esta solución se argumenta, con legítima razón, por lo menos en el caso panameño, que la norma constitucional no hace distinciones en cuanto al tipo de correspondencia amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones, por tanto, no sería viable jurídicamente. Otro argumento ubica la solución en la renuncia tácita o expresa que hiciera el trabajador, previo al inicio de la relación de trabajo, de la garantía de protección a su derecho de intimidad y del secreto de las comunicaciones, a través de la comunicación de las Políticas de Uso de Sistemas o Políticas Preventivas, elaboradas por el empleador, mediante las cuales, antes de celebrar el contrato de trabajo, se le comunican a los trabajadores las reglas de utilización de los equipos e instrumentos informáticos, incluidos el correo electrónico, desvaneciendo las expectativas de privacidad del trabajador y, por lo tanto, el control de su correo electrónico no implicaría lesión alguna a sus derechos. Aún con el conocimiento y

consentimiento del trabajador surge la duda en cuanto a la eficacia de esa normativa interna frente a lo establecido constitucionalmente y de ello dan cuenta los diversos y hasta antagónicos criterios que encontramos en el derecho comparado. Veamos algunos ejemplos, al respecto:

- **En Francia:** el Tribunal Supremo Francés, en el caso de un despido, por la empresa NIKON FRANCE, en octubre de 2001, equiparó el correo electrónico del empleado a la correspondencia, por lo que consideraba ésta inviolable: “un empresario no puede tener conocimiento de los mensajes personales enviados por un trabajador y recibidos por éste a través de un útil de informático puesto a su disposición para su trabajo sin violar el secreto de correspondencia, aunque el patrón haya prohibido la utilización no profesional del ordenador”
- **En Reino Unido:** Mediante la entrada en vigor de la Regulations of Investigatory Powers Act 2000 (la RIP Act), se establecen las circunstancias bajo las cuales el control de las comunicaciones es autorizado. Se dispone que la supervisión del correo electrónico se encuentra permitida cuando ambas partes de la comunicación hayan consentido dicho control o cuando el empleador cuenta con razonables argumentos para considerar que existe tal consentimiento.
- **En Holanda:** la Ley de Protección de Datos Personales permite el monitoreo de las actividades electrónicas de los trabajadores, siempre que haya participación de los Sindicatos p Representantes de los Trabajadores en la concreción del control.
- **En Chile:** la Dirección del Trabajo en el dictamen Ordinario 0260/0019 de 24 de enero de 2002, sostuvo que “(...) de acuerdo a las facultades con que cuenta el

empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores”

- **Estados Unidos**: a nivel federal rige el Electronic Communications Privacy Act de 1986 (ECPA), por el cual, como principio general, prohíbe la interceptación internacional de comunicaciones orales, por cable o electrónicas. No obstante, el Capítulo Segundo del ECPA, conocido como Stored Communications Act, prohíbe el acceso a comunicaciones electrónicas archivadas. Sin embargo, ambos regímenes contienen importantes excepciones: el consentimiento de una de las partes de la comunicación, o ser el proveedor del sistema informático (tal es el caso del empleador), supuestos en los cuales la interceptación de las comunicaciones realizadas en el curso ordinario de los negocios se encontraría autorizada. En ese sentido, los empleadores estarían habilitados a supervisar la correspondencia electrónica de su personal, si previamente notifican y obtienen el consentimiento del mismo. Los reclamos efectuados por los trabajadores con motivo de la violación a su derecho de privacidad, no han prosperado judicialmente, en gran medida por la imposibilidad de probar la existencia de una razonable expectativa de privacidad en las comunicaciones electrónicas con el E-mail laboral.

Para concluir con este apartado, observamos que el tema no resulta tan pacífico como se pretende, por las diversas formas de compatibilizar los intereses en juego y ante el

evidente vacío legal que impera en gran parte de las regiones, entre ellos nuestro país, la solución debe ser proporcionada por la jurisprudencia, como hasta ahora, aunque insuficiente, proporciona algunos lineamientos para resolver la casuística que surja.

La necesidad de una norma reglamentaria o de una ley laboral específica que regule el uso de las nuevas tecnologías se hace imperante, puesto que si bien abogamos por el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de los trabajadores, consideramos prudente la elaboración de fórmulas que sin vulnerar la intimidad y el secreto de las comunicaciones del trabajador, el empleador pueda ejercer su facultad supervisora en el uso de las nuevas tecnologías, en vías de ejemplo, previa a la medida de control que el empleador desea implementar, sería conveniente que se aplicara el juicio de proporcionalidad elaborado por la jurisprudencia española, tratando de lograr un procedimiento que proteja los derechos personales del trabajador en el centro de trabajo y, también, los derechos de los empleadores, para evitar las situaciones de abuso.

#### **2.4 Modalidades patológicas de la Descentralización Productiva.**

##### **2.4.1 La Cesión Ilegal de Trabajadores.**

Las modalidades patológicas de descentralización productiva son concebidas por (PLA RODRIGUEZ, 2000, Pág. 17) como aquellas “que buscan eludir responsabilidades y bajar costos. Sean ellas de carácter laboral u organizativos, sean de carácter tributario o vinculadas con la seguridad social”<sup>cdxxii</sup>. Previamente al desarrollo y análisis de la temática que nos ocupa, resulta necesario establecer, aunque sea someramente, **la diferencia entre subcontratación de obras y servicios y la cesión**

**lícita de trabajadores.** La clave de la distinción radica en el **objeto contractual** de una u otra figura. **La subcontratación tienen como objeto la realización de obras o servicios** y el sujeto empresarial es el contratista encargado de llevarla a cabo a cambio de un precio cierto que paga el comitente, en el que los trabajadores se encuentran sometidos a la dependencia de la organización y dirección del empresario contratista; mientras que **la cesión tiene como objeto la cesión del trabajador** por parte del empresario quién recibe la utilidad del trabajo de aquél, siendo la actividad del cedente la de contratar para luego ceder sin la obligación de mantener una estructura productiva con una organización, unido todo lo que ello implica (KAHALE, 2011, pág. 105)<sup>cdxxxiii</sup>.

#### 2.4.2 Doctrinas que sustentan la distinción entre contrataciones y cesión ilegal.

La distinción entre la cesión ilegal y las contrataciones, a través de los indicios como elementos definitorios de ambas figuras, en el ordenamiento jurídico español, ha evolucionado en distintas etapas, hasta la configuración del tipo de cesión ilegal actual, consolidando en cada momento, por lo menos, tres opciones doctrinales, a saber: la doctrina de la jurisprudencia de indicios, la doctrina del carácter ficticio o aparente de la empresa contratista y la doctrina del empresario efectivo. Seguidamente describimos sus aspectos más sobresalientes.

##### ➤ Doctrina de la Jurisprudencia de Indicios.

La doctrina de la jurisprudencia de los indicios parte de la valoración de una serie de elementos de juicio orientadores, extraídos de la realidad, los cuales, si bien no constituyen una lista cerrada que deba cumplirse, según en qué medida estén presentes en

el supuesto concreto, inclinarán la balanza en una u otra dirección. (VALDÉS DAL-RE, 2007, pág. 6)<sup>cdxxiv</sup>, comentando la opción interpretativa en estudio, sostiene que la calificación de licitud o ilicitud de una contrata o de una cesión no depende de la mecánica apreciación de la presencia o ausencia de alguno de los criterios que integran un catálogo cerrado o exhaustivo de los elementos configuradores del tipo “cesión lícita” o “cesión ilícita” de mano de obra, sino que es el resultado de la ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso y de la aplicación en él de aquellos indicios que se estiman más pertinentes, que son complementarios y no excluyentes, a fin de garantizar el efecto útil perseguido por el artículo 43 del Estatuto de Trabajadores.

➤ **Doctrina del carácter ficticio o aparente de la empresa contratista.**

Un segundo criterio asentó sus bases en el **carácter ficticio o aparente de la empresa contratista**<sup>cdxxv</sup>. El artículo 43.2 del Estatuto de Trabajadores señala que es necesario que la empresa cuente con una actividad o una organización propia o estable, condición ésta, que será necesaria pero no suficiente para la calificación de la actividad como una contrata y no como una cesión ilegal. En ese sentido, la empresa deberá cumplir con determinados presupuestos, entre los que se mencionan:

- Estar constituida regularmente, esto es, con su Escritura Pública inscrita en el Registro, en el caso de sociedades y con una antigüedad que denote experiencia;
- Estar inscrita en la Seguridad Social;
- Tener apoderados con facultades suficientes para actuar en su nombre;
- Adecuación del objeto social al objeto de la contrata;
- Capital suficiente para desarrollar su objeto social y medible a través de locales, maquinarias, vehículos, etc.
- Que venga cumpliendo regularmente, sus obligaciones de todo orden;

- Que cuente con las autorizaciones exigidas para el desarrollo de su actividad;
- Que tenga domicilio social propio;
- Que tenga una organización empresarial con servicios periféricos y centrales;
- Que cuente con centro de trabajo y con trabajadores de cierta antigüedad que hayan sido contratados regularmente;
- Que ejerza su actividad mercantil, de modo regular, con otras empresas.

Esta doctrina generó como efecto inmediato que la concurrencia de documentos, información o datos que acreditaran la realidad y funcionamiento de la empresa contratista (capital, patrimonio, solvencia y estructura productiva), **implicaría la inexistencia de la cesión ilegal**, hipótesis que marcó la frontera entre una y otra figura jurídica. La descalificación de la cesión ilegal surge en la medida en que el empresario contratista demuestre o se le demuestre que posee los elementos y recursos propios, autónomos y suficientes para el ejercicio de su actividad productiva. Un elemento que apuntará a la cesión ilegal lo será, por ejemplo, la constitución de una sociedad con ocasión de la contrata con uno o varios trabajadores que anteriormente prestaban servicios para la principal.

➤ **Doctrina del Empresario Efectivo.**

La doctrina del empresario efectivo se sustenta en que **no basta con ser un empresario real** para que la cesión se enmarque en una contrata. La STS de 19 de enero de 1994 (Rec. N° 3400/1992), recoge esta línea jurisprudencial al establecer que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tienen una actividad y organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización “**no se ha puesto en juego**”, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o

fuerza de trabajo a la empresa arrendataria. De tales razonamientos jurisprudenciales resulta que es necesario que la empresa contribuya con los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial. La dinámica empresarial, su actuación como empresario en un doble plano, como titular del negocio que gestiona, dirige y asume el riesgo y como empleador que adopta las principales decisiones sobre su personal, selecciona a sus empleados, forma a sus trabajadores y ejerce los poderes y facultades inherentes a su condición, y no sólo su configuración formal, determinarán la existencia de la contrata y no de la cesión.

Aunado a lo anterior, la SSTS de 12 de septiembre de 1988, sostiene, con relación a la doctrina del empresario efectivo, que los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en los supuestos de subcontratación lícita, contemplados en el artículo 42 del Estatuto de Trabajadores, mientras que los casos de contratas ficticias de obras y servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el artículo 43 del Estatuto de Trabajadores.

En cuanto a la exigencia de que la empresa **ponga en juego su organización** y sus medios para cumplir la contrata, los tribunales españoles han manejado los indicios siguientes:

- a. Que la contratista sea quien asuma la dirección, control y ejecución de la obra o servicio contratado, aspecto que se deduce por el hecho de que ella seleccione y contrate su personal, sin que se condicione al visto bueno de la principal;
- b. Que aporte los medios materiales, por ejemplo informáticos, y los métodos de trabajo necesarios para ejecutar la contrata;

- c. Que dirija la prestación a través de un coordinador o jefe, y que la principal no dé instrucciones directas a los trabajadores;
- d. Que imparta la formación de los trabajadores;
- e. Que asuma los riesgos de la actividad.

Adicionalmente, podría constituir un indicio de cesión ilegal, la forma de retribución al contratista cuando ésta ponga de manifiesto que el factor determinante para su fijación es el costo del personal; la cantidad de trabajadores cedidos, en el caso de que el exiguo número evidencie la falta de una verdadera organización; que la prestación de los trabajadores de la contratista no se distinga de la que realizan los prestadores de la principal y que se trabaje en los locales de ésta cuando la prestación no la requiere.<sup>cdxxvi</sup>

De lo expuesto, podemos llegar a una primera conclusión: la diferencia entre una dirección total y una dirección parcial o superficial no es una tarea fácil, en razón de lo gris que resulta este terreno que conduce a optar entre blanco y negro. No obstante, como señala (LLANO SÁNCHEZ, 2006, pág. 9)<sup>cdxxvii</sup>, debe quedar bien claro que el poder de dirección, organización y control no puede compartirse, es decir, la empresa contratista debe ostentar todos los poderes empresariales, de lo contrario no será la empresa efectiva del trabajador.

La legitimidad de la actividad cedente de mano de obra se le reconoce, generalmente, a las empresas de trabajo temporal. En efecto, vía ejemplo, el ordenamiento jurídico laboral español, a través del artículo 43 del Estatuto de Trabajadores españoles, expresamente establece lo siguiente:

“1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo, cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre empresas, se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en el apartado anterior responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computa desde el inicio de la cesión ilegal”

Del texto transcrito, se infieren dos consecuencias importantes: en primer término, son **cesiones legales de trabajadores** las realizadas por las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas y en los supuestos legalmente establecidos; la otra connotación consiste en que son consideradas ilegales las cesiones no temporales de trabajadores. Si bien la cesión legal de trabajadores no se presenta como regla general en España, dicho mecanismo tienen cabida legal, referida a la hipótesis cuando se ejecute por sujetos específicos: las empresas de trabajo temporal.

Ya la jurisprudencia española, como hemos señalado, consideró la distinción entre los supuestos de hecho contenidos en los artículos 42 (regula la subcontratación de obras y servicios) y el 43 (regula la cesión de trabajadores) del Estatuto de Trabajadores. En efecto, mediante **Sentencia de 25 de octubre de 1995**, el Tribunal Supremo señaló que existirá una verdadera contrata cuando la empresa contratista ejerza una actividad empresarial propia y cuente con patrimonio, instrumentos, maquinarias y una

organización estable, esto es que pueda ser centro de imputación de responsabilidades contractuales al aportar en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo a los trabajadores de su plantilla, dentro del ámbito de su poder de dirección y conserve los derechos, las obligaciones, los riesgos y las responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador. Por el contrario, si se trata de un negocio netamente interpositorio que configure **una empresa ficticia**, pese a que los trabajos se desarrollen en el centro de trabajo de la empresa principal, se configurará la cesión ilegal de trabajadores.

Las mismas consecuencias se generan, de acuerdo al precedente citado, **aun en el supuesto de una empresa real** que cuente con una organización e infraestructura propia, si el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal, o cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra, o cuando la organización empresarial no se ha puesto en juego, al limitar su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante.

Adicionalmente, se ha acudido<sup>cdxxviii</sup>, para distinguir ambas figuras, no tanto al dato de la existencia real de la empresa cedente, sino a **su actuación como verdadero empresario**, de tal manera que, no obstante el cedente posea infraestructura propia, se considerará que hay cesión ilegal, si solo se limita a la mera provisión o suministro de fuerza de trabajo a otra empresa y no se ponen los elementos personales y materiales que configuran su estructura empresarial a contribución de la cesionaria.

En España, se dictó la **Ley 43 de 29 de octubre de 2006**, para la mejora del crecimiento y del empleo, normativa que incorporó los criterios que, a través de varias decisiones jurisprudenciales<sup>cdxxxix</sup>, estableció el Alto Tribunal, para determinar el concepto de la cesión ilegal de trabajadores, circunscribiendo su fundamento interpretativo al contenido del artículo 12, numeral 10, el cual modificó el artículo 43 del Estatuto de Trabajadores, disposición que señala que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores, cuando se den los supuestos siguientes:

- Que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria;
- Que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable;
- Que al empresa cedente no cuente con los medio necesarios para el desarrollo de su actividad;
- Que la empresa cedente no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Los efectos inmediatos de la reforma representan un importante avance en la determinación de la cesión ilícita de trabajadores, toda vez que los operadores jurídicos actuarán despojados del margen discrecional que poseían al tener que ubicar indicios o elementos que crean convenientes para decretar o no una cesión ilegal, debiendo, ahora, operar *ope legis* la calificación, de tal modo que la concurrencia de uno sólo de los supuestos contemplados en la ley, bastaría para que se incurriera en el ilícito. (TARABINI-CASTELLANI, 2011, pág. 135)<sup>cdxxx</sup>, al respecto, sostiene que pese a la “equivoca literalidad, lo más probable es que el artículo 43.2 del Estatuto de Trabajadores no haya buscado introducir en nuestro ordenamiento una noción legal de cesión ilícita”. Por el contrario, lo más probable, -señala la autora - “el legislador haya extraído de la

jurisprudencia los indicios más sintomáticos de la ilegalidad de la cesión sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros”.

En definitiva, con relación a esta interesante temática, se destaca la actuación de la doctrina y la jurisprudencia en la configuración, durante diversas fases, de los elementos definitorios de la cesión ilegal y de los indicios que han de valorarse para distinguirla de la contrata o subcontrata de obras y servicios.

#### 2.4.3 Efectos de la Cesión Ilegal de mano de obra.

La actuación del empresario cedente y cesionario, en violación a la normativa relativa a la cesión de trabajadores, conlleva responsabilidades de diversas naturalezas. Así, junto a los efectos puramente contractuales, a la vez, se generan consecuencias administrativas y de índole penal.

##### ➤ Consecuencias Contractuales.

El artículo 43.3 del Estatuto de Trabajadores, al respecto, señala que el cedente y el cesionario “responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos”. Por otro lado, el artículo 43.4 del Estatuto de Trabajadores establece que los trabajadores afectados por el tráfico prohibido:

“Tendrán derecho, incluso si su contrato está suspendido a **adquirir la condición de fijos**, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, lógicamente, si es que ambas fuesen verdaderas empresas, ya que es posible que la cedente no lo sea.”

“Los derechos y obligaciones del cedido en la nueva empresa, por la que haya optado, serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador

que preste servicios en el mismo o equivalente puesto, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”

El derecho de los trabajadores a adquirir la condición de fijos, mediante la opción reconocida en la ley, debe accionarse mientras dura la prestación de servicios o, de otra forma, una vez despedido el trabajador no cabe el ejercicio de tal opción.

➤ **Consecuencias Administrativas.**

Dentro del ámbito administrativo, tanto el empresario cedente como el cesionario, incurrirán en infracción muy grave y, en consecuencia, serán acreedores a sendas sanciones pecuniarias. Y las responsabilidades frente a la Seguridad Social, implicará que ambas empresas responderán de las sanciones derivadas de las infracciones previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), por el incumplimiento de la obligación de cotizar.

➤ **Consecuencias Penales.**

En la esfera penal, cedente y cesionario, podrían incurrir en el delito tipificado en el artículo 312.1 del Código Penal español, que sanciona con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses a quienes “trafiquen de manera ilegal con mano de obra, actuando lógicamente las normas laborales como parámetro de la eventual ilegalidad.

Para finalizar estas breves reflexiones en torno a la cesión ilegal de trabajadores, conviene puntualizar que un sector de la doctrina española, ha señalado que los ajustes en esta materia y, en consecuencia, su eficacia normativa ha resultado totalmente disfuncional, debido, entre otras razones, porque la legalización de las ETT no acabó con el tráfico ilícito de trabajadores; la utilización del contrato para obra o servicios

supeditado a la duración de la contrata permite una contratación por el tiempo coincidente con aquella, de modo similar a las ETT, pero sin que se les requiera las condiciones que a éstas se les exige para funcionar legalmente; la realidad de la cesión, o sea la falsedad de la contrata, sólo se verifica cuando el hecho ya se ha consumado, ya que no existe control público alguno de la solvencia de las empresas de servicios.

#### **2.4.4 La Simulación como Expresión Patológica de la Descentralización Productiva.**

##### **➤ Concepto y Precisión Terminológica.**

En este apartado, pretendemos destacar la problemática que envuelve el proceso simulatorio en la configuración de las relaciones de trabajo, entendiéndose por tal aquellas prácticas dirigidas a distorsionar o encubrir los caracteres esenciales de dichas relaciones, con la intención de que se le atribuya una naturaleza disímil, generalmente civil o mercantil.

La tutela sobre el trabajador, derivada de la simulación, se proyecta debilitada en la medida en que no sólo conlleva el incumplimiento de las obligaciones laborales y de la seguridad social a cargo del empleador, sino que, a la vez, produce la ineficacia de las sanciones generadas por su efectivo incumplimiento, ante la probabilidad de que se desestime las pretensiones del trabajador, bajo el argumento de que se trata de una relación jurídica que escapa del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

(PLA RODRIGUEZ, 2000, Pág. 17)<sup>cdxxx1</sup>, aborda el tema, encuadrando la simulación entre las que él denomina “modalidades patológicas” de la descentralización empresarial, concibiéndolas como aquellas:

“(…) que buscan eludir responsabilidades y bajar costos. Sean ellas de carácter laboral u organizativo, sean de carácter tributario o vinculadas a la seguridad social (...) se explican por el deseo de obtener ventajas o conveniencias”

La sucinta versión del autor mencionado, respecto a las formas patológicas de la descentralización productiva, no evita que rescatemos de ella uno de sus elementos más caracterizadores de la simulación, esto es, el deseo, la intención, el propósito subyacente en la voluntad, generalmente del empleador, de darle al negocio jurídico una apariencia contraria a la realidad, bien porque no existe en absoluto (simulación absoluta), o bien porque es distinto a como aparece (simulación relativa). Esta noción contrasta con la perspectiva civilista de la simulación, en la cual confluye la voluntad de ambos contratantes, para ocultar la verdadera naturaleza del negocio jurídico celebrado, lo cual implica una divergencia consciente y deliberada entre la voluntad real y la declarada, lo cual presume el ánimo de engañar.

El contraste lo planteamos, en ocasión de la tesis mayoritariamente aceptada por la doctrina iuslaboralistas, de que el encubrimiento del contrato o relación de trabajo bajo negocios jurídicos de naturaleza distinta, debe ser calificado de “simulación”, considerando que, en el Derecho Común, los requisitos del negocio jurídico simulado son básicamente los siguientes:

- Una declaración deliberadamente disconforme con la intención;

- Concertada de acuerdo entre las partes;
- Con la intención de engañar a terceras personas.

Resulta evidente que el triple condicionamiento de la simulación, supraseñalado, sufre importantes alteraciones producto de la desigual posición de los sujetos de la relación jurídico laboral, de tal manera que en lugar de la acción “concertada” entre las partes, la realidad demuestra que los actos que configuran la simulación en el derecho del trabajo provienen en su generalidad del empleador, imponiéndosela éste al trabajador, de manera unilateral, atendiendo a su mayor poder de negociación derivado de su desigual capacidad económica.

Se trata, como afirma (ALFONZO, 1985, Pág. 468)<sup>cdxxxii</sup>, **del dolo de una de las partes**, situación que acarrea consecuencias distintas al trato de simulación que exhibe la doctrina y la jurisprudencia laboralista en esta materia. Ello es así, debido a que **la concurrencia de voluntades** para producir deliberadamente el engaño es consustancial con la simulación; mientras que si el acto simulado proviene de una de ellas, se produce el fenómeno denominado doctrinalmente como “reserva mental”, hipótesis que implica que el ánimo de engañar por una de las partes contratantes es desconocido por la otra u otras. Sin embargo, en la esfera del Derecho del Trabajo, ocurre que ni hay voluntad concertada ni el trabajador ignora el engaño al que se ve sometido por la simulación unilateral del empleador, descartándose, en consecuencia, la subsunción en una u otra figura jurídica. La imposición patronal presume que la intención de éste suele ser conocida y tolerada por el trabajador, en función de obtener, con la disposición de su fuerza de trabajo, los medios necesarios para la subsistencia propia y de su familia.

La noción de dolo, pacífica y mayoritariamente aceptada doctrinalmente, consiste en la conducta que intencionalmente provoca, refuerza o deja subsistir una idea errónea en otra persona, con la conciencia que ese error tendrá valor determinante en la emisión de su declaración de voluntad. Esta concepción del dolo no es compatible con la situación que caracteriza el encubrimiento del contrato o relación de trabajo, ya que las acciones del empleador no van dirigidas a inducir a error al trabajador para que manifieste su voluntad de celebrar un contrato de naturaleza jurídica no laboral. Por el contrario, resulta común que el empleador imponga su voluntad al trabajador como condición para la contratación de sus servicios, generando su deslaborización **por actos simulados**, circunstancia aceptada y tolerada por éste, en función de proveerse de los medios necesarios para su subsistencia a través de la remuneración a percibir, como consecuencia de la relación de trabajo.

No obstante, el término “simulación” goza de gran prestigio y aceptación de los especialistas, independientemente de la divergencia teórica en sus puntos de vista, en cuanto a su contenido y alcance, por lo cual adoptaremos el mismo, en el curso de nuestra argumentación en torno al tema. Con las reservas anotadas, resaltamos que la simulación, en todo caso, se dirige a engañar no al trabajador, quien, como hemos afirmado, está consciente de la maniobra ilícita del empleador, sino más bien está encaminada a engañar a los órganos jurisdiccionales del trabajo, para crear en ellos la falsa certidumbre de su propia incompetencia para conocer del asunto, llegado el caso.

➤ **Características de la Simulación en el Derecho del Trabajo.**

Uno de los caracteres más determinantes de la simulación en la esfera laboral lo constituye, sin lugar a dudas, **la imposición al trabajador, por el empleador, del negocio jurídico extralaboral**, generalmente de naturaleza civil o mercantil, tomando ventaja de la preeminencia económica que ostenta y, correlativamente, de la necesidad del trabajador a la remuneración que le permite atender su subsistencia y la de su familia.

El encubrimiento o engaño **tiene como objetivo evadir la legislación laboral y la seguridad social**, además, de crear una imagen distorsionada del tipo de relación, **buscando sustraerla del ámbito jurisdiccional laboral**. En tal sentido, configura una relación jurídica mercantil o civil, a través de la constitución de personas jurídicas unipersonales, arrendamiento de sillas o mesas, contratos de sociedad integrando al trabajador en calidad de socio industrial, etc.

En diversos casos **se induce al trabajador a desarrollar una vida comercial artificial**, o al ente societario que éste hubiera constituido, obligándolo a celebrar falsos contratos con terceros, generalmente controlados por el empleador, para evadir la exclusividad en la prestación del servicio, se le organiza la contabilidad, se le impone el cumplimiento de obligaciones típicamente patronales, como la inscripción en calidad de empleador ante las autoridades competentes, registro de los supuestos trabajadores bajo su dependencia ante el seguro social, la emisión de constancias de trabajo, exigencias tributarias o fiscales propias de empleadores, declaraciones del impuesto sobre la renta como personas jurídicas que ejecuta actividades mercantiles, etc.

➤ **Medios de Pruebas de la Simulación.**

En consideración a la difícil situación del trabajador para proveerse de las pruebas suficientes para acreditar la naturaleza laboral de una relación encubierta con matices civiles o mercantiles, se plantea acudir a la institución de los indicios que giran en torno a la prueba de la simulación, como herramienta efectiva para develar el propósito subyacente en el telón formal de tales relaciones. Entre los principales indicios que determinarían la relación laboral encubierta, se mencionan:

- **La causa *simulandi*.**

Se trata de los motivos o razones que pudieran impulsar al empleador, en el ámbito del Derecho del Trabajo, a disimular o encubrir el contrato o la relación de trabajo. Hemos señalado, que el empleador tiene como objetivo general la evasión de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social, así como sustraerse de la aplicación de las sanciones correspondientes, al pretender dirimir la controversia que se suscite fuera de la jurisdicción laboral.

- **La Necesitas.**

Se trata de la justificación de la celebración del negocio simulado. En otros términos, se refiere a la determinación del por qué el empleador necesita contratar con una persona jurídica la ejecución de ciertas actividades, las cuales está en capacidad de realizar directamente, por contar con la experiencia y los elementos necesarios para ello. Claro está, que este indicio debe articularse con la presencia de otros, como el *habitus*, el

carácter, la *affectio*, la subyacencia, la interpositio, la solvencia económica o subfortuna, la disparitesis y los indicios endoprocesales..

- **El Habitus y el Character.**

Estos indicios guardan relación con los antecedentes judiciales o extrajudiciales del eventual simulador y a los rasgos, en general, de su personalidad. Tienen como objetivo destacar el perfil del simulador que permita descartar o coadyuvar a la verosimilitud del negocio jurídico aparente. Por ejemplo, la cualidad intransigente y autoritaria de una persona que, por sí sola, ha ejecutado, exitosamente, una determinada actividad económica por muchos años, podría arrojar dudas razonables sobre la veracidad de su voluntad de vincularse a un socio industrial, para ejecutar las mismas actividades que venía desempeñando, máxime si éste no resulta atado a aquél por nexos familiares, de amistad o afectivos, y además, carece de solvencia económica y organización propia que le permitan asumir sus responsabilidades frente a los socios y la sociedad misma.

- **La Affectio.**

La *affectio* se refiere a la demostración de los diversos nexos, sean éstos de naturaleza familiar, de amistad o de otra índole, o su ausencia, entre las partes del negocio jurídico que se pretende simulado, para coadyuvar en la presunción del acuerdo simulatorio entre las partes del negocio jurídico aparente. Por ejemplo, en el caso del supuesto socio industrial, el operador jurídico debe tener la certeza de que no existen vínculos previos entre los supuestos socios, ni otras condiciones que pudieron ser estimadas por las partes para contratar, tales como la experiencia en el ramo, la solvencia

económica, etc., los que pueden conducir al juez a presumir el encubrimiento del contrato o la relación de trabajo.

- **La Subyacencia.**

**La subyacencia** resalta aquellos elementos del negocio aparente o el encubierto. Su aplicabilidad se surte en la medida en que un negocio reproduce o copia al otro, introduciéndole sólo las variantes técnicas impuestas por el “camuflaje” o la simulación. Por ejemplo, la remuneración percibida por el trabajador en el negocio aparente, (denominada precio, participación en los beneficios de la sociedad, honorarios profesionales, etc.), permite evocar el pago del salario y guardará relación con los salarios y beneficios globales, de naturaleza laboral, que reciben otros trabajadores de igual categoría, que se desempeñan en actividades similares, unido a la determinación, por el empleador, de un lugar u horario de trabajo, aspectos ligados a la subordinación jurídica, elemento que configura la relación de trabajo.

- **La Interpositio.**

La *interpositio* hace referencia a la utilización de un tercero con la intención de complejizar el nexo existente entre trabajador y empleador, además, de hacer recaer, en todo caso, la responsabilidad patronal sobre quien contrató directamente con aquél. Por ejemplo, el empleador constituye una sociedad o interviene en la constitución de una sociedad integrada por personas con las cuales los une nexos familiares o de amistad y, posteriormente, celebra con ella un contrato de obra y ésta, a su vez, contrata a la sociedad unipersonal (el trabajador), de carácter civil o mercantil, cuya constitución se le

impuso como condición previa a la prestación de servicios. En este caso, se deberá considerar la utilización de esa interpuesta persona la cual sólo tendrá el propósito de contratar al trabajador, a través de la sociedad por éste constituida, y, además, se sopesarán otros aspectos como las coincidentes fechas de constitución de las sociedades involucradas, la *affectio* existente entre el empleador y el titular de las acciones de la sociedad interpuesta, así como la solvencia económica de éste y de sus socios, detalles o indicios que podrían conducir al operador jurídico a configurar la presunción del encubrimiento del contrato o relación de trabajo.

- **La Solvencia Económica o Subfortuna.**

Este indicio guarda relación con la capacidad económica del trabajador o de quien contrata con el empleador y que podría derivar dudas razonables respecto a la verosimilitud del negocio jurídico aparente. Por ejemplo, la exigua fortuna del trabajador o de los socios, en caso de la celebración de un contrato de obra con la sociedad unipersonal de la cual él forma parte, como mecanismo para encubrir un contrato o relación de trabajo, o cuando el trabajador aparece como socio industrial del patrono, constituyen elementos determinantes para conducir a la presunción del encubrimiento del contrato o relación de trabajo.

- **La Disparitiesis.**

La *disparitiesis* alude al desequilibrio en el contenido jurídico y económico del contrato. La desigual situación económica de las partes y la derivada imposición al trabajador del negocio simulado, permiten evidenciar un desequilibrio en las mutuas

prestaciones y contraprestaciones en el ámbito del negocio jurídico aparente, a favor del empleador, expresión manifiesta en la intervención preponderante de éste en el ejercicio de las relaciones conectadas con el negocio jurídico aparente o simulado. Este indicio refleja la presencia de la subordinación jurídica típica del contrato o relación de trabajo, subyacente en los negocios simulados, a través del análisis de la conducta de los intervinientes.

- **Los Indicios Endoprocesales.**

Ante la acción por simulación, las partes, durante el proceso, desarrolla determinadas conductas que deben ser valoradas por el operador jurídico. En este sentido, a la persona a quien se le atribuye la condición de empleador (demandado), debe considerársele si suele incurrir en alegatos excesivamente parcos e inverosímiles, obstaculizando el proceso, o negando simplemente los argumentos de la parte actora sin ofrecer mayor desarrollo de sus posiciones, evidenciando inconsistencia e inseguridad en sus alegatos, etc.

- **La Simulación como Práctica Antisindical.**

La simulación, como hemos indicado, tiende a la evasión de los derechos laborales y de la seguridad social, sin embargo, no se circunscribe al mero efecto preterintencional derivado del encubrimiento de las relaciones individuales de trabajo, sino más bien constituye su objetivo esencial. Resulta evidente que la afectación de esta parcela (las relaciones individuales de trabajo) del Derecho del Trabajo conlleva efectos

significativos, no exclusivos en virtud de la plurilesividad, en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, **representando una conducta antisindical del empleador.**

La Libertad Sindical exhibe dos manifestaciones esenciales de su contenido: por un lado en su proyección individual, cada trabajador es titular de tal derecho y su ejercicio presupone la libertad de formar o constituir las organizaciones sociales que estimen conveniente; mientras que en su vertiente colectiva reconoce las facultades propias de la organización y funcionamiento de los sindicatos de trabajadores.

El encubrimiento o simulación de las relaciones de trabajo, en clave sindical, obstaculiza el ejercicio de las actividades esenciales de naturaleza gremial o colectiva, considerando que solo se legitiman las acciones efectuadas por los trabajadores por cuenta ajena, de tal manera que aquella práctica antisindical del empleador, vulnera no sólo contenidos parciales de la libertad sindical, sino que produce la inoperancia absoluta toda actuación colectiva de los trabajadores.

Complementariamente y en función de la tutela efectiva de los derechos sindicales, se ha venido consolidando doctrinalmente la tendencia a objetivar las conductas antisindicales, tipificando como tales aquellas que lesionan la libertad sindical, con prescindencia de la intención que haya tenido el agente<sup>cdxxxiii</sup>. Incluso, cuando el empleador alegara razones técnico – productivas, ello no le otorga legitimidad para ejecutar conductas lícitas que lesionen la libertad sindical, puesto que el criterio objetivo y racional prevalecerá sobre cualquier subjetivismo del empleador que le permita utilizar la versatilidad del interés empresarial para vulnerar los derechos de los trabajadores, en ejercicio de la libertad sindical<sup>cdxxxiv</sup>.

## **2.5 La Descentralización Productiva en las Empresas Multinacionales.**

El tema de las empresas multinacionales se destaca por su importancia y gran actualidad, toda vez que sobre ellas descansa una porción extraordinaria del intercambio comercial que se lleva a cabo a nivel mundial, esto es, las conexiones de producción entre los territorios sometidos a diversas soberanías nacionales. Se trata de un intenso flujo de operaciones mercantiles complejas desarrolladas por empresas o conjunto de empresas de un país con filiales en otro, de plantas industriales radicadas en diversos países, sometidas a una dirección o plan común, más o menos rígido o elástico, conectadas entre sí, a través de un conjunto de reglas y sistemas normativos jurídicos complejos, cuya incidencia se proyecta y condiciona el orden jurídico del país donde se establecen.

### **➤ Conceptualización de Empresa Multinacional.**

La denominación de las empresas multinacionales constituye, doctrinalmente, un tema no pacífico, que se manifiesta en la complejidad jurídica, su constante mutabilidad y la dificultad de adecuar los instrumentos jurídicos – conceptuales, a las nuevas realidades organizativo – empresariales. Los aspectos financieros vinculados a los nuevos avances tecnológicos y gestionados desde el modelo neoliberal, sustancialmente desigual, constituyen la actual fase histórica de la globalización, siendo el telón de fondo sobre el cual actúan las empresas multinacionales, entes cuya actividad económica y política se convierte en el eje central del fenómeno.

Se asiste a una profunda asimetría entre las características de una nueva *Lex Mercatoria* que tutela los derechos de las empresas multinacionales y los sistemas de

control de las mismas. Coetáneamente, desde esa desigualdad, entre la fortaleza del Derecho Comercial Global y la fragilidad de los ordenamientos nacionales receptores de la actividad económica y de los sistemas universales, hace su aparición el *soft law* o derecho blando, materializado en los códigos de conducta internos en el marco de la Responsabilidad Social Corporativa, los cuales no representan contrapesos normativos, y, por el contrario, consolidan los derechos de las empresas multinacionales, esto es, -los derechos de las minorías, frente a los de las mayorías sociales.

La globalización neoliberal, al actuar como telón de fondo en el que se desenvuelven las multinacionales, genera mutaciones importantes en los principios democráticos legitimadores de las normas jurídicas. El rescate renovado de la *Lex Mercatoria* se aproxima, en su aplicación, al funcionamiento de los sistemas feudales de poder y regulación más que a sistemas de garantías universales. El fortalecimiento institucional globalizado, representado por la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI), se estructura sobre reglas poco transparentes y antidemocráticas, esencialmente en torno al derecho de propiedad y como instrumentos constructores del nuevo derecho corporativo.

El estudio de los postulados fundamentales de la *Lex Mercatoria* contrasta con la regulación de las normas sociales y laborales en el ámbito de las reglas multilaterales, regionales y bilaterales. La fortaleza normativa de los principios y contenidos sustanciales de los intereses de las multinacionales se convierte en el vértice de la jerarquía normativa, construyéndose, así, un ordenamiento económico-financiero superior a los derechos sociales y laborales de las mayorías. Este escenario, reforzado con la

superioridad normativa de la actividad de las empresas multinacionales, sus relaciones con los Estados y con la consolidación de la nueva *Lex Mercatoria* fortalecen el poder político y económico de las mismas, el cual se manifiesta en forma de monopolios, privatizaciones, prácticas irregulares y grupos de presión. Dicho poder, confronta de manera directa e indirecta, al sistema de los derechos humanos y laborales fundamentales, afectándose a las mayorías sociales en sus derechos civiles, políticos, sociales y económicos frente a las empresas multinacionales, lo que, de alguna manera, ratifica la fragilidad normativa internacional de los mismos, y, por el contrario, se dota de plena fortaleza jurídica a la regulación comercial de las multinacionales.

Lo anterior, se entrelaza con la crisis de los derechos civiles y políticos, interpretada desde la unilateralidad, y pese a las posiciones políticas que aventuraban su plena consolidación tras la caída del muro de Berlín, junto a la débil construcción normativa en torno a la exigibilidad jurídica de los derechos sociales y económicos, y la concepción estructural de los derechos humanos de tercera generación (el derecho al desarrollo como derecho marco, informador de la actividad económica de las empresas multinacionales), aspectos que han merecido un trato meramente retórico, confirmando la tesis de que todo lo que implique redistribución de derechos se considera fuera de las reglas neoliberales del mercado.

La voz “multinacional” aparece por primera vez en un informe de la publicación *Business Week* del 20 de abril de 1962, revista que caracterizó a las empresas multinacionales como aquellas que, teniendo como objetivo **conseguir los mayores beneficios para el conjunto de la empresa:**

- Tenían alguna forma de inversión directa, en por lo menos un país extranjero;
- La dirección de la empresa asume la responsabilidad de las operaciones en el extranjero; y
- Sus decisiones se toman en función de las alternativas previstas en cualquier lugar del mundo.

Posteriormente, surgieron otras acepciones como transnacional, global, corporación, firma plurinacional, etc. Las empresas multinacionales, además de ser las máximas representantes de la globalización, son las instituciones paradigmáticas del sistema capitalista. Se ha señalado que la adopción de una definición o el logro de un concepto acabado de la voz “empresa multinacional”, se torna difícil, especialmente en el ámbito jurídico, por la escasez de elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales, prevaleciendo las nociones de naturaleza económica, lo cual se explica, además, por el hecho de que la empresa multinacional, como la simple empresa, es un fenómeno económico por antonomasia que dista de ser captado desde un plano jurídico puro. No obstante, desde una perspectiva jurídica, las empresas multinacionales suelen concebirse como entidades de Derecho Privado, que actúan en varios Estados, pero con un único centro principal decisorio. Esta posición o método ha sido utilizado por la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT, y por las Líneas Directrices para las Empresas Multinacionales de la OCDE. En efecto, según detallaremos posteriormente, en el apartado N° 6, de la Declaración se recoge cómo “para realizar su finalidad esta Declaración no requiere una definición jurídica precisa de las empresas multinacionales”; y, en igual sentido, la OCDE, en el Punto N° 3, Epígrafe

I, entiende que “no es necesaria a los efectos de las Directrices una definición precisa de las empresas multinacionales”.

La delimitación conceptual de las empresas multinacionales atiende, según la doctrina especializada (NADAL, 1983, pág. 29)<sup>cdxxxv</sup>, a diversos factores o criterios: el grado de control, tipo de organización empresarial o estructura de la propiedad; otras intentan tipificarlas desde un punto de vista cuantitativo y así denominan multinacionales las que llevan a cabo más del 50% de sus ventas en el extranjero; orientadas internacionalmente, a aquellas cuyo volumen de ventas en el mercado exterior está entre el 25% y el 40%; y con operaciones externas significativas, a aquellas cuyo volumen sólo llega al 10%. Para la autora citada, en las clasificaciones propuestas resaltan dos rasgos comunes: el primero, que dichas empresas realizan sus negocios en dos o más países, con volumen y proporción tales que su solidez y crecimiento dependan de dicho intercambio; y segundo, que sus decisiones estén tomadas en función de alternativas transnacionales. (UZUNIDIS, 2002, pág. 239)<sup>cdxxxvi</sup>, asumiendo una posición crítica frente a los términos transnacional y multinacional, sostiene que éstos remiten a normas y sistemas judiciales supranacionales y por tanto excluye a las empresas, ya que éstas no son apátridas, ya que están sujetas a las disposiciones del Estado matriz, y sus filiales y subsidiarias al Estado receptor. Señala que la empresa es ante todo nacional y propone el término “empresa global”, definiéndola como “aquella empresa nacional originaria de un país cuya economía tienen gran peso en las relaciones económicas internacionales (...) cuya economía está entre los primeros puestos de la economía – mundo jerarquizada, y que

despliega sus actividades de forma vertical y horizontal atravesando las fronteras políticas y económicas”

La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT y Las Líneas Directrices para las Empresas Multinacionales de la OCDE, como señalamos con anterioridad, adoptan, respecto a este tema, el método de describir las actividades y la estructura jurídica como instrumentos útiles para delimitar los contornos sobre los cuales articular el estudio de los sistemas normativos más que en la delimitación material del concepto. En tal sentido, la Declaración expresamente señala lo siguiente:

“6. Para realizar su finalidad, esta Declaración **no requiere una definición jurídica precisa de las empresas multinacionales**; este párrafo tiene por objeto facilitar la comprensión de la declaración, no proporcionar tal definición. Entre las empresas multinacionales figuran las empresas, ya sea de dominio público, mixto o privado, que son propietarios o controlan la producción, la distribución, los servicios u otras facilidades fuera del país en que tienen su sede. El grado de autonomía de las distintas entidades que componen la empresa multinacional en relación con las demás varía grandemente de una empresa multinacional a otra, según el carácter de los lazos existentes entre estas unidades y sus respectivos campos de actividad y teniendo en cuenta la gran diversidad en la forma de propiedad, el tamaño, el carácter y la localización de las operaciones de las empresas. A menos que se especifique de otro modo, la expresión “empresas multinacionales” se utiliza en esta Declaración para designar las distintas entidades (compañías matrices o unidades locales o ambas, así como también el conjunto de la empresa), según la distribución e responsabilidades entre ellas, partiendo de la base de que se prestarán cooperación y mutua asistencia cuando sea necesario para facilitar la aplicación de los principios establecidos en esta Declaración” (Subrayado nuestro)

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en el Epígrafe I (Conceptos y Principios), punto N° 4, se pronuncia en similar lineamiento metodológico, cuando expresa que:

**“No es necesaria a los efectos de las Directrices, una definición precisa de empresas multinacionales.** Dichas empresas están presentes en todos los sectores de la economía. Habitualmente, se trata de empresas u otras entidades establecidas en más de un país y relacionadas de tal modo que pueden coordinar sus actividades de diversas formas. Aunque una o varias de estas entidades puedan ser capaces de ejercer una influencia significativa sobre las actividades de los demás, su grado de autonomía en el seno de la empresa puede variar ampliamente de una empresa multinacional a otra. Pueden ser de capital privado, público o mixto”. (Subrayado nuestro)

Sin embargo, la doctrina<sup>cdxxxvii</sup> ha aportado diversas definiciones que atienden principalmente a aspectos económico – financieros y a la descripción de sus elementos centrales, así como a cuestiones muy instrumentales. (JIMENEZ SANCHEZ, 2006, pág. 44)<sup>cdxxxviii</sup>, cita una serie de definiciones. Así, BOHÓRQUEZ considera que la empresa multinacional es “un conjunto económico distribuido internacionalmente”; ROBINSON afirma que constituyen “un sistema de producción o prestación de servicios, integrado por unidades localizadas en distintos países, que responden a estrategias centralmente planificadas en una casa matriz, cuyo control se basa de manera preeminente, aunque no exclusivamente, en la propiedad de todo o parte del capital de las subsidiarias, y que a su vez es poseída y gestionada por ciudadanos del país donde tal matriz tienen su domicilio”; HELD las define como “por medio de una inversión extranjera directa, controlada y subsidiarias en varios países y fuera de su base doméstica”; GEREFFI Y KORZENIEVWICZ sostienen que las empresas multinacionales son “un sistema de producción global, en el cual la capacidad de

producción está dispersa hacia un número sin precedentes de países en vías de desarrollo, así como industrializados”.

Las definiciones supracitadas **reflejan algunos puntos de conexión**: la actuación espacio – temporal externa, la desterritorialización normativa, el conjunto económico unificado y la apariencia jurídica externa, aspectos que configuran el perfil de tales organismos o entes económicos. Esos lineamientos o parámetros nos permiten concebir a las empresas multinacionales como personas jurídicas de derecho privado con múltiples implantaciones territoriales pero con un centro único de decisión, las cuales llevan a cabo gestiones económicas en diversas áreas, adquiriendo así un significativo poder económico y político.

Las unidades económicas integradas en el grupo pueden funcionar con empresas matrices y filiales, conglomerados, coaliciones, operar a través de fusiones o absorciones o constituirse en *holding* financieros que puedan ejercer el control sobre las empresas o el conjunto o grupo de empresas. Pueden estar radicadas en uno o varios países, domiciliadas donde está ubicada la empresa matriz, o en donde se hayan inscrito o registrado. Sin embargo, la empresa multinacional siempre ostentará una nacionalidad, pero el carácter supranacional de sus actividades viabiliza la evasión de sus compromisos u obligaciones legales.

Una delimitación más operativa vincula las empresas transnacionales con el derecho de propiedad de una o varias empresas filiales en países extranjeros. Sin embargo, la cadena de responsabilidades de las actividades de las empresas multinacionales, deberá extenderse no sólo a las filiales si no a proveedores, contratistas y subcontratistas

➤ Características de las Empresas Multinacionales.

(JARILLO & ECHEZARRAGA, 1998, pág. 127)<sup>cdxxxix</sup>, aluden a las organizaciones que están presentes en todos los ámbitos de las personas y las naciones, para referirse a las que ellos denominan con diversos términos, como plurinacional, supranacional, globales, cosmopolitas, transnacional, sociedades globales y multinacionales, entre otros. Consideran que **las principales características** que le son inherentes a estos entes económicos son las siguientes:

- Conforman un sistema integral, constituido por diferentes formas de capital.
- Utilizan sistemas de financiamiento altamente eficientes.
- Operan bajo un sistema de decisión y de estrategias comunes y coherentes.
- Comparten recursos, conocimientos y responsabilidades entre la matriz y sus filiales.
- Logran menores costos de producción y suelen abastecer mercados mundiales.
- Se han constituido en súper Estados dentro de los propios Estados Nacionales.

Un análisis integral de la caracterización expuesta nos obliga a expresar las siguientes observaciones: aceptando el hecho del extraordinario crecimiento que han experimentado las empresas multinacionales, debido, en gran parte, a las fórmulas flexibilizadoras que han implementado los países receptores de sus inversiones, resulta irrefutable que éstas empresas han ejercido una presión intensa sobre los Estados Nacionales, en función de reducir las condiciones de trabajo y debilitar la normativa laboral, con el pretexto de aumentar la competitividad. Esto induce a los gobiernos, en especial, los que están en

vías de desarrollo, a dictar regulaciones que no afecten los intereses de estas grandes corporaciones, por temor a que trasladen a otro lugar o no llegue su inversión al terreno local.

El poder de las empresas multinacionales, según hemos apuntado, representa una de las características que **erosiona la estructura política y económica del Estado**; éste, otrora, considerado como una fuente de soberanía, con sus atributos de independencia, instancia suprema y exclusiva de poder. No obstante, debe puntualizarse que en el orden jurídico internacional actual se manifiesta un proceso de jerarquización de Estados, agudizado por el fenómeno de la globalización, que genera cuatro categorías bien diferenciadas:

- Aquellos que mantienen relaciones de máxima integración con las empresas multinacionales y con las grandes corporaciones económicas. En esta clasificación se incluye a **los que ejercen un poder imperial**, en especial los Estados Unidos de América, reforzando éste y estableciendo relaciones de dominación sobre otros actores políticos, sociales y económicos.
- Aquellos que se convierten en **facilitadores de los intereses de las grandes multinacionales**, ceden soberanía y pierden poder. La pérdida de su competencia y de su regulación se desarrolla voluntariamente, cediendo las competencias económicas y financieras y desregulando las sociales y laborales. En estos quedan incorporados los Estados centrales, algunos de Europa.
- Aquellos que pierden competencias y capacidad soberana por las imposiciones normativas de los Estados dominantes, empresas multinacionales e instituciones financieras y económicas multilaterales, regionales y bilaterales. Generan una gran afectación a las mayorías sociales de esos países. Se incluye al Estado de Etiopía.
- Aquellos que aparecen desarticulados institucionalmente en su soberanía interna que se encuentra sometida a la dictadura y desconectados de las relaciones económicas y políticas internacionales. Son los denominados Estados fallidos, colapsados, caóticos o fracturados. Se cita como ejemplo paradigmático a la República Democrática del Congo.

Analizando las categorías descritas podemos concluir que el Estado se encuentra colapsado por las fuerzas económicas internacionales, las cuales, dependiendo de la correspondiente categoría, podrán ser o no controladas. (CARRASCOSA, 2004, pág. 29)<sup>cdxi</sup> afirma que “la extorsión mediante la amenaza de la deslocalización, la movilidad de los flujos de capital sin regulaciones de contención y el espacio financiero global desregulado, son expresiones de la pérdida o reacomodo de competencias estatales”.

Un sector de la doctrina<sup>cdxii</sup> ha señalado que los **Estados imperiales** representan un aspecto esencial para el funcionamiento del capitalismo y de uno de sus exponentes principales, las empresas multinacionales. Estas mantienen con aquellas relaciones económicas y políticas, con carácter de reciprocidad y unidireccionales hacia los países periféricos. Esos Estados protegen y tutelan a las multinacionales nacionales y éstas participan, constituyen, condicionan y colaboran con sus élites gobernantes (SOUSA SANTOS, 1998)<sup>cdxiii</sup>. Se reduce su dimensión social y, correlativamente, se incrementa su control y orden público, se extraterritorializan sus competencias normativas, las económica – financieras se reenvían hacia ordenamientos internacionales de carácter coercitivos, imperativo y con eficacia jurídica máxima, mientras que las competencias socio – laborales y los derechos sociales se someten a una regulación de la desregulación. Los organismos financieros internacionales protegen los derechos de las empresas multinacionales desde la extraterritorialización y, a través de los tratados regionales y bilaterales, son protegidos en la reterritorialización globalizada de sus Estados de origen.

En una investigación realizada por la empresa Osfam Internacional<sup>cdxiv</sup>, se constata la influencia que, sobre los proveedores, ejercen las grandes marcas o corporaciones internacionales, imponiéndoles, con sus prácticas comerciales, fórmulas que propician la explotación y desconocimiento de los derechos de los trabajadores. Le fijan a los proveedores precios muy bajos por las mercancías que producen y plazos reducidos de

cumplimiento, cuyos efectos se traducen en prestaciones de servicios con bajos salarios y condiciones de trabajo precarias, contratos temporales y otras modalidades que facilitan la terminación de la relación de trabajo, en el evento de fluctuaciones en las ventas.

Adicionalmente, las empresas multinacionales se caracterizan **por operar en un contexto de pluralismo jurídico**, esto es, una gama de ordenamientos jurídicos que sustraen al Estado el monopolio normativo y desplazan el monismo jurídico hacia el pluralismo que se manifiesta como la existencia de varias normas jurídicas en vigor en un mismo momento y sociedad, que regula de modo diferente la misma situación. Al respecto, (CAMPUZANO, 2007, pág. 17)<sup>cdxlv</sup> señala que “el sistema jurídico se convierte en algo abierto, flexible, y poroso, cuyas normas se entrelazan sin fin con normas procedentes de distintas instancias de modo que el sistema se expande a través de los múltiples nexos colaterales de complejas redes normativas”.

En tal escenario, las empresas multinacionales consolidan un extraordinario poder económico que condiciona directa o indirectamente la producción normativa estatal e internacional mediante acuerdos formales e informales a escala mundial y mecanismos específicos de resolución de conflictos, al margen de los criterios y fundamentos judiciales, sustentados en el denominado Derecho Comercial Global, jerárquicamente superior a los ordenamientos nacionales, sobre todo de los Estados periféricos, el cual, junto con los contratos de inversión de las empresas multinacionales y las prácticas privadas van formalizando de hecho situaciones de pseudo pluralismo jurídico, más cercano a un monismo jurídico de las grandes corporaciones que a otra cosa, que desplaza a la centralización normativa por las normas del Derecho Global del Comercio<sup>cdxlv</sup>.

El pluralismo jurídico se materializa en la debilidad normativa estatal frente a la avasalladora fuerza del Derecho Internacional del Comercio y la fragilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo. Sobre el particular, (CAPELLA, 1999, pág. 108)<sup>cdxlvii</sup>, ha bautizado este fenómeno como “soberano privado supraestatal”, el cual está conformado por el poder estratégico conjunto de las grandes compañías multinacionales y, sobre todo hoy, de los conglomerados financieros, que imponen bajo mecanismos de diversas naturalezas: convencionalismos interestatales, como el G7 (conferencias del grupo de los países más industrializados), fundamental para la reglamentación del comercio mundial; instituciones como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, la OCDE, y la OMC, entre las principales.

En definitiva, el proceso globalizador ha introducido **un nuevo pluralismo jurídico**, en donde los Estado periféricos naufragan ante el Derecho Comercial Global, cuya influencia genera la pérdida del monopolio jurídico estatal. Esto unido a los códigos de conducta de las empresas multinacionales responden, como veremos posteriormente, a una lógica de voluntariedad y unilateralidad situada en los contornos del derecho, siendo manifestaciones privadas, en este caso, de las obligaciones referidas a los derechos sociales de las empresas multinacionales.

A fin de contrastar la situación interna de los Estados con las competencias que determinan el peso de sus economías nacionales. En ese sentido, (FARIA, 2001, pág. 22)<sup>cdxlviii</sup> sostiene que todo Estado debe adoptar las siguientes competencias básicas: “la dimensión de su mercado consumidor, la capacidad de inversión de los capitales privados

nacionales, el control de la tecnología de punta, la especificidad de sus bases industriales, el grado de modernidad de sus infraestructuras básicas, niveles de escolaridad, políticas monetarias, fiscales, cambiarias y asistenciales”; cuanto más alejadas se encuentran estas competencias de la autoridad de los Estados, más cercanas se sitúan de las empresas multinacionales y de las instituciones que la sustentan.

La libre competencia y la flexibilidad laboral se convierten, a su vez, en principios inherentes a las políticas socio – laborales de los estados periféricos. Las medidas aplicadas a los Estados periféricos o países empobrecidos, relacionadas con la eliminación de fórmulas tuteladoras, no se aplican a los países ricos, los cuales siguen protegiendo sus sectores estratégicos, mientras que aquellos deben renunciar a todo tipo de cautela al respecto, promoviéndose así un régimen socioeconómico y jurídico desigual.

Adicionalmente, ahora **en el ámbito colectivo**, las empresas multinacionales prefieren negociar con empresas que no cuentan con organizaciones sindicales y, en caso de que existan, sus dirigentes son hostilizados y se promueve una política de no afiliación bajo la amenaza del despido.

➤ **Empresa Multinacional y Grupo de Empresas.**

La empresa multinacional puede adoptar **la forma de un conjunto o grupo de empresas**, cuya estructuración, como veremos seguidamente, rompe con el esquema tradicional de la noción de persona jurídica en su calidad de empleador, lo cual repercute

en las múltiples situaciones que se derivan de la dinámica relativa a las relaciones individuales y colectivas de trabajo.

(MURGAS, 2008, pág. 344)<sup>cdxlviii</sup>, afirma que “las empresas multinacionales son una forma en que se expresan los llamados grupos de empresa” y éstos pueden comprender tanto empresas nacionales como empresas multinacionales. Señala el maestro que el grupo de empresas puede adoptar diversas denominaciones, entre las cuales menciona: grupo de sociedades, conjunto económico único, conjunto social y económico único, unidad económica y social, unidad económica, grupo económico, unidad de trabajo, etc.

Para **ROBINSON**, citado por **DUQUE**<sup>cdxlix</sup>, las empresas multinacionales se definen como:

“Un sistema de producción o prestación de servicios, integrado por unidades localizadas en distintos países, que responden a estrategias centralmente planificadas en una casa matriz cuyo control se basa preeminentemente, aunque no exclusivamente, en la propiedad de todo o parte del capital de las subsidiarias, y que a su vez es poseída y gerenciada por ciudadanos del país donde tal matriz tienen su domicilio”

De la definición transcrita se desprende que la empresa multinacional está integrada por dos elementos: **el grupo de empresas y la actividad internacional**, concluyéndose que tales empresas son un conjunto económico distribuido internacionalmente.

A la empresa multinacional se le identifica con el género de grupos de empresas o conjunto económico, o sea, un grupo de empresas que realizan actividades multinacionales, en el cual existe una unidad profunda, bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas, siendo el grupo en definitiva la única y verdadera empresa

subyacente. En este sentido, se ha pronunciado **la Organización Internacional del Trabajo (OIT)**, al definir dicho término así:

“Una empresa multinacional es un grupo de organismos, constituidos o no en sociedades, sometidos a sistemas jurídicos diferentes y que, ligados por una cierta unidad de dirección, tienen una actividad económica importante a nivel internacional”

➤ **Noción de Grupo de Empresas.**

Ahora bien, si identificamos a la empresa multinacional con el grupo de empresa, respecto a éste, debemos entenderlo como:

“el conjunto de empresas formal y aparentemente independientes, que están, sin embargo recíprocamente entrelazadas, al punto de formar un todo complejo pero compacto, en cuanto responde a un mismo interés”<sup>cdl</sup>

(DUQUE, Ob. cit), sostiene que el concepto de grupo de empresa debe ser aplicado a las empresas multinacionales, **aún en ausencia de texto legal expreso**, en función tuitiva de los derechos de los trabajadores, puesto que bajo la figura de personas jurídicas-colectivas puede pretenderse la elusión de responsabilidades laborales<sup>cdl</sup>. Se asimila esta opinión a lo que se conoce como “unidad laboral del conjunto económico”, criterio sostenido, según esta autora, por la jurisprudencia francesa, la cual ha argumentado que a pesar de que ciertos casos en el plano comercial las sociedades jurídicamente disímiles permanecen siendo distintas, en el derecho social esas mismas sociedades **constituyen una unidad económica asimilada a una sola y misma empresa**, enmarcado tal presupuesto, dentro del principio de primacía de la realidad,

porque puede sostenerse que la pluralidad de la empresa multinacional es en definitiva una creación del derecho que fracciona artificialmente una unidad real preexistente.

(PÉREZ DEL CASTILLO, 2000, pág. 176)<sup>cdliii</sup>, sostiene que lo importante en la determinación del grupo económico viene dado por **el grado de control** que, sobre las distintas unidades autónomas del grupo, ostentan uno o varios accionistas comunes, quienes pueden ser personas físicas o jurídicas. Este último aserto lo comparte (BUENO MAGANO, 1982, pág. 49)<sup>cdliiii</sup>, para quien los componentes de grupo económico pueden ser empresas cuya titularidad recaiga sobre personas físicas y no sólo jurídicas, ya que lo importante es la realidad de la empresa como organización de bienes y personas dirigida a la obtención de una cierta finalidad económica y no tanto la naturaleza del soporte jurídico que detenta su propiedad.

(NADAL, 1983, págs. 40-42)<sup>cdliiv</sup>, describe la dificultad que ha tenido el derecho del trabajo en configurar un concepto jurídico de “empresa” omnicomprendivo de todos los elementos que la componen, la cual se extiende con mayor razón al intentar conceptualizar el “grupo de empresas”. Este se nos presenta, según la autora citada, como un conjunto o núcleo de poder en el que difícilmente se pueden identificar grupos o personas, puesto que es una realidad que divide al poder económico, actuando por delegación, despersonificando a los mandos y creando una fuerte dispersión funcional y orgánica, de acuerdo con sus propias estrategias de mercado, que está compensada con una gran centralización en el poder de decisión. Refiriéndose al ámbito laboral, señala que el grupo de empresas provoca la dificultad de identificación de un interlocutor válido a quien plantear y con quien resolver los conflictos laborales. A firma que:

“Entre el obrero que cumple sus tareas en una subsidiaria de una ET en América Latina, o el representante gremial de la misma, y la persona o grupo de personas que, en alguna parte del mundo, toman las decisiones sobre esa filial, hay un amplio margen de responsabilidades y de poder que no es fácilmente aprehensible en la realidad; creando esta disociación entre la responsabilidad y la autoridad serios problemas, tanto en las relaciones individuales como colectivas de trabajo”

La realidad demuestra que uno de los problemas más agudos que se presentan en el análisis de la estructura de control de las empresas multinacionales, a nivel territorial, radica en la contradicción subyacente entre, de una parte, la concepción patrimonialista que del concepto empresa se deriva del derecho mercantil, con su principio de independencia jurídica entre organismos económicamente dependientes y, de otra, la concepción integradora que de la misma intenta perfilar el derecho laboral.

(SAGARDOY, 1977, pág. 767)<sup>cdlv</sup>, al respecto, señala que **el centro de imputación laboral constituye el elemento esencial del grupo**, extendiendo las posibilidades ofrecidas por el derecho mercantil o combinando éstas con las del derecho del trabajo. Los problemas laborales latentes en el grupo de empresa proyectan sus efectos en la indeterminación o difusión de la otra parte del contrato – en las relaciones individuales – y en la especial estrategia empresarial sobre convenios y conflictos – en las relaciones colectivas - debido a que, a través de esas formas asociativas jurídicamente autónomas y económicamente interdependientes, aquél busca un poder económico para maniobrar de manera flexible en el proceso productivo.

Opinamos que el tema de la conceptualización del grupo o conjunto de empresa reviste trascendental importancia, considerando la necesidad de articular un encuadre

jurídico unitario que produzca la eficacia de las pretensiones intersubjetivas derivadas de la relación capital – trabajo, convirtiendo o materializando al grupo como un centro de imputación laboral, opción teórica cuyo objetivo esencial consiste en categorizarlo como sujeto del derecho del trabajo y, a la vez, soporte de responsabilidades en su conjunto.

La base de esas responsabilidades laborales del grupo económico no se circunscribe a la protección de los créditos laborales, puesto que, dentro de una concepción más amplia, ella contempla el reconocimiento de los derechos derivados de la antigüedad del servicio, la determinación de la categoría y condiciones contractuales de trabajo, los efectos de la movilidad laboral que puede escenificarse, respecto de un trabajador, entre varias empresas integradas al grupo o conjunto; las consecuencias en la estabilidad en el empleo en la hipótesis de que el empleador contractual originario, perteneciente al grupo o conjunto, desaparezca y permanezcan las restantes; la satisfacción de los créditos laborales imputables a cualquiera de las empresas que conforman el grupo; las cuestiones relativas a la representación de los trabajadores ante la unidad económica laboral.

(MARTINEZ, 1999), citado por (PÉREZ DEL CASTILLO, 2000, pág. 178)<sup>cdlvi</sup>, sobre el particular, describe las consecuencias que conlleva la articulación de una relación individual de trabajo con el grupo o conjunto económico, en los siguientes términos:

“(…) para el cálculo de la antigüedad se consideran los periodos consecutivos en las diversas empresas del mismo grupo y que se debe rechazar la coexistencia de dos contratos de trabajo. Igualmente, si estamos frente a un solo empleador las cuestiones de equiparación o isonomía salarial y de condiciones de trabajo

deberían analizarse en el marco del total de operarios del grupo y no solo de una de las unidades.”

Según el autor citado, para hacerle frente a la situación planteada, algunas legislaciones, entre ellas la panameña, han acudido a la regulación expresa de la figura de **la responsabilidad solidaria** de las empresas que conforman el grupo y otras (México y Venezuela), donde no aparece regulada legislativamente, se apoyan en la jurisprudencia local, manteniendo ésta similar criterio. En el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo no se ha operado, en la esfera legislativa, el reconocimiento o admisión de la noción de unidad económica, como en las relaciones individuales, lo cual constituye un proyecto por concluir, a semejanza de la normativa laboral francesa de 1984, la cual reguló los comités de personal, considerando la realidad de los grupos de empresa, dotándolos de competencia en todo el conjunto o grupo económico.

➤ **Elementos que identifican al Grupo de Empresas.**

(PÉREZ DEL CASTILLO, 2000)<sup>cdlvii</sup>, haciendo referencia a la jurisprudencia española, enuncia los elementos a considerar para la determinar la existencia del grupo de empresa o conjunto económico:

- **Dirección unitaria.**

La existencia de una dirección unitaria significa - de acuerdo al autor citado - que las decisiones sobre el financiamiento y las políticas de nombramiento de las instancias directivas y órganos de vigilancia de las sociedades integrantes, **sean adoptadas por la sociedad dominante del grupo o por un órgano rector común a todas.** Se concibe como el rasgo definitorio, consistente no sólo en la toma de decisiones, sino también el

control sobre el nombramiento y actividad de las personas encargadas de ejecutarlas y, puede además incluir, o no, competencias sobre aprovisionamiento, producción o ventas, o sobre la simple administración de personal.

- **Existencia de empresas formalmente independientes.**

El Tribunal Superior Español<sup>cdlviii</sup> se ha encargado de precisar la presencia de este elemento como tipificador de la figura en estudio. En efecto, la decisión jurisprudencial se pronuncia en los términos siguientes:

“(...) no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesario, además, la presencia de elementos adicionales, tales como la prestación laboral al grupo de forma indiferenciada, la actuación unitaria del grupo o conjunto de las empresas agrupadas bajo unos mismos dictados y coordinadas con confusión patrimonial y, en general, cuando concurren en su actuación una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores”

Este fallo pretende diferenciar las situaciones donde existe real independencia entre las empresas, aunque pertenezcan al mismo grupo empresarial, ya que, según sostiene el autor en estudio, “puede haber conjunto horizontales donde se constatan empresas diferentes que forman un grupo, o ni siquiera, pero que tienen sí coordinación entre ellas, y que – al margen de la propiedad de una y otras – son realmente independientes entre

sí<sup>cdlix</sup>

- **Existencia de prestaciones laborales indiferenciadas y/o trasiego de personal de una empresa a otra.**

Se trata de la prestación de servicios, simultánea o sucesiva, indistintamente para todas las integrantes del grupo o para el grupo, y ocupando variados puestos o cargos dentro de ellas, con independencia de cuál sea la sociedad a la que se esté formalmente adscrito.

- **Declaratoria de Solidaridad Pasiva.**

Se establece, con rango legal, o, en defecto de ésta, mediante jurisprudencia, la solidaridad pasiva entre las distintas personas jurídicas, teniendo presente que en la práctica, la solidaridad entre las sociedades y el pago indistinto de sus débitos, es un dato de hecho constatable.

- **Existencia de una caja única.**

Este elemento, según lo ha declarado la jurisprudencia española, supone la confusión de patrimonios sociales entre las empresas de un grupo, produciéndose así un alto grado de comunicación entre sus patrimonios que da lugar a la existencia de una caja única.

- **Actuación conjunta e integrada de la sociedad.**

La actuación conjunta e integrada de las sociedades se da como consecuencia de la organización entre las empresas o sociedades, las cuales conforman un todo dentro del

cual destaca muchas veces la sociedad madre o casa matriz. Tal organización hace que se constituya un grupo o conjunto.

- **Apariencia externa unitaria.**

Los anteriores elementos producen a lo externo la apariencia de que existe una única empresa, detalle que justifica la declaratoria de responsabilidad solidaria del grupo, en aras de la seguridad jurídica y del principio de quien crea una apariencia verosímil está obligado frente a los que de buena fe aceptan esa apariencia como una realidad.

Para CAMPS RUIZ, citado por (PÉREZ DEL CASTILLO, 2000, pág. 185), refiriéndose al derecho español, la doctrina jurisprudencial enlaza el caso de la apariencia externa de unidad empresarial con la construcción de alcance más general del llamado empresario aparente:

“(...) de ahí que resulte plenamente asumible la conclusión de que la apariencia unitaria voluntariamente creada y la consiguiente confianza generada en los trabajadores que se relacionan con el grupo, deban conducir a la obligación de asumir la carga de hacer frente a las responsabilidades empresariales en cuanto a que éstas derivan de la propia conducta”<sup>cdlx</sup>

Mediante Sentencia de 15 de junio de 1993, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se hizo eco del asunto en cuestión y, en lo pertinente, dispuso que:

“(...) en el supuesto de que concurra en la actuación del grupo una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio del trabajador, la jurisprudencia se atreve a levantar el velo de la personalidad jurídica declarando la comunicación de responsabilidades empresariales entre las sociedades pertenecientes al grupo, persiguiendo con ello que no se utilice la legalidad para obtener finalidades que van más allá de las que la Ley persigue o protege”

Por su parte, la **Jurisprudencia Uruguaya**, para determinar la existencia de un grupo o conjunto económico, exige la presencia de algunos **indicios**, entre los que se mencionan:

- Administraciones Comunes.

Esta característica gerencial se concretiza en la **coincidencia de domicilios**, o en mantener las empresas que componen el grupo oficinas administrativas comunes ubicadas en un mismo asiento o lugar físico.

- Coincidencia de Directores.

Este indicio implica la integración de los directorios con las mismas personas físicas, o con un director común, o que funja la misma persona como presidente de los mismos.

- Personal Indiferenciado.

Constituye un indicio importante la utilización indistinta de los mismos trabajadores por los componentes del grupo, o que se alternen sucesivamente la misma mano de obra, o que el beneficiario del trabajo sea una u otra empresa integrante del grupo económico.

- Identidad Patrimonial.

- Lazos de parentesco entre los directores o integrantes de las sociedades.

- Unidad de decisión.

- Dirección, control o administración de alguna o algunas de las sociedades por otra.

- Órdenes dadas por un miembro de otra sociedad.

- Identidad en las tareas o de giros o el carácter análogo o complementario de las actividades de cada una de las empresas.

- Integración total del capital social de una de las empresas con acciones de la otra.
- Litigar con patrocinio de la misma letrada.
- Haberse servido de la misma persona de confianza como encargado de personal.
- Uso de los mismos bienes.

En el mismo sentido, (DUQUE, Ob. cit.), quien concibe a la empresa multinacional como “un grupo de empresas operando en varios territorios nacionales”, distingue entre caracteres **esenciales** y **no esenciales o contingentes**. A los primeros los define como “aquellos que se dan siempre, necesariamente, en toda empresa multinacional; y a los segundos como “aquellos que si bien es común que existan, no siempre se presentan, indispensablemente, al concepto teórico de empresa multinacional”.

➤ **Caracteres Esenciales.**

- **Pluralidad de componentes: autonomía formal o aparente de los mismos:** las empresas multinacionales comparten con el grupo económico, la característica de ser un conjunto de varias empresas o sociedades aparentemente independientes aunque unidas económica y funcionalmente. La pluralidad puede integrarse con personalidades jurídicas diversas en cada componentes, los cuales pueden ser una empresa o una sociedad, puesto que si bien la forma societaria es la conformación ordinaria de las empresas multinacionales, nada impide que se componga de una empresa principal que detente varios establecimientos o sucursales dependientes en el extranjero.
- **Relación entre los componentes: subordinación o coordinación:** en el grupo se concibe una relación de subordinación, materializada en el vínculo de dominación

entre sus participantes, en virtud del cual uno de ellos adopta una posición dominante sobre los demás. Ese control puede manifestarse de manera interna, mediante el cual se utilizan las técnicas provistas por el derecho de las sociedades, o sea, de la participación accionaria o de otros mecanismos societarios, o externa, que consiste en el control directorial o por actuación gerencial, derivado de la coincidencia de los directores de las diversas empresas del grupo o de la dominación ejercida a través de la designación de tales directivos.

- **Unidad Subyacente**: se concibe al grupo como una gran empresa, expresión de una unidad económica, determinada por la estrecha vinculación de sus partes componentes, consecuencia inevitable de su propia conformación, puesto que la dispersión internacional implica un nuevo tipo de mando, más descentralizado que el de la empresa común local, limitada por la necesaria coherencia que debe mantener la estrategia global del grupo. Existe una realidad económica subyacente que condiciona la unidad del grupo, unida a la estrategia única de la decisión a la cual se someten las partes integrantes del grupo.
- **Solidaridad**: resulta un consenso mayoritario en postular la solidaridad o responsabilidad solidaria del grupo, por las obligaciones contraídas por cualquiera de sus componentes, como resultado de los efectos relacionados con los caracteres de la unidad subyacente. Más que la solidaridad como atributo originario del grupo, lo que existe es un único deudor derivado de una realidad que impone una empresa única por una multiplicidad de formas jurídicas.
- **Actividad Multinacional**: se refiere a la extensión de las acciones de la empresa multinacional o grupo de empresas, a varios territorios estatales, aspecto

distintivo y que le da especificidad a la empresa multinacional y que, a la vez, la diferencia de los grupos económicos nacionales de empresas. Lo importante es que una empresa o grupo esté instalada en más de un territorio estatal, que lleve a cabo negocios en el exterior.

➤ **Caracteres no esenciales.**

- **La Dimensión:** se hace referencia al tamaño de la empresa. Se puntualiza que si bien, por regla general, las empresas multinacionales constituyen grandes empresas, nada obsta para que, excepcionalmente, una empresa pequeña o mediana pueda establecerse en el extranjero a través de sucursales o establecimientos.
- **El Fin de lucro:** se refiere al desarrollo de actividades comerciales con el objetivo de obtener ganancias.
- **Los vínculos con sus modalidades operativas:** entre las cuales se destaca la estrategia global, la diversificación y el comercio cautivo, lo que incluye la sobrefacturación, la subfacturación y algunas particularidades de la transferencia de tecnología.

➤ **Origen y Evolución de las Empresas Multinacionales.**

Tal como hemos señalado, las empresas multinacionales no constituyen un fenómeno reciente, ya que se trata de organizaciones económicas que han sido la base del sistema capitalista desde sus albores. La empresa, como unidad organizada de producción, ha sufrido modificaciones en su proceso evolutivo, creciendo económicamente y

adaptándose a las variaciones históricas que han experimentado el mercado y la economía en general. Son la adaptación de la empresa corriente a la continua expansión del mercado en el contexto globalizado.

El origen de las empresas multinacionales aparece referido cronológicamente a épocas remotas, pero siempre relacionado con el comercio internacional. Algunos lo ubican en el siglo XIII, XIV y XV, en las ciudades de Siena y Florencia, donde se desarrolló un importante flujo de actividades mercantiles por cientos de firmas internacionales, a través del Banco de los Medici en Florencia, superpotencia financiera con 18 sucursales repartidas por toda Europa. Más reciente se señala a las Compañías de Indias creadas por Inglaterra, Holanda y España, en el siglo XVII, mediante las cuales se realizaron intercambios de conocimientos y mercancías desde Inglaterra hacia sus colonias americanas.

No obstante, la mayoría de los autores coinciden en situar a finales del siglo XIX, el inicio de las operaciones de estos entes comerciales, cuando las compañías norteamericanas de tecnología más avanzada comenzaron a establecerse en Europa; sufre un estancamiento entre las dos guerras mundiales, y resurge vertiginosamente a partir de las décadas de los cincuenta y sesenta, siendo un fenómeno típicamente americano.

Un sector de la doctrina especializada, distingue, al respecto, **cuatro periodos históricos** del desarrollo de las empresas multinacionales:

1. **Capitalismo Mercantilista o Mercantilismo (1600 – 1770):** en esta etapa las empresas que operaban en el extranjero eran monopolios concedidos por el

Estado, los cuales importaban grandes capitales de metales procedentes de las colonias, proceso que permitió una importante acumulación de capital en Europa, siendo las empresas italianas y alemanas las primeras de tipo internacional, pues poseían redes bancarias, cuyo origen se remontaba al siglo XV.

2. **Capitalismo Industrial (1770 –1890):** durante este periodo se desarrolla una industria manufacturera en los países ricos. Las empresas internacionales que existían se instalaban en las colonias con el fin de extraer materias primas e importarlas para la producción de la metrópoli. Crecieron los talleres de manufacturas y el sistema de fábricas en el seno de las empresas nacionales.
3. **Capitalismo Financiero (1890 –1945):** se inicia la articulación de las grandes empresas, muchas de ellas transnacionales, destacándose el surgimiento de poderosos bancos e instituciones financieras, así como la creciente concentración de las empresas industriales en los diferentes países desarrollados. Las empresas entraban a formar parte de cárteles nacionales y a veces internacionales, con el fin de asegurarse una posición monopolista y aumentar sus beneficios; el capital financiero aumentó mucho más que el capital industrial. Empezó a configurarse la empresa multinacional moderna, la cual pasa de la producción nacional y la exportación a organizar las actividades productivas conexas en el extranjero.
4. **Capitalismo Globalizado (de 1945 hasta la actualidad):** se caracteriza por el establecimiento de redes de producción, comercialización y financiación en el

ámbito internacional. La acumulación de capital y de poder político se acentúa más que en cualquier época. Las grandes empresas se hacen más complejas y se organizan como una especie de federación de filiales con idiosincrasia propia, dedicándose cada una a etapas diferentes del proceso de producción o a la fabricación de productos totalmente diferentes entre ellos. La propiedad de la empresa puede estar distribuida entre personas de diferentes nacionalidades, debido a la participación de las empresas transnacionales en los mercados financieros.

(NADAL, 1983, pág. 14), sostiene que la fisonomía actual de las multinacionales hace su aparición en la segunda mitad del siglo XIX y es después de la segunda guerra mundial cuando el cuadro se completa y alcanza un perfil propio, impulsadas por la necesidad de sortear las barreras aduaneras que nacen del proteccionismo que impera a partir de esa fecha y la necesidad de los países industrializados de Europa de asegurarse, mediante la inversión en otros países, provisiones estables de materias primas. En un coloquio de la Federación de París del Partido Socialista Francés, denominado “Socialismo y Multinacionales”, se refiere que atendiendo a los motivos descritos se instaló la firma alemana Bayer en los Estados Unidos en 1865 y la firma americana Singer abre una filial de producción en Gran Bretaña en 1867. Se señaló, además, que en 1901, Westinghouse disponía ya en Inglaterra, del establecimiento industrial más importante del país; Ford, en 1914, producía el 25% de los coches ingleses.

RUBIO GARCÍA, citado por (DUQUE, ob. cit.)<sup>cdlxi</sup>, distingue los siguientes periodos:

- 1) **Periodo que va desde 1867 hasta 1914**: fase en la que se inicia la conformación de las empresas multinacionales, en especial, con la instalación en Glasgow de la primera fábrica en el extranjero de la empresa Singer.
- 2) **Periodo que va desde 1914 – 1945/ 1950**: etapa durante la cual ocurre una recesión y asociación entre las empresas existentes, todo esto, como consecuencia de la primera y segunda guerra mundial.
- 3) **Periodo que va desde 1950 en adelante**: se caracteriza por la expansión explosiva de las multinacionales de origen norteamericano con las características actuales de dichas empresas. En los años sesenta surgen las multinacionales europeas y japonesas y, además, surge el fenómeno de la globalización en la década de los ochenta.

Según se ha descrito o, por lo menos, se infiere de las anotaciones supratranscritas, el lucro constituyó la base principal del origen y evolución de las empresas multinacionales, la doctrina ha destacado diversos **factores que han condicionado la aparición** de estos organismos mercantiles de proyección internacional. Entre ellos se mencionan:

- **Necesidad de aumentar la producción**: el objetivo de incrementar la producción obedecía, no sólo a la lógica de la rentabilidad, sino buscaba la reducción de costos de los productos o servicios, lo que se materializaba con la ubicación de la empresa en otras zonas geográficas, conjugándose así, dos directrices económicas en materia de inversiones externas: la necesidad de invertir en el exterior es ofensiva, cuando su objetivo es la obtención de

mayores mercados y ganancias y defensiva cuando el propósito es conservar determinados mercados o una parcela de él.

- **Influencia de la Tecnología:** se trata de una modalidad que asegura el poder de la información y evita su transferencia mediante el establecimiento o instalación de empresas en otros países. La moderna economía mundial viene caracterizada por la presencia de las empresas multinacionales, portadoras y transmisoras de tecnología, y por la función esencial que éstas representan en el proceso productivo. Estos aspectos, unidos a lo que se ha denominado “brecha tecnológica”, consistente en el monopolio de los conocimientos científicos y técnicos por un reducido de países altamente desarrollados, complementan el cuadro que configura la mencionada economía moderna mundial. La empresa que dispone de una ventaja tecnológica se ve impulsada a multinacionalizarse, no sólo para explotar su ventaja, sino que también para evitar o posponer en lo posible la aparición de imitadores de menor costo, copando su mercado antes que surjan. De allí que una de las formas de mantener la ventaja tecnológica sea la instalación de una fábrica propia en el exterior, evitando así la transferencia de licencia o patente, o procedimiento a un nuevo socio y eventual competidor.
- **El desarrollo de las empresas extractivas:** este proceso guarda relación con el origen de las empresas multinacionales, toda vez que la actividad extractiva implica la presencia de materia prima y ésta se ubica fuera del ámbito espacial de la empresa interesada en tal actividad, lo cual produce la necesidad de trasladarse hacia el sitio donde se encuentra la materia prima

objeto de su explotación. Se citan a la industria petrolera, del caucho, minería, etc.

- **La Diferencia de costos:** las empresas multinacionales pretenden lograr sus objetivos al menor costo posible y, precisamente, se mueven a regiones donde la mano de obra representa un costo menor en el proceso productivo. Y este costo menor se refleja cuando se compara las condiciones de trabajo de los trabajadores de las filiales con las condiciones de trabajo de los que laboran en la sede principal. Subsisten los mismos derechos y realizan la misma labor, pero no le reconocen los mismos beneficios a ambos sectores, lo cual hace imperativo una normativa que regule tal situación de las empresas multinacionales fuera de su territorio.
- **Barreras Arancelarias:** las empresas tienden a evitar obstáculos a su proceso de comercialización y distribución de su producto o servicios, entre ellos, las barreras arancelarias. En ese sentido, se instalan en el extranjero para sortear una barrera arancelaria que impide la exportación tradicional de sus productos. La fabricación en otras zonas o regiones geográficas le reporta a la empresa mayores ganancias y la permanencia en el mercado internacional.
- **El desarrollo del transporte, las comunicaciones y la elaboración de datos:** estos elementos posibilitaron el origen y desarrollo de la empresa multinacional en la medida que abrió nuevas perspectivas a la integración de las actividades de cada empresa por encima de fronteras nacionales. Y, a la vez, intensificó el proceso de fusiones y compras de empresas, impulsado

por el proceso de privatizaciones, en las cuales empresas compradoras adquirieron empresas públicas ya instaladas y en funcionamiento, lo cual implicó algunas ventajas como el conocimiento técnico y de mercado, la utilización de patentes y licencias, el aprovechamiento de mano de obra capacitada, la utilización de redes de abastecimiento y distribución.

Para (MURGAS, 2008, pág. 343), el elemento a destacar en la configuración de los grupos de empresas es el **perfil multinacional o transnacional que adoptan las empresas**, debido a la instalación en varios países de sus actividades económicas o negocios mercantiles, criterio seguido, según el maestro, por (ERMIDA, 1985), quien sostiene que para perfilar una multinacional o transnacional no es suficiente con tener negocios con el exterior, sino que se requiere la instalación en el extranjero, siendo lo determinante que la empresa multinacional esté instalada en varios países y que realice negocios en el exterior y no sólo con el exterior.

➤ **Naturaleza Jurídica de las Empresas Multinacionales.**

Fundamentalmente, en la determinación de la naturaleza jurídica de las empresas multinacionales, sostiene (DUQUE, Ob. cit.)<sup>cdlxii</sup>, a quien seguimos en este apartado, debe considerarse el impacto que produce la inversión extranjera en los países receptores de la misma. La doctrina, al respecto, ha escenificado un interesante debate, cuyas posiciones giran en torno de tres opciones teóricas básicas: la Teoría Clásica, la Teoría de la Dependencia y la Teoría Ecléctica.

- **La Teoría Clásica.**

Esta opción doctrinal parte de la premisa de que la inversión extranjera es totalmente favorable para los países receptores, sustentándose en el beneficio que representa el ingreso de capital extranjero, el cual permite la utilización del capital doméstico para objetivos necesarios para el bienestar de la población, ya que junto al capital el inversionista coloca nuevas tecnologías en el Estado receptor, crea nuevas fuentes de empleo que son adiestradas con nuevas técnicas y habilidades, que propician un mayor flujo de capitales desde los países desarrollados hacia los que están en vías de desarrollo.

Frente a tales argumentos, se afirma que, por el contrario, las inversiones extranjeras representan un obstáculo a las inversiones nacionales, ya que se le reducen a éstas las áreas de oportunidades para competir. Adicionalmente, se cuestiona el grado mayor de capital repatriado en concepto de utilidades, en comparación con el menor capital inicialmente invertido. Con relación a la introducción de nuevas tecnologías, se alega que se importa la que está obsoleta o desactualizada. La capacitación técnica es criticada, debido a que el entrenamiento de cierto valor estratégico empresarial, se reserva para ciertos niveles donde la confianza debe ser garantizada. Finalmente, se argumenta, en contra de esta teoría, que la supuesta redistribución de beneficios derivados de la inversión foránea, sólo alcanza a una pequeña élite del Estado receptor, manteniéndose una gran porción de población al margen de tales prerrogativas.

- **La Teoría de la Dependencia.**

Contrario a la tesis clásica, la teoría de la dependencia sostiene que la inversión extranjera no origina un significativo proceso de desarrollo económico en ningún país. Se

basan en que las inversiones foráneas son realizadas por corporaciones multilaterales, las cuales tienen su centro de decisión en países desarrollados y se proyectan, a través de subsidiarias en los países en desarrollo, en consecuencia, toda la estructura de la corporación, se orienta a servir a los intereses de sus accionistas. Bajo este planteamiento, se configuran los países desarrollados donde se ubican las multinacionales, como las economías centrales del mundo y los países en desarrollo vienen a constituir las economías periféricas que accionan en función de los intereses de aquellas economías centrales. Finalmente, se argumenta que no es posible el desarrollo de las economías periféricas si no se rompe con la dependencia con las economías centrales, a través de la inversión extranjera.

- **La Teoría Ecléctica.**

La teoría ecléctica se fundamenta en la necesidad de la economía de mercado, como fórmula inherente al proceso de apertura y globalización económica, escenario en el cual pierden vigencia las teorías contrarias a la iniciativa privada y al flujo libre de inversiones, proceso que se consolida, en los países desarrollados, con la privatización de las empresas públicas, extendiendo éste a los países en desarrollo, lo que, a la postre, configura un profundo cambio ideológico en el tratamiento de la inversión extranjera.

Organismos internacionales<sup>cdlxiii</sup>, como la Comisión de las Naciones Unidas sobre Corporaciones Transnacionales, han constatado, en consonancia con la teoría clásica, a través de estudios sobre el tema, las bondades de las empresas multinacionales como motor para el desarrollo, sin dejar de enfatizar, en esos mismos estudios, los resultados perjudiciales que puede conllevar su implementación, bajo ciertas circunstancias.

Ubicados los efectos negativos de la inversión extranjera, la Comisión dirigió sus esfuerzos a la identificación de actividades desarrolladas por las corporaciones multinacionales, en torno a las cuales resultaba necesaria la elaboración de códigos de conducta para tales organismos, los cuales no han sido aceptados aún como principios de derecho internacional.

La influencia de esta teoría, en el contexto actual, es notoria, habida cuenta de la proliferación de marcos regulatorios en los Estados receptores, dirigidos a excluir aquellas inversiones extranjeras percibidas como indeseables, es decir, se condiciona, bajo el influjo de esta teoría, la inversión extranjera a que realmente brinde beneficios a los Estados receptores en la promoción de sus propios objetivos económicos. Resalta el paradigma de la interdependencia, como remedio al aislacionismo e independencia económica, y como una necesidad para construir una realidad más justa y humana, en un mundo cada vez más pequeño.

➤ **Las Fuentes Formales del Derecho del Trabajo en las Empresas Multinacionales.**

El Derecho del Trabajo tiene la particularidad de poseer una fisonomía propia en lo relativo a las fuentes del derecho. En ese sentido, la doctrina general, ha clasificado las fuentes del derecho en fuentes formales y fuentes reales. En este apartado, abordaremos las fuentes formales, o sea aquellas manifestaciones concretas creadoras de normas que las dotan del elemento coactivo u obligatorio. Se trata de las reglas que cada ordenamiento establece para que una norma sea válida; señalan criterios de competencia y de procedimiento que nos permiten reconocer, por ejemplo, que lo que la Asamblea

Legislativa debate y aprueba y el Ejecutivo sanciona y promulga en gaceta oficial es una ley. Las transformaciones que se han escenificado en el mundo han incidido en el sistema de fuentes formales; nuevos actores hacen su aparición en el contexto actual, cuyo poder real no se reconoce en el sistema formal, y citamos como ejemplo, las empresas multinacionales, las cuales influyen en la formación de normas de naturaleza local o internacional.

➤ **La responsabilidad jurídica de los Estados por la actividad de las Empresas Multinacionales.**

Las fuentes formales del derecho del trabajo, expresan su operatividad en la medida en que los Estados Nacionales desarrollen un sistema normativo y jurisdiccional que garanticen el respeto a los derechos civiles y políticos y, además, que promueva la tutela efectiva de los derechos sociales, económicos y culturales. Paralelamente, tal sistema debe garantizar la eficacia normativa frente a las eventuales violaciones de personas físicas o jurídicas que estén bajo su jurisdicción.

Los Estados receptores de inversiones, o no pueden o no quieren desarrollar sistemas normativos y jurisdiccionales, debido, principalmente, a su condición de países empobrecidos, sin capacidad de control de las corporaciones económicas, participando, a través de sus gobiernos, en mayor o menor grado, de las lógicas neoliberales y, en consecuencia, de las privatizaciones, desregulaciones y reformas del Estado. Los países desarrollados, aun teniendo la posibilidad, no ejercen tal iniciativa, por su identidad Estado-Empresa Multinacional. El impacto de las políticas neoliberales en los Estados receptores, ha sido de tal magnitud, que ha incidido en el (mal llamado) mercado de trabajo

provocando una fuerte desregulación que, conjugada con la actitud de muchos gobiernos, ha convertido a los cuerpos normativos en contrapesos incapaces de modular el poder de las empresas multinacionales.

En función de las reformas neoliberales, promovidas inicialmente, con carácter general, en las reglas del mercado laboral por la mundialización y luego haciéndolas extensivas a los ordenamientos laborales nacionales, transformaron a muchos países en objetivos directos de muchas empresas multinacionales, los cuales se convirtieron en espacios normativos *ad hoc* para el quehacer trasnacional.

Desde la perspectiva netamente jurídica, pese al debilitamiento que ha sufrido el Estado Nacional, sobretudo en su capacidad regulatoria, su papel cobra mayor importancia, en la medida en que frente al declive del componente humano en el modo de producción se incrementa su rol de garante de cierta cuota de protección social (APARICIO, 1997, pág. 62).<sup>cdlxxiv</sup> Este escenario implica nuevos desafíos a los ordenamientos jurídicos laborales relacionados con el Sistema General de Fuentes del Derecho, junto a la consolidación de nuevas fronteras del Derecho Social, la Responsabilidad Social Corporativa y los Códigos de Conducta.

Sobre el particular, (RODRIGUEZ-PIÑERO, 2002)<sup>cdlxxv</sup>, incide en las dificultades de diseñar e imponer un Derecho del Trabajo supranacional, el cual resulta imprescindible ya que las empresas multinacionales **evitan las reglas estatales** y se emancipan de los condicionantes locales y explotan los diferenciales legislativos en una lógica de “centro de compras normativo” que pone en competencia los sistemas jurídicos y sociales.

➤ **Los Host States y los Home States como fuente de responsabilidad de las Empresas Multinacionales.**

Finalmente, debemos destacar que más allá del reto que tienen los Estado Nacionales de ejercer control sobre las empresas multinacionales mediante la aplicación de sus ordenamientos internos, tienen la obligación de asegurar, por lo menos, el cumplimiento del Derecho Internacional de Derechos Humanos y del Derecho Internacional del Trabajo, en el ámbito de la esfera privada. Los convenios de la OIT ratificados, así como las distintas normas internacionales adoptadas, se incorporan a los ordenamientos jurídicos internos, y, en consecuencia, deberán velar por su eficacia y por el cumplimiento de las empresas multinacionales presentes en su territorio. A través de un interesante planteamiento (GÓMEZ, 2006, Pág. 62)<sup>cdlxvi</sup>, señala, haciendo referencia a *los Host States* (Estados de acogida), que:

“(...) nos encontraríamos ante deberes que no se imponen directamente a las empresas transnacionales, sino que se imponen por conducto de los Estados en los que esas empresas llevan a cabo sus actividades, los denominados *Host States*. Es lo que se conoce como la aplicación horizontal del Derecho Internacional de los derechos humanos”

Formalmente, la obligación de controlar el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos y laborales por las multinacionales se canaliza por medio de los propios Estados. No existe ningún impedimento jurídico para extender esta obligación a los derechos económicos, sociales y culturales incluyendo el derecho al desarrollo, más allá del debate doctrinal sobre la eficacia jurídica de los pactos

Internacionales y Declaraciones, teniendo el Estado una obligación pasiva universal de respetar los derechos humanos y activa universal de garantizarlos.

Por otra parte, existen los *Home States*(Estados de origen), los cuales constituyen la vía jurídica que permite que los Estados donde la empresa matriz tiene su sede o domicilio (normalmente en los Estados desarrollados), puedan controlar y responsabilizar a las multinacionales por las actividades realizadas en el extranjero. Implica una reterritorialización no sólo de los beneficios generados por las inversiones, sino de la responsabilidad de sus actos fuera del territorio nacional, posibilidad formal que rompe con la identidad ya tratada entre Estados desarrollados- Empresas Multinacionales. Esta fórmula no ha tenido la relevancia esperada en Europa, sin embargo, según afirma (BAYLOS GRAU, 2006, Pág. 87)<sup>cdlxvii</sup>, en Estados Unidos, se aplica la *Alien Tort Claim Act* la cual otorga competencia a los tribunales federales sobre toda violación del derecho de gentes por cualquier residente en ese país, citando al respecto, el caso FILÁRTIGA VS PEÑA-IRALA, en 1980. La familia de un joven paraguayo exilada en Estados Unidos reconoció al jefe de la policía responsable del asesinato de su hijo por tortura también residente en el mismo país. La demanda utilizó la vía que la ley *Alien Tort Claim Act* permitía. El acusado fue condenado a pagar más de diez millones de dólares de indemnización.

Con todas las aprehensiones que puedan generar las fórmulas descritas, lo cierto es que son varios los aspectos positivos, ya que consolidan como ilegales las prácticas de las multinacionales y se demandan ante los tribunales sus quehaceres, en muchos casos, cotidianos, tal y como lo demuestran los informes de organizaciones de derechos

humanos. Además se trastoca su terrible impunidad, ya que pueden generarse pactos con indemnizaciones previas a las sentencias que amortiguan los daños, otorgan legitimidad a las múltiples denuncias sociales – desde el Poder Judicial de los Estados desarrollados - aunque no condenen penalmente a los responsables, precedente que invita a no perder el objetivo central de avanzar en la creación de un código externo y un Tribunal Internacional de carácter imperativo, coercitivo y con poder ejecutivo que actúe como contrapeso del Derecho Comercial Global. (BAYLOS GRAU, 2007, pág. 70)<sup>cdlxviii</sup>, al respecto, afirma que “la idea de poner en marcha un Tribunal Internacional que juzgue las actuaciones más graves de las empresas transnacionales en la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores... ha ido cobrando fuerza”.

➤ **Normas Internacionales y Empresa Multinacional.**

• **La Organización de las Naciones Unidas (ONU).**

La Organización de las Naciones Unidas, respondiendo a la necesidad de implementar mecanismos más efectivos para el eficaz control de la concentración de poder económico y la responsabilidad de la empresa multinacional, a través del Grupo de Expertos nombrados mediante la Resolución N° 1721 de 28 de julio de 1972, dictada por el Consejo Económico y Social, tuvo la iniciativa de elaborar un Código de Conducta para reglamentar las actividades y el funcionamiento de tales entidades mercantiles. El Código pretende establecer pautas de conducta y medidas de control a las empresas multinacionales, con el propósito de que éstas no vulneren los intereses de los Estados y de la Comunidad internacional.

La Resolución mencionada, sustentándose en el temor del papel que juegan las empresas multinacionales, expresamente incorporó el llamado de la comunidad internacional a la formulación de políticas positivas y al establecimiento de mecanismos eficaces para hacerle frente a los problemas que plantean las actividades de tales empresas. Adicionalmente, el ECOSOC de Naciones Unidas creó en 1974, la Comisión y el Centro de Empresas Transnacionales con el mismo objetivo, no obstante, no se logró el cumplimiento de la tarea, debido a las contradicciones que en el terreno político escenificaron los países en desarrollo que se oponían a las prácticas de las empresas privadas extranjeras y al desmantelamiento de dicho centro por presión de las empresas multinacionales y, especialmente, por los Estado Unidos de América.

Las demandas concretas de los países del sur, sobre los contenidos más concretos de los códigos externos, fueron recogidas por (HEININGER, 1989)<sup>cdlxix</sup>, de la manera siguiente:

- a. Plena soberanía de los Estados en el interior de sus países y de sus relaciones con otros gobiernos. No interferencia de las multinacionales.
- b. Adecuación de las actividades de las multinacionales a los programas de desarrollo internos y plena transparencia de sus planes frente a la ciudadanía y gobierno.
- c. Respeto a las jurisdicciones nacionales y rechazo a sistemas arbitrales internacionales.
- d. Derecho de nacionalización y no coacción sobre indemnizaciones.
- e. Respeto a los derechos humanos, incluidos los laborales.
- f. Regulación de su actividad mediante el control de la fiscalidad, de la balanza de pagos, de la transferencia de tecnología, de la financiación, del control de la propiedad, del medioambiente y de la protección de los consumidores.

Como contraparte, los Estados Desarrollados y las empresas multinacionales desarrollan tácticas conjuntas de oposición a tales demandas, destacándose, entre ellas, el no reconocimiento de la soberanía nacional de los pueblos, prohibición a los países receptores de ser dueños de sus recursos y no aceptar el valor de las jurisdicciones internas respecto a sus intereses, adoptar como marco normativo y tutelador de sus derechos e intereses al Derecho Global Comercial, convirtiéndose, en el fondo, en legisladores internacionales y en sujetos de derecho internacional con plena interlocución con los Estados receptores. La opción teórica sostenida por los países desarrollados y las empresas multinacionales se ha ido imponiendo en fondo y forma. La filosofía de los códigos de conducta externos se mueve en la lógica del *softLaw* o derecho blando. El control de las multinacionales se desplaza de los fundamentos normativos hacia sistemas voluntarios y unilaterales, imponiéndose, invariablemente, la lógica asimétrica.

La iniciativa descrita provocó la reacción de las empresas multinacionales, formalizándose ésta a través de una publicación de la Cámara de Comercio Internacional de la Guía para las inversiones internacionales, contraatacando las previsiones de la ONU y, complementariamente, elaborando un número plural de códigos de conducta internos, unilaterales y voluntarios que les permitieron llevar la iniciativa y neutralizar cualquier otra emanada de los poderes públicos.

La presión realizada por Estados Unidos sobre Naciones Unidas resultó exitosa, tomando en cuenta que este país aportaba el 25% del financiamiento de la ONU, trayendo como consecuencia transformaciones profundas en las políticas internas de esta organización, de tal manera que los organismos que tendrían la función de controlar y

evaluar las actividades de las multinacionales fueron suprimidos o, en el mejor de los casos, perdieron su razón de ser.

- **La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).**

La OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) es una organización formada por 23 naciones, todas ellas occidentales y consideradas como países con una economía de mercado desarrollada. En virtud de lo descrito en el punto anterior, el debate se traslada a la OCDE y en 1976 ésta emite una serie de Directrices para las empresas transnacionales y la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, aprobadas por el Comité Consultivo de Negociaciones de Industrias y el Comité de los Sindicatos. Se aprueba, en París, un código de conducta, en junio de 1976, sobre las empresas multinacionales, el cual constituyó un paradigma de regulación no forzosa, más bien con la intención de legitimar y garantizar el movimiento de las empresas multinacionales que de controlar sus posibilidades de acción, ya que su esquema conceptual y operativo, a criterio de (NADAL, 1983, Pág. 44)<sup>cdlxx</sup>, responde a un planteo neoliberal, en el que las obligaciones morales impuestas a las empresas, no tienen ninguna incidencia en la dinámica derivada del centro de planificación global. Se destaca, además, que el código sólo se aplica a los países desarrollados, tendiéndose a maximizar el aporte material que las empresas multinacionales hacen a su desarrollo, al margen de los efectos sociales y políticos que tal modalidad de conducta conlleva para los países en vías de desarrollo, procurándose fortalecer el aporte positivo que la empresa multinacional puede realizar al progreso económico y social de los países desarrollados, minimizando los obstáculos que puedan generar sus diversas operaciones.

En lo relativo a su parte dispositiva, el código de conducta adoptado establece el perfil conductual que deberían poseer las empresas multinacionales en las esferas de: publicación de informaciones, financiación, empleo y relaciones profesionales, fiscalidad, competencias, así como ciencia y tecnología.

Respecto a este tema, existen una serie de deberes llamados a cumplir por las empresas multinacionales, en virtud del contenido del código en referencia. Así, **en el plano estrictamente laboral**, tales organizaciones:

- a. Deben respeto al marco legal, a las regulaciones y relaciones laborales prevalentes, así como a las prácticas de empleo en cada país donde actúen;
- b. Deben respetar el derecho sindical de sus empleados, posibilitando negociaciones constructivas, individualmente o por medio de asociaciones patronales, para lograr convenios colectivos que incluyan disposiciones que ayuden a dirimir los conflictos que se deriven de la interpretación de tales convenios;
- c. Deben asegurar el respeto mutuo de los derechos y de las responsabilidades;
- d. Deben procurar dar facilidades a los representantes de los trabajadores en vista de la negociación colectiva, suministrándoles informaciones adecuadas, que les debe permitir, además, la consideración de las empresas como un todo;
- e. Deben observar, en materia de empleo y de relaciones de trabajo, *standarstan* favorables como los observados por los empleadores comparables en el país de acogida.

Con relación a la hipótesis de despido colectivo, con reducción de personal, se contempla el deber de preaviso e información a los representantes de los trabajadores y a las autoridades nacionales, así como un deber de cooperación con una y otra parte para atenuar al máximo los efectos adversos de esas decisiones. Finalmente, en lo relativo al tema del proceso de negociación de buena fe con los representantes de los trabajadores, se le exige a la empresa multinacional que debe abstenerse de utilizar la fórmula de los

traslados parciales o totales de factorías, con el propósito de distorsionar los efectos de las negociaciones o desconocer los derechos sindicales.

➤ **La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo.**

• **Cuestiones Previas en cuanto al origen de la Declaración.**

La labor de la Organización Internacional del Trabajo, tradicionalmente, según lo han manifestado (VON POTOBISKY, BARTOLOMÉ DE LA CRUZ, 1990)<sup>cdlxxx</sup>, ha basculado entre sus objetivos originarios vinculados a su fundación en 1919 y su vocación universal ajustada a la cooperación entre Estados. La tensión entre ambas tendencias han orientado la acción de esta institución internacional, adquiriendo mayor complejidad con la consolidación de las ideas neoliberales. De ello da cuenta la circunstancia descrita en párrafos precedentes, en la que se observa la pérdida de competencias de los países en vías de desarrollo, la subordinación y desregulación de sus políticas socio laborales, en favor de los intereses del mercado y de la libre competencia, trayendo como consecuencia la ineffectividad o poca efectividad del sistema normativo de la OIT, pese a su carácter de normas ratificadas e incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales con vocación de aplicabilidad y cumplimiento.

La acción normativa de la OIT se ha encaminado, en los tiempos actuales, a privilegiar fórmulas de persuasión y colaboración por parte de los Estados, lo que, a fin de cuentas, ha contribuido a la ineficacia de las normas jurídicamente válidas y de los

sistemas de carácter imperativos, coercitivos y tuteladores de derechos. Las opciones doctrinales y jurisprudenciales más progresistas, vinculadas a la justicia social y a las políticas económicas y sociales, ceden espacio y son neutralizadas por el protagonismo del Derecho Comercial Global y por la pérdida de poder de las organizaciones sindicales.

(LANDA ZAPIRAIN, 2005, Pág. 2)<sup>cdlxxii</sup>, argumenta, en esta misma línea de pensamiento, que el Derecho Internacional del Trabajo ha abandonado las normas y mecanismos jurídicos tradicionales que buscan determinadas técnicas jurídicas para obtener el resultado previsto por su creador, es decir, sustituyen la eficacia clásica de los ordenamientos jurídicos por una efectividad más vinculada a los objetivos y fines que persigue un sistema jurídico concreto. Cita como ejemplo de pragmatismo ante las empresas multinacionales, la circunstancia de preferirse controlar la actividad de éstas o adecuarlas jurídicamente con fórmulas más cercanas a resultados efectivos, vinculados a los principios más abstractos del Derecho Internacional del Trabajo, que a disposiciones eficaces que regulen, por ejemplo, la subcontratación y sancionen al sujeto incumplidor. Son los códigos externos *ad hoc* los que se ocupan de regular las actividades de las empresas multinacionales, instrumentos de relativa eficacia, incapaces de instrumentalizar contrapesos frente a las fortalezas del Derecho Comercial Global.

Todo lo anterior, pone en evidencia la fragilidad del sistema internacional de normas laborales, en especial de la Declaración Tripartita de la OIT, relacionada con las empresas multinacionales, debido a que las prácticas de éstas, junto a su poder político, económico y jurídico ya descritos, las dota de una influencia mayor que la de los propios Estados y

que se requieren normas imperativas y coercitivas con plena eficacia tuteladora, al abordar la reglamentación de las actividades de estas entidades comerciales.

Como complemento de lo dicho, se observa que la OIT, al regular las empresas multinacionales, ha implementado mecanismos de inferior eficacia a los previstos en su tradicional sistema normativo (por ejemplo, el establecido para el control de la actividad de los Estados, respecto a la libertad sindical), de allí que se sustituyera, por presión política y económica de las empresas multinacionales, el proyecto de convenio dirigido a regular su funcionamiento, y, en su lugar, se optara por una mera Declaración, lo que, en definitiva, genera un instrumento de menor rango, menor control y una menor eficacia y efectividad.

Los métodos persuasivos, dependientes de la colaboración de los estados, representan un contrasentido, atentos a que son los ciudadanos de los estados receptores los que ameritan tutela o protección, en función de la asimetría evidente entre sus estructuras de poder y las subyacentes en las empresas multinacionales. Esos Estados se presentan sometidos a la disciplina neoliberal, a la desregulación, a la privatización, a las reglas del libre comercio y las reformas del Estado, quienes por su vulnerabilidad requieren de códigos externos más cercanos a fórmulas de eficacia jurídica que no a normas cuyo objetivo sea la efectividad genérica de la justicia social.

Resulta evidente que el proceso de globalización económica ha agudizado la tensión entre los principios programáticos de los textos constitutivos de la Organización Internacional del Trabajo, entre ellos, el Tratado de Versalles, la Constitución de la OIT y la Declaración relativa a los Fines y Objetivos de la OIT o Declaración de Filadelfia.

Los ejes fundamentales de su actividad normativa se han centrado tradicionalmente en mejorar las condiciones de trabajo que inciden en favor de una mayor justicia social y en las acciones socioeconómicas comunes, aspectos que han sido afectados por la nueva correlación de fuerzas que rompen el equilibrio del sistema normativo laboral a favor de los sistemas comerciales y mercantiles, por la complejidad de las relaciones laborales en el marco de la mundialización, por la influencia por la Economía del Derecho o el Derecho Económico y por el crecimiento de los sectores informales.

El característico tripartismo de la OIT, presenta fisuras en su aspecto institucional, ya que las confrontaciones se han incrementado, lo cual incide en la fragilidad normativa, unido esto a la ruptura del pacto capital – trabajo, detalles que, en conjunto, han desequilibrado - por acción u omisión - la balanza a favor del capital. Las delegaciones de empresarios y gubernamentales se identifican y promueven los principios y directrices del modelo neoliberal universal, teniendo esto resonancia efectiva en la dinámica interna de la OIT<sup>cdlxxiii</sup>. Un sector doctrinal (FRAILE, et al, 2014, Págs. 30-31)<sup>cdlxxiv</sup> se muestra optimista en favor del tripartismo fuerte, el cual puede, según sus defensores, ayudar a los países a navegar las presiones de la globalización y a lograr un crecimiento más equilibrado, reconciliando eficiencia y equidad.

Similares apreciaciones son valederas, respecto a la regulación de la subcontratación, tema fundamental en las actividades de las empresas multinacionales, puesto que forma parte de la agenda de preocupaciones de la sociedad y los sectores sindicales, en virtud de la desestructuración a que se ha sometido la unidad empresarial como consecuencia de la externalización laboral o descentralización productiva y la inexistencia de

modificaciones normativas al respecto, lo que ha degenerado en desprotección del trabajador individual y de la autonomía colectiva y sindical. En 1997 y 1998 se introdujo en la 95ª Conferencia de la OIT, el tema del trabajo en régimen de subcontratación, con la intención de adoptar un convenio en la materia, iniciativa que no logró su cometido y, en cambio, se aprueba una recomendación relacionada con las relaciones de trabajo triangulares.

En el ámbito suramericano, en Uruguay se ha dictado la Ley que regula la denominada “subcontratación laboral” de 15 de enero de 2007, cuya importancia radica en su propósito de proteger al trabajador de empresas tercerizadas.

La problemática esencial en este recorrido evolutivo consiste en la ralentización normativa que se ha experimentado en la dinámica de la OIT. No avanzan al mismo ritmo del Derecho Comercial Global, agudizándose la asimetría normativa entre ordenamientos y derechos de las empresas multinacionales frente a los trabajadores. La Declaración Tripartita sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social no se ha movido en relación a su *ratio legis* de 1977, cuando las multinacionales condicionaron su constitución y la evolución normativa de la OIT le ha permitido sobrevivir, sin que represente ningún atentado a los intereses del factor capital.

- **Contenido de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social.**

La Declaración fue adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, en su 204ª reunión, el 16 de noviembre de 1977 y fue

modificada en noviembre de 2000, con el propósito de incorporar a su texto la Declaración relativa a los Principios y Derechos Laborales Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento de 1998. La última modificación se produjo en el Consejo de Administración de la OIT, en su 295ª reunión, en marzo de 2006. Los cambios, adiciones o supresiones, se refieren a disposiciones de adecuación al contenido del Pacto Mundial y los Objetivos del Milenio y al Programa Global de Empleo.

Los principios que se contemplan en la Declaración constituyen recomendaciones a los gobiernos, los empresarios y trabajadores de los países de acogida y de origen, así como a las propias multinacionales. Es un documento tripartito, cuya adhesión es totalmente voluntaria y, en consecuencia, no obligatoria. Los contenidos concretos parten de una serie de principios establecidos en el apartado de Política General, entre los que se destacan: el fomento de las multinacionales al progreso y desarrollo junto a la necesidad de minimizar el impacto que sus acciones puedan provocar. Se complementa lo descrito con otros aspectos, como la ausencia de definición jurídica del término multinacionales, lo que resulta útil para establecer distintas entidades según la distribución de responsabilidades entre ellas, partiendo de la base de que prestarán cooperación y asistencia mutua. El grado de autonomía de la empresa multinacional variará gradualmente, pero nada se dice de la cadena de responsabilidades: filiales, proveedores y contratistas, elemento central en la defensa de los derechos de los trabajadores y trabajadoras. Los principios son recomendados de manera tripartita, pero serán promovidos por instrumentos adoptados por los gobiernos en cooperación con sindicatos y empresas.

Otro aspecto a reseñar, respecto al contenido de la declaración, lo constituye la falta de respeto a la soberanía nacional de los recursos de los países en los que las empresas multinacionales llevan a cabo su inversión, en conexión con los derechos humanos de tercera generación, aprobados por la Asamblea de Naciones Unidas, en especial, el derecho al desarrollo. (ARAGÓN y ROCHA, 2005, Pág. 49)<sup>cdlxxv</sup>, adiciona a este catálogo deficitario de la Declaración la ausencia de disposiciones relacionadas con el impacto ambiental, la opacidad, el secretismo con el que se discute sus criterios de aplicación y la falta de transparencia sobre cómo los gobiernos aplican la Declaración en políticas concretas constituyen otros temas pendientes.

Otro tema de interés, relacionado con las deficiencias del texto de la Declaración, es el referente a la necesidad de que en ella se hubiese contemplado un servicio público sobre las prácticas de las multinacionales, labor que llevó a cabo por periodo breve el fenecido Centro de Empresas Multinacionales de la ONU.

En líneas precedentes hemos señalado a la voluntariedad como una de las características que identifican a la Declaración, la cual relativiza el valor de ésta, al poner en tela de juicio la capacidad de neutralizar el poder económico y político de las empresas multinacionales con principios que parten, pese a su vocación tripartita, de la absoluta voluntariedad. Desde la perspectiva jurídica la evolución de la Declaración es asimétrica e incapaz de aportar un contrapeso al poder económico, político y jurídico de las empresas multinacionales.

- **Procedimientos de seguimiento de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social.**

La Declaración contiene fundamentalmente tres sistemas de seguimiento, respecto a su aplicación: las Encuestas de seguimiento, el Procedimiento de Interpretación y las Actividades de Promoción. La fórmula de los Informes fue implementada por el Consejo de Administración en 1978, cuando solicitó a los gobiernos que brindaran sus informes sobre la aplicación de la Declaración Tripartita, decisión respaldada por la Conferencia Internacional del Trabajo de 1979, a través de la creación de un procedimiento para que los Estados adaptasen sus informes previa consulta con las organizaciones de trabajadores y trabajadoras. La creación de un Comité Tripartito asumió las funciones de evaluar los correspondientes informes y elaborar el diseño de las Encuestas. En 1980 se crea la Comisión sobre Empresas Multinacionales de carácter permanente, conformada por 18 miembros, la cual se convirtió, posteriormente, en el Subcomité de Empresas Multinacionales de la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo, para realizar similares tareas, o sea, analizar los informes gubernamentales, preparar las encuestas sometidas al Consejo de Administración, orientar la investigación y estudios de la Oficina Internacional del Trabajo, realizar las acciones de promoción y atender las peticiones en materia de interpretación (OIT, 2007b).

- **Procedimiento de interpretación de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social.**

El Consejo de Administración de la OIT, aprobó, en 1980, un instrumento de carácter voluntario, el cual sufrió modificaciones en 1986, con el propósito de atender las

solicitudes de interpretación, en los casos de controversias derivadas del significado o aplicación de alguno de los preceptos de la Declaración, procedimiento que, según la OIT, podría contribuir a armonizar las relaciones de trabajo y servir de estímulo a las partes en conflicto (OIT, 2007c). La estructura misma de la Declaración, como se ha descrito con anterioridad, viene caracterizada por la voluntariedad, su marco promocional y no contencioso, con sentido preventivo de los conflictos más que a su arreglo, lo cual crea una incongruencia entre lo formal del documento y la realidad sobre la que pretende influir. Se agrega a lo anotado, el hecho de que su espacio de intervención es muy pequeño, ya que la acción interpretativa no puede afectar ni a las legislaciones nacionales ni a los convenios ni recomendaciones de la OIT, que contienen sus mecanismos de seguimiento y control. De allí que (BONET, 2007, Pág. 200)<sup>cdlxxvi</sup> sostenga que sólo existe un sistema indirecto de control en la medida que los sujetos destinatarios soliciten la interpretación de alguna actuación exclusivamente en relación a los Principios de la Declaración, por lo que su reactivación es pequeña cuantitativa y cualitativamente. La declaración contempla cinco casos de interpretación y el procedimiento es prolijo y de eficacia limitada. Las fases de solicitud de interpretación de la declaración son: a) La Oficina notifica la solicitud a las partes interesadas; b) La admisibilidad de la solicitud es encaminada por la Mesa de la Subcomisión del Consejo de Administración sobre las Empresas Multinacionales. Si hay unanimidad se adopta, si no se remite al Consejo de Administración; c) En caso de ser admitida, la Oficina prepara un Proyecto de respuesta en consulta con la mesa de la Subcomisión; d) Si la Subcomisión la aprueba la propuesta se eleva al Consejo de Administración para su aprobación a efectos de decisión. Si la

Subcomisión no la aprueba no habrá lugar a interpretación; e) Una vez aprobada por el Consejo de Administración se enviará a las partes interesadas.

Reiteramos que la Declaración, en su contenido, presenta algunas deficiencias operativas, ya que su razón de ser tiene más carácter doctrinal que estrictamente judicial. Bascula entre aspectos técnicos y de fondo, interpretados desde la equidistancia y buscando un equilibrio sustentado en visiones formales, más que desde la corrección de situaciones asimétricas y profundamente desiguales. Expresa una tendencia a lo preventivo que, evidentemente, no soluciona el caso concreto. La contractualización de la Declaración Internacional no puede desarrollarse desde bilateralidades inexistentes en el plano real.

➤ **Directrices de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) para Empresas Multinacionales.**

Para efectos ilustrativos resulta oportuno mencionar cuáles son los países que integran la OCDE, ellos son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajo, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía. Nació bajo la denominación de Organización para la Cooperación Económica Europea y con la finalidad de organizar el Plan Marshall, finalizada la segunda guerra mundial, para la reconstrucción Europea. Tiene su sede en París y cuenta con treinta países miembros.

Las Directrices de la OCDE comparten algunas falencias con la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social. En primer término, presenta debilidades con relación a las fortalezas del Derecho Comercial

Global, puesto que no representa un contrapeso efectivo frente a los derechos de las empresas multinacionales. No obstante, desde una perspectiva social y jurídica contiene una serie de parámetros técnicos, como las denuncias directas contra las empresas multinacionales ante los Puntos Nacionales de Contacto, que pueden generar condiciones favorables para la gestión social y la acción sindical.

Los objetivos de la OCDE reflejan su adhesión a los lineamientos ideológicos neoliberales, los cuales marcan sus pautas de comportamiento. Se destacan, entre ellos, expandir el libre comercio, el fortalecimiento del mercado y generar desarrollo económico a lo largo y ancho del planeta. Los acuerdos políticos y económicos logrados en su seno tienen plena eficacia y los marcos normativos y reglas adoptadas se acatan por los estados miembros, generando, además, un ambiente positivo para unificar criterios que confluyan con las decisiones tomadas en el seno del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el G8 y la OMC. Esta organización transforma sus resoluciones en reglas universales asumidas directa o indirectamente por los países no miembros y empobrecidos, en condiciones de subordinación y, en el evento, de incumplimiento, serían objeto de marginación de los mecanismos económicos capitalistas, de allí que sus disposiciones y decisiones formen parte del elenco informal, pero intensamente regulador y plenamente eficaz del Derecho Comercial Global.

Como muestra de lo anterior, podemos señalar que la Declaración sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales, de la que forman parte las Directrices de la OCDE, expresa la fortaleza de los derechos de las empresas multinacionales, reflejados normativamente en el principio de trato nacional, en los instrumentos de incentivos y

desincentivos sobre la inversión directa y en los sistemas de solución de conflictos, mientras las obligaciones se reflejan en las meras recomendaciones de los gobiernos de la OCDE a las multinacionales articuladas en torno a las Directrices emitidas bajo principios y normas voluntarias (ARAGON y ROCHA, 2004, Pág. 43)<sup>cdlxxvii</sup>

**CAPITULO TERCERO**

**EFFECTOS JURIDICOS DE LA EXTERNALIZACIÓN EN LAS  
RELACIONES DE TRABAJO**

**EFFECTOS JURÍDICOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LAS**  
**RELACIONES DE TRABAJO**

El tema central de nuestra investigación doctoral, lo constituye, sin lugar a dudas, los efectos que se derivan de la implementación de las nuevas formas organizativas de la producción, a través de la externalización laboral o descentralización productiva. En principio, cabe afirmar que la misma está causando una deconstrucción de los tipos sociales manejados por el Derecho del Trabajo, como prototipos normativos de los sujetos de las relaciones jurídicas laborales, puesto que la descentralización productiva deconstruye el paradigma normativo del empresario y, por derivación, de la organización de medios de la que es titular: la empresa.

Además, tales efectos deconstructivos alcanzan el paradigma normativo del trabajador, considerado no solo como parte de una relación obligatoria, sino, también, como miembro de un grupo que agrega intereses comunes. Esta doble ruptura de los paradigmas normativos reconducen, en mayor o menor grado, todas las consecuencias desorganizativas de la descentralización productiva sobre las estructuras básicas del Derecho del Trabajo, resultando **en la quiebra de las nociones de empleador y trabajador**, a los cuales aludiremos seguidamente.

Paralelamente, abordaremos las consecuencias que subyacen sobre las relaciones individuales de trabajo en general y de las relaciones colectivas, haciendo énfasis en las instituciones esenciales de ambas subdivisiones del ordenamiento jurídico laboral y, finalmente, aportando una visión crítica en torno a la vigencia de los derechos

fundamentales individuales del trabajador y de aquellos que expresan una naturaleza colectiva.

## **SECCIÓN PRIMERA**

### **1. EFECTOS JURÍDICOS EN LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO.**

La externalización laboral o descentralización productiva incide en diversos aspectos de las relaciones individuales de trabajo. Se proyecta en la configuración misma de éstas, así como en la vigencia de los postulados principales que informan el Derecho del Trabajo. En este apartado de nuestra investigación, examinaremos las consecuencias de la descentralización productiva sobre la figura del empleador y el estatuto jurídico del trabajador; haremos un análisis de la vigencia y eficacia de los principios generales del derecho del trabajo, dentro del esquema productivo planteado, así como su influencia en la estabilidad de los sujetos (trabajadores) que conforman las relaciones laborales. Adicionalmente, describiremos los efectos que se producen en la misma estructura del contrato de trabajo, para concluir en una reflexión crítica en torno a la vigencia de los derechos fundamentales en la esfera de la descentralización productiva o externalización laboral.

#### **1.1 La Deconstrucción de la Noción de Empleador.**

El Derecho del Trabajo, tanto en su teoría como en su práctica, ha tenido como permanentes compañeros, por un lado, **la bilateralidad del contrato de trabajo**, expresión ésta que integra dos aspectos básicos: por un lado, el número de partes y las

obligaciones que aquél negocio jurídico crea, en adición a la estructura de las mismas; y, por el otro, la comparecencia de dos únicas partes en el proceso de formación del contrato de trabajo, cuyo concurso de voluntades perfecciona una relación jurídica obligatoria, **constituye una máxima de experiencia**, un dato perteneciente a la fenomenología jurídica, que traduce la **forma socialmente típica** de prestar un trabajo por cuenta ajena y dependiente. Al margen de toda discusión, tales aspectos han sido incorporados en los diversos ordenamientos jurídicos para determinar las posiciones jurídicas, activas y pasivas, de empleador y trabajador, sus prestaciones y contraprestaciones, sus derechos y deberes, sus facultades y responsabilidades y, por ende, deducir las oportunas consecuencias jurídicas.

Desde la perspectiva del empleador, los efectos se proyectan reconociéndole a éste la *utilitas* del trabajo por cuenta ajena y dependiente y, en tal virtud, el ejercicio de forma no compartida de los poderes de dirección, disciplinario y de control del proceso productivo, derivado de **una titularidad contractual** tampoco compartida, la cual tienen como contrapartida lógica el hecho de que el empleador es el único centro de imputación de responsabilidades. La simbiótica asociación existente entre contratante, a título de empleador, y el ejercicio real y efectivo de los poderes derivados de dicho título, a más de ser un principio dogmático, resulta en una regla de orden público consagrada, de manera tradicional, por los diversos ordenamientos jurídicos. La ruptura o el desplazamiento o transferencia a sujeto distinto de quien concierne la relación laboral, de la posición de empleador, ha quedado fuera del tráfico jurídico, siendo consideradas o equiparables, en muchos casos, a maniobras o maquinaciones fraudulentas, con el fin de evadir los derechos de los trabajadores, introduciendo, como reacción, mecanismos

tendientes a deshacer esa fórmula interpositoria y a restaurar el efecto jurídico derivado de la bilateralidad del vínculo contractual.

**El impacto de la descentralización productiva sobre la noción de empleador se proyecta dejando al margen de la tutela a un conglomerado de trabajadores considerados los más vulnerables, en especial, aquellos dedicados a labores como las de limpieza, vigilancia, seguridad, vinculados a empresas a menudo descapitalizadas y los que brindan sus servicios a las empresas de trabajo temporal, situaciones que más han contribuido, en el doble terreno dogmático y normativo, a poner en crisis el estatuto clásico de la figura del empleador.**

Lo cierto es que la descentralización productiva, al **multiplicar los centros de imputación de cargas y responsabilidades** y al **diversificar los poderes de organización**, han desorganizado el esquema tradicional de la figura del empleador. En el modelo clásico de relaciones laborales, en el que el empleador controla el entero ciclo productivo y, en consecuencia, la fuerza de trabajo necesaria para producir el bien o prestar el servicio, no resulta difícil conocer ni la identidad ni la ubicación del titular de los derechos y deberes generados del contrato de trabajo.

Por el contrario, en el sistema actual, derivado de la globalización, **el empresario tiende a difuminarse o a perder la transparencia** que el principio de seguridad jurídica exige; a disolverse en una red de telaraña cuyo efecto social más inmediato es el acrecentamiento de la posición de fuerza de las empresas ubicadas en el epicentro de la red sobre el mercado de trabajo globalizado.

➤ **Otros efectos aplicables al empleador.**

- La descentralización productiva ha sido **altamente beneficiosa para el sector de empleadores**, puesto que les ha permitido sobrevivir en los periodos de grandes convulsiones económicas y enfrentar el desafío de la competitividad en la esfera de la mundialización, aunque, durante el proceso un alto número de empresas cerraron sus puertas, dejando una secuela de perjuicios y desocupados.
- Indudablemente, el proceso descentralizador viabilizó el ajuste de las planillas de trabajadores en función de la curva de actividades de la empresa.
- Les ha permitido desprenderse del costo y de las responsabilidades laborales de una parte de su personal.
- Les ha permitido concentrar su atención y sus recursos financieros en el foco de lo que interesa a la empresa

1.2 **La Deconstrucción del Estatuto Jurídico del Trabajador.**

La descentralización productiva o externalización laboral ha lesionado gravemente el presupuesto de uniformidad del estatuto jurídico de los trabajadores al servicio de un mismo empleador, dando paso a la diversidad, entendida ésta no solo en función de una pluralidad alimentada por los variados incentivos dirigidos a poner a disposición del empleador mayores márgenes de flexibilidad y libertad en la organización del trabajo, sino más bien equivale a sinónimo de **diferenciación y segmentación**; de un tratamiento que estratifica a los trabajadores de la empresa-red, en función de la calidad de su empleo o de sus condiciones de trabajo, la cual ya no se mide basándose en los criterios

tradicionales de habilidades profesionales, experiencia del trabajador o los resultados económicos de la empresa.

Los parámetros de referencia que definen el estatuto jurídico del trabajador, ahora, pueden ser otros, como el **valor añadido del trabajo al producto final** y, en especial, la posición del propio trabajador en la empresa-red: a mayor lejanía del epicentro, las condiciones de trabajo tienden a degradarse. Este efecto, constituye uno de los más negativos, de los derivados de las nuevas formas de organización de la empresa, representando una especie de invalidación social en la que aparecen grupos y colectivos sociales que ni siquiera se prestan a la explotación, debido a su convicción de que no poseen competencias que puedan transformarse en valores sociales. El empobrecimiento de la población en edad activa, el crecimiento del desempleo, el ascenso de las tasas de siniestralidad laboral y la explosión de las tasas de precariedad laboral, entrelazadas con **un uso recurrente de fórmulas de trabajo a tiempo parcial** que multiplican la situación de precariedad, aportan elementos explicativos de lo expuesto.

En la esfera de la descentralización productiva, **aun siendo no patológica**, se generan efectos nocivos para los trabajadores, puesto que cuando se produce una fragmentación de la empresa, se afectan sus salarios, la jornada de trabajo ordinaria puede convertirse en variable y la forma de prestar el servicio convertirse en intermitente, al estar condicionada por el ritmo de las restantes empresas que integran el proceso productivo, o de las variaciones de la demanda, ya que se recurre a este tipo de organización para evitar tener personal ocioso cuando la demanda decrece, o pagar salarios por jornadas extraordinarias cuando se incrementa. Tratándose de **la descentralización patológica** el escenario es mucho más gravoso, para el operario,

debido a que en función de la obtención de un mayor lucro sin reinvertir, el empleador incumple la normativa laboral, éste traslada a aquél las responsabilidades por los aportes de la seguridad social, le obliga a asumir riesgos sin la contrapartida de la participación en las utilidades y decisiones y, como corolario, elude la acción sindical.

Por otro lado, se ha señalado que existe una relación de causa a efecto entre el desarrollo y consolidación de las nuevas formas de organización del trabajo y el desarrollo de las tecnologías. Sin embargo, (CRUZ VILLALON, 2000, pág. 257)<sup>cdlxxviii</sup> sostiene que “la extensión de los fenómenos de exteriorización es el resultado de la universalización de las nuevas tecnologías de la informática y de la comunicación”. Este renovado tecnocentrismo que vincula la expansión de la descentralización y la ruptura del paradigma clásico de empresa a los avances tecnológicos configura una visión reduccionista de una realidad más compleja, ya que las transformaciones organizativas no son consecuencia mecánica de los cambios tecnológicos, pues aquellas se produjeron independientemente de éstos como respuesta a la necesidad de afrontar un entorno operativo del proceso productivo en evolución constante.

Este escenario, ha propiciado la empresa sustentada, entre otros factores, en el ahorro de mano de obra mediante el recurso al **empleo masivo de trabajo subcontratado** prestado en condiciones de precariedad laboral y salarial. La descentralización productiva y las modalidades que genera están en la base de la expansión y difusión de las distintas formas de contratación temporal y de tiempo parcial, contexto en el cual se explica que aquella haya resultado, en ocasiones, **sinónimo de degradación y deterioro de las**

**condiciones de trabajo**, enjuiciadas no sólo en términos salariales sino en calidad del trabajo y protección social.

El masivo recurso de las empresas colaboradoras y auxiliares de la principal a las modalidades de contratación temporal, el establecimiento de bajas condiciones de trabajo a sectores completos de trabajadores que funcionan en régimen de descentralización, procedentes, en ocasiones, de la empresa principal y que quedan marginados de la normativa laboral, o la introducción, vía convenio colectivo, de condiciones de trabajo distintas y menos favorables para los trabajadores que se incorporan a empresas con posterioridad a los procesos de filialización adoptados, constituyen hoy prácticas habituales de las estrategias descentralizadoras del sistema de relaciones laborales.

### 1.3 **Reformulación del término “Intermediario”.**

En párrafos precedentes, aludimos a la relación directa que caracterizó, en su momento, la prestación de servicios en situación de dependencia en el sistema tradicional de relaciones laborales, mediatizada eventualmente por los cuadros intermedios representantes del empleador. La figura del intermediario despertaba desconfianza y, generalmente se prohibía su utilización, es decir, existía una conexión directa entre trabajador y empleador, concibiéndose aquél como un tercero que lucraba, simplemente por el hecho de suministrar trabajadores a un empleador, constituyendo tales acciones una renta parasitaria, sin desarrollar ninguna función productiva. La intermediación descrita configuró el denominado “marchandage”, concebido como una lacra en la contratación laboral.

Las nuevas formas de contratación, producto de la externalización laboral o descentralización productiva, y la intermediación, surgen como novedosas expresiones en el ciclo productivo. El ánimo y resultado lucrativo del tercero deja de ser una renta parasitaria, para convertirse en la retribución, muchas veces legítima, de una agencia especializada en el suministro de determinados bienes o servicios y que responden a una estrategia empresarial singular y focalizada. Los subcontratistas e intermediarios ya no son siempre pequeñas empresas dependientes de la empresa cliente, ya que se transforman en verdaderos emporios transnacionales de la gestión empresarial.

Todo lo expuesto, genera una fractura en el tradicional contrato de trabajo que vincula al empresario principal directamente con sus trabajadores, trastocando la concepción binaria sobre la cual reposa nuestra disciplina y, a la vez, ocasionando la crisis del modelo anterior frente a las nuevas formas de contratación que impulsa la descentralización productiva.

#### **1.4 Vigencia de los Principios Generales del Derecho del Trabajo.**

Abordar el tema de la vigencia de una norma, en primera instancia, hace alusión a la obligatoriedad que los órganos estatales le atribuyen a las disposiciones de cada sistema jurídico. (GARCIA MAYNEZ, 2009, págs. 269-270)<sup>cdlxxxix</sup>, en ese sentido, afirma que los requisitos condicionantes de la vigencia son de “índole extrínseca, ya que no se refieren a la justicia o a la bondad de las normas, sino a las reglas de su proceso de creación y a su compatibilidad con otros preceptos del sistema”.

Según el referido autor, **los supuestos condicionantes de la vigencia**, son aquellos de orden lógico, axiológico y sociológico, y los enuncia de la siguiente manera:

- Si el derecho vigente es el del Estado o, en otros términos, el que los órganos del poder público consideran obligatorio por tener su origen en las fuentes formales de creación jurídica, resulta indiscutible que tal derecho presupone la existencia de la organización estatal y, por ende, de la sociedad políticamente organizada (...) detrás de su sistema normativo se hallan la sociedad regida por éste y la organización encargada de establecer, aplicar y, en caso necesario, hacer cumplir coactivamente los preceptos en vigor;
- La existencia de la organización que determina la forma de los procesos creadores y las condiciones y límites de la fuerza obligatoria de los preceptos jurídicos, indica, a su vez, que tal organización posee fuerza suficiente para asegurar la eficacia de esos preceptos, el desempeño de las funciones públicas y el logro de los fines que persigue.
- La vigencia atribuida a las normas por sus creadores y aplicadores o, lo que equivale lo mismo, su pretensión de validez, implica, por último, que no son consideradas como exigencias arbitrarias, sino como normas genuinas, a través de cuya observancia habrán de realizarse una serie de valores colectivos y, en primer término, los de justicia, seguridad y bien común.

Es indudable que los planteamientos del distinguido filósofo mexicano expresan la idea de que el derecho, más aun el sistema jurídico, como herramienta de convivencia social, no puede preciarse como tal sino conlleva la realización de valores, es ésta la esencia de lo jurídico, y la justicia uno de sus principales baluarte. El contenido axiológico define así, la configuración del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

La concreción del sistema de valores o, mejor dicho, la síntesis de los valores de un orden jurídico determinado encuentra su expresión jurídica en los **Principios Generales del Derecho**, los cuales se les ha definido como “las ideas fundamentales sobre la

organización jurídica de una comunidad, emanados de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora, interpretativa y supletoria de su total ordenamiento jurídico (ARCE Y FLORES-VALDEZ, 1990).

Se caracterizan – según refiere (GIORGI, 1995), citado por (METALLO, 2000, Ob. cit. Pág. 27) – “por su permanencia debida seguramente a que – aunque surgen del derecho positivo – recogen a través de ese filtro criterios emanados del derecho natural...”, puesto que son consustanciales con los derechos inherentes a la personalidad humana.

**DEMÓFILO DE BUEN**, citado por (DE BUEN, 1994, pág. 77) define la noción de Principios Generales del Derecho como “los inspiradores de un Derecho positivo en virtud de los cuales el juez podrá dar la solución que el mismo legislador daría si estuviera presente o habría establecido de prever el caso”; mientras que (DE LA CUEVA, 1969, Pág. 370) ve en los principios contenidos en el artículo 123 de la Constitución mexicana, los principios fundamentales del derecho del trabajo (...) que informan el derecho interno y el internacional y “representan, en realidad, la idea de justicia social”(DE BUEN, 1994, pág. 78)

**PODETTI** (<http://www.biblio.juridicas.unam.mx>), afirma respecto al tema que los principios generales del derecho tienen, además, una función integrativa “como instrumento técnico para calcular una laguna del ordenamiento; interpretativa, como un modo de subsumir el caso en un enunciado amplio que ayudan al intérprete a orientarse en la interpretación correcta, con adecuación a **los valores fundamentales**”

A manera de contribución al catálogo doctrinal expuesto, a nuestro juicio, los principios generales del derecho, en especial, los referidos a la esfera laboral, constituyen **directrices**, de contenido fundamentalmente axiológico, sustentadoras de la concreción o elaboración de normas *iuspositivas*, tanto de naturaleza legislativa como jurisprudencial, en asuntos específicos, relativos al derecho del trabajo. Se trata de postulados de superior jerarquía que dotan de legitimidad a las fórmulas legislativas y jurisprudenciales y condicionan la posibilidad de cumplimiento, esto es, la eficacia del orden jurídico en general, y del Derecho del Trabajo en particular.

Para (RECASENS SICHES, 2008, pág. 611)<sup>cdlxix</sup>, la estimativa jurídica aporta los principios fundamentales que deben garantizar **el bienestar general**, entendido éste como “la mayor cantidad posible de bienestar para el mayor número posible de individuos” y, además, incluye, bienes objetivos comunes como la paz, el orden social, el orden público, la prosperidad financiera del Estado, los cuales constituyen presupuestos para la eficacia o mejor realización de los intereses de todos, a través de una fórmula armonizadora, sustentada en la jerarquía de los valores.

La doctrina mayoritaria comparte el criterio que concibe a la justicia como uno de los principales atributos que deben poseer las instituciones sociales, entre éstas el sistema jurídico como garante de la convivencia y de la paz social, a tal extremo que, como señala (RAWLS, 2006, pág. 20)<sup>cdlxxx</sup> “no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas y abolidas”. Los principios generales del derecho del trabajo deben responder al contenido de los apotegmas enunciados, toda vez que van dirigidos a lo que él denomina “**la estructura**

**básica de la sociedad**”, la cual es concebida por este autor como “el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la distribución de las ventajas provenientes de la cooperación social”, identificando a las constituciones políticas y a las principales disposiciones económicas y sociales como aquellas grandes instituciones vigentes en la sociedad.

**Los Principios Generales del Derecho del Trabajo** ha sido materia constante de la filosofía y propósitos que animan la labor de la Organización Internacional del Trabajo. La justicia social, como principio cardinal de la actividad de la OIT, lleva implícita la idea de la igualdad de derechos para todas las personas y la posibilidad para todos los seres humanos, sin distinción, de beneficiarse del progreso económico y social en todo el mundo. El principio enunciado pretende ser garante de derechos, de la voz y dignidad de mujeres y hombres trabajadores, así como de la autonomía económica, social y política.

Lo cierto es que más allá de la superada ingenuidad racionalista, mediante la cual se pretendía que todas las situaciones estuvieran subsumibles en las disposiciones legislativas, surgen los principios generales del derecho, los cuales constituyen principios superiores de justicia radicados fuera del derecho positivo y a los cuales éste trata de darles encarnación en una circunstancia histórica concreta determinada.

En la actualidad se cuestiona la vigencia de los principios generales del derecho del trabajo en las estructuras derivadas de la externalización laboral, sustentada en argumentos que, por un lado, preconizan la obsolescencia de los mismos, y, por el otro, su inaplicabilidad a los tiempos modernos.

Sostienen (BUENO MAGANO, 1989)<sup>cdlxxxii</sup> que no es justificable en esta etapa de la evolución del derecho del trabajo, mantener estructuras tuitivas, puesto que la autonomía colectiva ha eliminado tal necesidad. Frente a tales argumentos (PLA RODRIGUEZ L. , 1998, págs. 73-74) advierte el riesgo de adoptar doctrinas importadas de regiones “ultradesarrolladas” a la América Latina que no posee el grado de adelanto y, además, agrega, aún en esos países desarrollados existen sectores en donde la actividad sindical no ha logrado equilibrar las fuerzas respecto a la parte empleadora.

La fuerza vinculante de los principios del derecho del trabajo, derivada de su vigencia, también ha sido descalificada, en atención al modelo para el cual surgió, ya que estuvo dirigido al modelo taylorista-fordista de producción, caracterizado por la concentración de la mano de obra en una empresa (unidad de espacio), un solo trabajo profesionalmente definido (unidad de acción) y un trabajo continuado en la unidad cronológica (unidad de tiempo); en consecuencia no es aplicable a la organización descentralizada de la producción, sin embargo, riposta (PLA RODRIGUEZ, 2000, Ob. cit. Pág. 58-60), que por la generalidad y elasticidad de los principios, ellos resultan aplicables a cualquier modalidad de organización productiva y, en tal contexto, debe protegerse la dignidad de la persona del trabajador, toda vez que, como se sostuvo con anterioridad, el trabajo no debe ser concebido como una mercancía.

Una vez descrito los lineamientos básicos del concepto, procederemos a analizar la proyección de los principios generales del derecho del trabajo dentro del contexto de la descentralización productiva, a fin de determinar el **grado de vigencia y eficacia** a lo interno de tales estructuras contractuales.

### 1.5 Vigencia de los Principios Generales del Derecho del Trabajo en la Estructura de la Externalización Laboral.

(METALLO, 2000, Pág. 26)<sup>cdlxxxiii</sup>, resume las características generales de la descentralización productiva, bajo tres planteamientos, a saber:

- 1) La descentralización productiva puede derivar parte del ciclo productivo hacia **empresas o personas** con autonomía **real o aparente**;
- 2) Que la parte del ciclo productivo que se deriva puede referirse a actividades **periféricas o nucleares**.
- 3) Que la descentralización puede ocurrir a nivel **nacional, regional o mundial**.

Trata de los eventuales **efectos** que se producen con la implementación de la figura y, en tal sentido, afirma que:

“(...) suele producirse un deterioro en la situación del trabajador que puede ir desde la exclusión total del derecho laboral hasta una disminución de su protección por realizar su trabajo a domicilio o en locales pequeños hasta donde no llega el respaldo sindical y donde resulta infructuoso el control aún de las elementales normas de seguridad e higiene.”

Frente al escenario descrito, la autora argumenta que **los principios del derecho del trabajo** pueden constituir “**una herramienta efectiva** para ayudar a los tribunales a establecer, si se está ante una relación laboral o autónoma; o a determinar quién o quiénes son los verdaderos empleadores dentro del conjunto de empresas impersonales y dispersas...”, que definan el régimen de responsabilidad de las acreencias laborales.

### 1.5.1 Relacionada con el Principio Protector.

Tal y como argumentamos en líneas precedentes, un sector de la doctrina, **BUENO MAGANO**, citado por (**METALLO**, 2000, Pág. 26), ha insistido en la innecesaria aplicación de los principios generales del derecho del trabajo, sustentándose, entre otros argumentos, en los siguientes:

1. Consideran que en los tiempos actuales no se justifica ninguna norma tuitiva, por el auge de la autonomía colectiva;
2. Sostienen que tales principios no son aplicables a la descentralización productiva, ya que su configuración respondía al modelo de producción taylorista – fordista, en el cual concurrían, “la **triple unidad de espacio** (el trabajo en una empresa determinada), de **acción** (un solo trabajo profesionalmente definido) y de **tiempo** (un trabajo continuado en la unidad cronológica”

Frente a tales posturas, reafirmamos la tesis de que nos es dable la transposición de teorías nacidas en escenarios propios de “países ultra desarrollados a regiones de América Latina”, puesto que ni aún en tales modelos económicos la autonomía colectiva ha alcanzado nivelar la correlación de fuerzas respecto a la parte empleadora.

(**METALLO**, 2000, Pág. 26), afirma, en similar línea argumentativa, que dada la generalidad de los principios “tienen suficiente elasticidad para ser aplicados a las más variadas formas de organización productiva”. Acorde con esta opción doctrinal, (**CALDERA**, 1989, Pág. 50)<sup>cdlxxxiv</sup>, sostuvo que “(...) que en el siglo XXI, **hay que volver a los principios inspiradores de nuestra disciplina**”, criterio objetado por la autora, toda vez que, según dice, “...no se trata de volver a ellos, sino de seguir aplicándolos por todos los operadores jurídicos **para encauzar las figuras atípicas que**

estudiamos, llenando los vacíos legales y eventualmente, inspirando al legislador soluciones que permitan extender la protección a los sectores que van quedando marginados”.

El Principio Protector, acepta la mayoría de la doctrina, ha surgido para nivelar las desigualdades económicas entre el capital y el trabajo, aplicando, en correlación, un trato desigual jurídico a éstos, accionando operativamente a través de sus tres conocidas reglas: la regla indubio pro operario, la de la norma más favorable y la de la condición más beneficiosa, a las que (METALLO, 2000, Pág. 28)<sup>cdlxxxv</sup> le agrega una cuarta: **la regla de la disponibilidad de la prueba.**

La evidente asimetría originaria del contrato y, en consecuencia, de la relación de trabajo ha sido una constante en el camino del derecho del trabajo, de allí la incorporación y mantención, en la estructura de un número plural de ordenamientos jurídico laborales, de aquél postulado tuitivo como pilar fundamental inspirador de todo el sistema de relaciones laborales.

El principio protector, tal y como hemos sostenido en párrafos precedentes, nace como una fórmula jurídica niveladora, en ocasión de las desigualdades económicas patentes entre capital y trabajo, aplicando un trato jurídico desigual a quienes económicamente son desiguales. Si esta es la esencia del mencionado principio, su derogación implicaría la desaparición de las causas que le dieron origen, esto es, tendríamos un escenario donde los actores sociales gozaran de las mismas prerrogativas socio económicas para la determinación de las condiciones de trabajo.

Evidentemente este escenario ideal no corresponde a la realidad actual, ya que por una parte, en el terreno de las relaciones individuales de trabajo, **existe un mayor desequilibrio entre empleador y trabajador**, debido, entre otras causas, a la desocupación de muchos trabajadores y, por la otra, en el ámbito de las relaciones colectivas, una notoria debilidad sindical.

En ese orden de ideas, (METALLO, Ídem) sostiene que:

“cuando se produce una fragmentación de la empresa aunque el trabajador no pierda la condición de tal, ve afectado su salario, la jornada puede convertirse en variable y la forma de trabajo volverse intermitente, al depender del ritmo de las restantes empresas que intervienen en el proceso productivo, o de las variaciones en la demanda, ya que se recurre a este tipo de organización para evitar tener personal ocioso cuando la demanda es baja, o pagar horas extras cuando aumente”

Lo anterior ocurre, en el contexto ordinario, donde la estrategia empresarial, dentro de los márgenes legales, tiende a lograr sus objetivos económicos, sin la intención velada o manifiesta de eludir las responsabilidades laborales. Resulta mucho más grave aún la hipótesis de la descentralización o externalización productiva patológica, en la que el empleador *ex profeso* busca aumentar sus ganancias a costa del incumplimiento de la normativa laboral en perjuicio individual y colectivo de los trabajadores.

Lo expuesto, sugiere, hoy más que nunca, la aplicación ineluctable del principio protector, el cual, ante los acontecimientos derivados de la externalización laboral, se convierte en la **norma directriz** que guía la aplicación e interpretación de la normativa laboral. La calidad de norma directriz permanece ínsita en el contenido del derecho del

trabajo, constituyendo una característica institucional de éste que surge desde sus orígenes con una vocación claramente tuitiva y compensadora. La norma laboral, insistimos, interviene para corregir las desigualdades materiales de las partes del contrato de trabajo, otorgando una protección a la más débil, el trabajador, y tal finalidad marca el contenido más destacado de aquella, protegiendo la persona del trabajador, del salario, del derecho al descanso y a la estabilidad en el empleo. Este carácter tuitivo se actualiza y adquiere plena vigencia y fundamento constitucional en la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho.

La añadida **cuarta regla del principio protector**, denominada “de la disponibilidad de la prueba”, ha sido descrita en los términos siguientes:

“La descentralización en pequeñas empresas vuelve más difícil la obtención de la prueba por la parte trabajadora, por lo que puede recurrirse a la regla de la disponibilidad del medio probatorio”

“La regla de la norma más favorable permitirá escoger la aplicable a trabajadores que prestan servicios en diferentes empresas descentralizadas, por ejemplo si hay un convenio colectivo de la empresa principal que ha enviado ese trabajador y en la empresa receptora está vigente un convenio menos favorable, o cuando el trabajador de una es enviado a otro país con normas menos favorables”

“En cuanto a los pseudoindependientes, se ha invocado este principio, para proteger al trabajador que logra probar su situación de subordinación jurídica, aunque se perfeccionan cada vez más los modos de encubrirla bajo formas contractuales de naturaleza civil, al advertir que es el elemento que toman en cuenta los tribunales para aplicar el derecho laboral”

Sobre el particular destacamos, por un lado, la función instrumental protectora del ordenamiento laboral, en la esfera de las relaciones laborales y, por el otro, su carácter de fuente limitativa de la explotación de la fuerza de trabajo. Tales características nutren, al

derecho del trabajo, en función de su finalidad tuitiva, de la sabia que coloca al ser humano en el centro del quehacer jurídico y, en consecuencia, le abren al trabajador opciones de realización personal y familiar, en tanto cuenta solamente con su energía física o mental para obtener la satisfacción de sus necesidades básicas.

En el ordenamiento jurídico laboral español, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido expresiva del contenido esencial de este principio. Así, mediante **Sentencia del Tribunal Constitucional, de marzo de 1983**, se puso de relieve la “disparidad originaria entre trabajador y empresarios”, considerando no sólo el aspecto socioeconómico desigual de las partes, sino también la posición subordinada y dependiente de aquél en la estructura de la relación jurídica que los une. Esta disparidad formal y material – según se desprende del precedente citado - entre empleador y trabajador, inspira al derecho del trabajo al establecimiento de medidas niveladoras, constituyéndose en un “ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales”. Finalmente, y a lo que nuestro interés alcanza, la jurisprudencia en análisis destaca **la esencia compensadora del derecho del trabajo**, como garante en la promoción de una igualdad real “que en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador, ya que lo contrario equivaldría, por cierto, a fomentar mediante el recurso de la igualdad formal una acrecentada desigualdad material, en perjuicio del trabajador”.

El principio protector, junto con las reglas que lo integran, debe constituirse en la guía que señale el camino a seguir, en la búsqueda de las soluciones que planteen los diversos problemas jurídicos que provoca la externalización laboral o la descentralización

productiva. Como ejemplo de su vigencia y consecuente aplicación, traemos a colación las iniciativas normativas que se han generado en el hermano país de Uruguay, cuya fuente se inspira en el principio protector: las disposiciones que establecieron la responsabilidad subsidiaria de quien utiliza subcontratistas, con tal generalidad, que cuando desaparecen éstos, al vencer el plazo del contrato, dejan al personal sin posibilidad de cobro; las normas sobre igualdad de salarios de los trabajadores enviados al registro del Servicio Nacional de Empleo con relación al que percibían en la empresa de origen; la descentralización en pequeñas empresas vuelve más difícil la obtención de la prueba por la parte trabajadora, por lo que puede recurrirse a la regla de la disponibilidad del medio probatorio; la regla de la norma más favorable permitiría seleccionar la aplicable a trabajadores que prestan sus servicios en diversas empresas descentralizadas, por ejemplo, en caso de que un trabajador sea enviado por la empresa principal a otra en la que subsista una convención colectiva menos favorable, o cuando el trabajador de una es enviado a otro país con normas menos favorables.

#### 1.5.2 Relacionada con el Principio de Primacía de la Realidad.

El principio de primacía de la realidad **privilegia el aspecto material** sobre el formal, de tal manera que frente a lo que ocurre en la realidad no podrá oponerse documentación en contrario. En lo concreto, este principio coadyuvará a elucidar la legitimidad de las fragmentaciones del proceso productivo, o sea si se trata de una real estrategia empresarial o si se trata de un recurso ilegítimo para competir deslealmente.

Este principio cobra vital importancia para examinar la personería laboral del empleador que no tiene por qué encuadrarse en los modelos de corte civilista o mercantil, ya que siendo la persona moral una creación jurídica, cada rama autónoma del derecho puede adecuarla a las características que hicieron posible su surgimiento. Los indicios de la realidad permitirán apreciar si la descentralización se ha realizado con verdaderas empresas autónomas o independientes; si existe un conjunto económico, o si hay una intermediación tratándose de un supuesto empleador que resulta empleado de otra empresa, siendo ésta la verdadera responsable frente al trabajador en cuestión. Adicionalmente, el principio en estudio reafirma la ineficacia de las disposiciones de otras disciplinas en las cuales prevalece el aspecto formal.

MAYER, citado por (METALLO, Ob. cit. Pág. 30)<sup>cdlxxxvi</sup>, refiere que en Alemania aunque los corredores de seguros y fleteros tienen, por presunción legal, la calidad de independientes, a menudo, los jueces examinan la realidad en aras de confirmar o dejar sin efecto dicha presunción.

### 1.5.3 Relacionada con el Principio de Irrenunciabilidad.

El principio de irrenunciabilidad parte de la premisa de que existen derechos y garantías laborales que no pueden ser desconocidas ni aún con el consentimiento del trabajador.

En materia de externalización laboral, la aplicación de este principio representa una gran utilidad práctica, puesto que en las hipótesis de contratación a un ex – empleado, para realizar las mismas labores pero bajo la forma contractual civil o comercial, sin que ésta le represente mayores beneficios ni menores riesgos al ex – trabajador, podría

inferirse una contratación fraudulenta que lleva implícita la renuncia de derechos básicos del trabajador, como la renuncia al salario y demás prestaciones derivadas de la relación de trabajo, lo cual, además, pugnaría contra el principio de continuidad, el cual pretende garantizar que se mantenga la fuente de trabajo, esto es, que subsista la relación de trabajo en el tiempo.

(MAYER, 1999, Pág. 85-87)<sup>cdlxxxvii</sup>, al respecto, sostiene que:

“Si se comprueba que el trabajador tenía voluntad de asumir riesgos para obtener mayores beneficios, ofreciendo sus servicios a otras empresas, o si aun trabajando sólo para su ex –empleadora obtiene ganancias que justifican su decisión de renunciar al trabajo, estaríamos ante un contrato válido. Si sucede lo contrario, y sus ingresos aparecen como salario encubierto o son exiguos en relación a la asunción de riesgos, habría una presunción de que el trabajo no es autónomo, porque al fin y al cabo, el riesgo de más frágiles ingresos es originado por el comitente que no le da la chance de un desarrollo libre en el mercado, al mantenerlo bajo reserva de exclusividad”

Otra aplicación del principio guarda relación con la declaración de nulidad a las renunciaciones de partes del salario, o la limitación de la jornada, descanso semanal, etc., cuando pasa a trabajar a una empresa periférica.

#### 1.5.4 Relacionada con el Principio de Continuidad.

La esencia de este principio radica en ser garante de que la fuente de trabajo se conserve en determinadas circunstancias. La aplicación del principio en la esfera de la descentralización o externalización productiva, a través de la subcontratación resulta compatible con la esencia misma de esta modalidad contractual toda vez que la especialización del subcontratista implica una relación permanente y exclusiva con la

empresa principal, aspecto que garantiza la continuidad de la relación de trabajo, aunque la actividad del subcontratista sea intermitente.

#### 1.5.5 Relacionada con el Principio de la Razonabilidad.

La razonabilidad como fundamento de este principio lleva ínsita la idea del correcto entendimiento humano, de lo lógico, del apego a la razón y a la experiencia, como herramientas de soluciones justas. En las situaciones de externalización productiva o laboral, como en el caso del ex – trabajador, el principio se combina con los otros señalados, en especial con el de primacía de la realidad, en función de determinar si las nuevas condiciones justifican razonablemente su decisión de renunciar a una relación de trabajo dependiente.

El criterio de la razonabilidad opera, generalmente, **con carácter supletorio** con relación a los demás principios y básicamente desempeña dos roles:

- **Sentido Lógico**, el cual tienen como fundamento la hipótesis del accionar del hombre conforme lo prescribe la razón, enmarcado en ciertos patrones conductuales que, por ser lógicos, son los que corrientemente se prefieren.
  
- **Cauce de ciertas facultades**, debido a que la amplitud concedida, sobretodo en el supuesto cuando la relación coloca al trabajador bajo el poder de dirección del empleador y durante ciertos lapsos, puede conducir a prácticas arbitrarias.

**La primera de las funciones** descritas coincide con el contenido del principio de la sana crítica, el cual hace referencia al correcto entendimiento humano y de la lógica que permite al operador jurídico analizar la prueba con arreglo a la razón y a la experiencia de los hechos. Se vinculan con este principio los indicios y presunciones judiciales. En el caso planteado del ex - empleado tercerizado, este principio se integra con el de primacía de la realidad, en función de verificar si las nuevas condiciones justifican razonablemente su decisión de renunciar a una relación de trabajo dependiente.

**El segundo rol** se traduce en que la estructura descentralizadora debe ser hecha en forma razonable, de tal manera que, con tal propósito, se recomienda que la ley regule las pautas esenciales sobre las actividades que pueden descentralizarse. En ese mismo orden de ideas, el principio indica que la fragmentación de la empresa no debe implicar abuso del jus variandi respecto al personal, de lo contrario, éste podrá reclamar la indemnización por despido indirecto.

#### **1.5.6 Relacionada con el Principio de Buena Fe.**

En materia de externalización laboral la buena fe se materializa, desde la perspectiva del empleador, realizando éstas acciones que no conlleven renuncia de derechos ni expresen una autonomía simulada que evidencie una actuación de mala fe del empresario; y desde la perspectiva del trabajador, en la ampliación del radio obligacional de éste, pues se extiende su obligación de reserva o confidencialidad hasta la empresa principal.

### 1.6 Efectos relacionados con la Estabilidad en el Empleo.

La descentralización productiva o externalización laboral ha conllevado la pérdida del empleo, ya sea engrosando la larga lista de los desocupados, ya sea como titulares de las empresas unipersonales, las cuales se ven enfrentadas con todas las responsabilidades empresariales tanto del punto de vista tributario como de la contribución a la seguridad social. Si bien, la descentralización ha sido un instrumento para lograr acceso al empleo, lo cierto es que este objetivo se logra con un compromiso menor del empleador; no sólo paga menos sino que puede desprenderse del trabajador con mayor facilidad.

Una de las características que identifican la descentralización productiva está representada por la disgregación de la empresa o externalización del trabajo, fenómeno que produce **la pérdida de estabildades que inciden en la calidad del trabajo**, convirtiéndolo en inseguro y precario, sobre todo para aquellos trabajadores externalizados, destacándose la desigualdad entre éstos y aquellos situados en la esfera interna de subordinación empresarial, reservándose para éstos la protección del derecho del trabajo, mientras que los externos el trabajo resulta precario e inseguro. Esa tendencia aparentemente responde a **una nueva ideología del trabajo**, cuyo objetivo se encamina a alterar los tradicionales nexos de solidaridad en la contraposición capital – trabajo y promueve el desequilibrio entre trabajadores pertenecientes al mismo ciclo productivo, excluyendo de su tutela a una parcela de ellos o, en el mejor de los casos, disminuyendo las responsabilidades de la empresa principal frente a los derechos de tales trabajadores. Esa nueva ideología, inclusive, **se contrapone a las prácticas flexibilizadoras de la década de los ochenta**, las cuales promovían la vigencia del derecho del trabajo, pese a

la implementación de fórmulas que modificaron los supuestos de rigidez normativa. La descentralización productiva **trasciende ese umbral**, ya que al empleador externalizar el proceso productivo, **excluye al trabajador externo de la tutela del contrato de trabajo típico** reservada para los trabajadores internos. El ordenamiento jurídico frente a las modalidades descentralizadoras plantea una tutela debilitada hacia los trabajadores temporales de empresas externas, los asalariados dependientes de subcontratistas sin capitales, trabajadores autónomos, colocándolos en una zona gris e informal, configurando expresiones, como la subcontratación, del nexo entre la informalidad y la economía formal. En muchas regiones se consolida una política dualista que combinaba la contratación indefinida tradicional fuertemente protegida frente al despido, con la novedad contractual que permite realizar contratos temporales de fácil y muy barata terminación, optando los empresarios, ante estas dos vías, desde la perspectiva de la contención de costes y de la flexibilización de la gestión de los recursos humanos, por la nueva contratación temporal, con abandono casi completo del contrato por tiempo indefinido. Esta expansión de los contratos temporales, lejos de disminuir la tasa de desempleo, conlleva, entre otros efectos, la contracción del consumo, escasa cualificación de los trabajadores y pérdida de eficacia del sistema productivo y aumento de la siniestralidad laboral.

### **1.7 Efectos, en el empleo, de la Descentralización Productiva Planificada.**

(HERBERT&SILVERA, 2000, Pág. 61)<sup>cdlxxxviii</sup>, sostiene que cuando el proceso de descentralización es el resultado de una estrategia planificada, meditada y encuadrado en un proyecto de alianzas estratégicas, provoca transformaciones en la organización de

la producción e identificación de nuevas funciones y competencias. Esto ocasiona la **incorporación de mano de obra** para hacerle frente a la nueva organización productiva e, incluso, pasan a prestar servicios necesarios y especializados en ésta, desde el exterior, aquellos que no son absorbidos en tal unidad reformulada, aspecto que fortalece los vínculos entre las partes contratantes. Ese proceso, favorece la competitividad y estimula el abandono de la cultura del trabajo instrumental “trabajo porque me pagan” y se asumen colectivamente propósitos empresariales de la organización, en función de responder a las exigencias del mercado.

**1.8 Efectos, en el empleo, de la Descentralización Productiva fundada en bajar costos.**

Cuando la descentralización productiva tiende, básicamente, a obtener reducción de costos, los efectos inmediatos se traducen en pérdidas en los niveles de ingreso y beneficios laborales, pérdida de los beneficios de la Seguridad Social y progresivo deterioro en la calificación profesional ante la obligación de tener que cubrir varias funciones en diferentes sectores de actividad, sobre todo si el trabajador presta sus servicios en una empresa suministradora de mano de obra. Este tipo de descentralización propende a incrementar los niveles de informalidad y a precarizar las condiciones de trabajo. Generalmente, en esta modalidad de descentralización el empleador está fuera del ámbito material donde se presta el servicio, lo que dificulta el control en el uso de los equipos de seguridad suministrados. La existencia de un contratista diluye la responsabilidad, de allí que la empresa usuaria no sienta el mismo compromiso en vigilar el efectivo cumplimiento de las normas de seguridad. En este escenario, la autoridad

juega un papel decisivo en la eficacia de las normas cuyo destinatario es la empresa descentralizada, debido a que el otro agente que comparte la fiscalización, el sindicato, se ha visto notoriamente debilitado, a consecuencia de la propia descentralización, pese a compartir el mismo espacio locativo. Esto último ocurre porque al tener los trabajadores varios empleadores e ingresos y, además, tener la calidad de temporales, sometidos a un alto índice de rotatividad, impide que se genere un concepto de pertenencia, aspecto vital en la configuración de las relaciones colectivas.

A lo anterior, se agrega el hecho de la coexistencia de dos categorías de trabajadores: la de la empresa cliente y la de la empresa contratista. Estas dos categorías expresan su antagonismo y se conciben como competencia mutua, diluyendo las posibilidades de articular la conformación de una organización sindical.

Indudablemente, que las condiciones del empleo serán satisfactorias dependiendo del tipo de técnica utilizada en el proceso productivo, del nivel de desarrollo técnico del sector, de la política de supervisión y vigilancia que implemente la autoridad competente y de las condiciones que impongan las empresas usuarias a las empresas contratadas en el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad e higiene en el trabajo. La tercerización sería funcional en la medida que se lleve a cabo por razones de perfeccionamiento en su ciclo productivo, en consecuencia, la mano de obra a la que deben recurrir es calificada independientemente de quien sea el proveedor. Resulta necesario un proceso de mejora continua de la empresa usuaria que obligue a los proveedores a cumplir con todas las normas, puesto que - como afirman (ECHEVERRÍA & URIBE, 1998, Pág. 22)<sup>cdkxrn</sup> el objetivo de la calidad en lo central es incompatible con servicios accesorios de mala calidad. Cuando la mano de obra esté

más vinculada al producto central de la empresa tiende a mejorar las condiciones de trabajo; mientras que cuando la descentralización se fundamenta en bajar costos, no solo repercute en condiciones desfavorables para los trabajadores, sino que termina por perjudicar a la misma empresa, al disponer de mano de obra con baja o nula calificación y no vinculada al proceso productivo.

### **1.9 Efectos jurídicos de la externalización laboral en la Estructura de la Relación Individual de Trabajo.**

La estructura de la relación individual de trabajo permite, generalmente, la identificación de las partes que intervienen en el perfeccionamiento del contrato de trabajo, empleador y trabajador. No obstante, la descentralización productiva trae aparejada, al producirse la segmentación de las actividades del empleador, una atomización de la figura del empleador, generando la dificultad en su individualización e identificación, en especial, por parte del contratante y el que recibe los frutos del trabajo, proceso que se ejecuta en el terreno de diversas empresas y en donde confluyen trabajadores que ostentan disímiles categorías que contribuyen conjuntamente a la realización de un producto final determinado, con un empleador evanescente y diferentes esferas estatutarias aplicativas. Los efectos se proyectan al momento del ejercicio de las facultades o de los poderes empresariales, tanto de dirección como disciplinario, que deben ser objeto de reformulación y contextualización, atentos a la realidad que subyace en tales formas de prestación de servicios y a la convivencia de un sector laboral reducido, de carácter estable, vinculados por contratos de tiempo indefinido, con

vocación de continuidad, con otro grupo de trabajadores inestables, cuya dependencia se conecta con otras empresas diferentes a aquella a la cual le brinda el servicio efectivo.

En ese escenario descentralizado del ciclo productivo, se proyectan, además, signos discriminatorios, ya que se generan tratos diferenciales en el marco de un mismo esquema de producción que, sin perjuicio de los matices interpretativos, podrían colisionar con los principios de igualdad, tanto en el orden legal como constitucional. La externalización, según hemos anotado, privilegia la autonomía de la voluntad, propiciando el incremento de la semidependencia o el trabajo autónomo y, en última instancia, de las hipótesis fronterizas entre la dependencia y la autonomía propiamente dicha.

La descentralización productiva o externalización laboral, a través de algunas de sus modalidades, por ejemplo el teletrabajo, potencian determinadas obligaciones que revisten mayor trascendencia que en el trabajo dentro de la empresa, entre ellas, el deber de reserva o de confidencialidad, debido al acceso que tiene el teletrabajador, mediante las herramientas informáticas, a datos que ningún otro trabajador puede llegar a poseer, de tal manera que puede transformar, sustraer o difundir la información obtenida.

Otro efecto generado sobre la estructura de la relación de trabajo consiste en la pérdida de eficacia de diversas normas atentas al contenido de aquella, esto es, respecto a las obligaciones que deben cumplir los trabajadores y la sanción correlativa, en caso de incumplimiento. En el campo de la descentralización productiva, a través del teletrabajo, no parece factible sancionar ni despedir al trabajador con base a faltas de puntualidad o de asistencia, abandono temporal del puesto de trabajo o ausencia injustificada, salvo que

dichas faltas se refieran a la inobservancia de plazos para la entrega de trabajos. Similar efecto se produce respecto al poder disciplinario ante las violaciones de los deberes de convivencia, o sea ante aquellas obligaciones que presuponen la existencia de una colectividad: los insultos al público o a los compañeros de trabajo, las ofensas verbales o físicas, las faltas de respeto o malos tratos, las discusiones o peleas en el trabajo, etc., aunque puede ser posible que a través del correo electrónico o vía internet puedan tipificarse tales infracciones.

#### **1.10 Efectos jurídicos de la externalización laboral relacionados con la Seguridad Ocupacional.**

La externalización laboral o descentralización productiva conlleva repercusiones de gran trascendencia en las condiciones individuales de trabajo, unas de naturaleza positiva habida cuenta de las estrategias lícitas que plantee su implementación, esto es, cuando las mismas estén orientadas hacia el incremento de la productividad y la competitividad, precedido de un proceso meditado, planificado, y encuadrado dentro de una alianza estratégica, con participación activa de sus interlocutores más representativos, ello provoca transformaciones en la organización de la producción e identifica nuevas funciones y competencias. En ese orden de ideas, la externalización tendría efectos positivos en la medida que se trate del perfeccionamiento de un proceso y, en tal perspectiva, se recurre a mano de obra calificada independientemente de quien sea el proveedor, el cual debe cumplir con todas las normas y obligaciones laborales, aspectos compatibles con la calidad del servicio que se debe brindar a la sociedad.

En tal escenario, la externalización laboral propende a garantizar la absorción de mano de obra, aún en aquellos casos en que la nueva organización no tenga la capacidad de incorporar a todos los trabajadores, puesto que seguramente podrían pasar a prestar un servicio especializado desde el exterior de la unidad productiva reformulada. En esta hipótesis, los nexos generados entre los interesados, trabajadores, empleadores y organizaciones sociales, suelen ser sólidos, debido a que el servicio, objeto de la externalización, es necesario y especializado, produciéndose, en consecuencia, un cambio en la cultura del proceso productivo, asumiendo el trabajador una actitud comprometida con los propósitos de la organización y la empresa una actitud justa y solidaria con las expectativas de los trabajadores. Esto ocurre, si la externalización no mantiene como objetivo y fin único la reducción de costos.

La estructura de la externalización laboral, como se ha sostenido, implica la práctica de la relación de trabajo en el entorno de la empresa usuaria y ésta, en la medida que privilegie solamente la reducción de costos y desatienda la calidad, no mostrará ninguna preocupación por mantener buenas y estables condiciones de trabajo, ya que el empleador está fuera del escenario físico donde se llevan cabo las labores y, en consecuencia, no puede verificar de manera efectiva y constante, las condiciones de trabajo de sus dependientes. Por lo demás, la presencia de un tercero en la relación de trabajo (contratista o subcontratista) tiende a diluir la responsabilidad por contingencias laborales, relevándose la empresaria usuaria de la obligación de supervisar el cumplimiento efectivo de las normas de seguridad.

La descentralización productiva o externalización laboral conlleva afectaciones al deber de seguridad y a la prevención genérica de los infortunios laborales, ya que la fragmentación de la figura del empleador diluye el sistema de responsabilidad, generando incertidumbre, en cuanto a la asunción e implementación de las medidas para salvaguardar la integridad psicofísica de los trabajadores.

La externalización laboral genera la precarización y desplazamiento de un segmento importante de trabajadores, la gran mayoría de éstos, privilegiando a un selecto grupo, poseedores de la información y el conocimiento, que pasan a desempeñar un rol relevante en la empresa, colisionando con los intereses de esa gran masa de desplazados.

Con relación a **la estructura de las relaciones individuales** lo colectivo da paso a las particularidades y singularidades, renaciendo con ello la autonomía de la voluntad y produciéndose la reivindicación del derecho del trabajador a negociar de manera individual las condiciones de trabajo. El salario del trabajador aparece condicionado a los requerimientos de rendimiento, mejora en la productividad y resultados económicos de la organización productiva.

## **SECCIÓN SEGUNDA**

### **2. EFECTOS JURÍDICOS EN LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO.**

Durante el desarrollo de la presente investigación se han puesto de relieve los motores impulsores del fenómeno de la externalización laboral o descentralización productiva. Se

impulsa la desregulación del derecho individual de trabajo y, paralelamente, se implementan políticas descalificadoras de instituciones fundamentales del derecho colectivo de trabajo, como el derecho de huelga, la convención colectiva de trabajo o la participación en la empresa. La singularización de las relaciones de trabajo conlleva la ineficacia de las relaciones colectivas.

Según hemos planteado a lo largo de esta investigación, la regulación del contrato de trabajo, desde sus orígenes, perseguía proteger al trabajador individual frente al empleador, la parte más fuerte de la relación de trabajo, impidiéndose así que el trabajador negociara por sí mismo, individualmente, sus condiciones de trabajo. En este contexto, se sustrajo al trabajador individual y se le reubicó como sujeto colectivo, constituyendo la norma y los acuerdos colectivos el cuerpo fundamental para la regulación del contrato de trabajo, decayendo la individualidad a favor de la dimensión colectiva.

En la actualidad, producto de las nuevas formas de organización del proceso productivo, en especial, de la revisión de algunos de los fundamentos del derecho de trabajo, se rescata a la libertad individual, debilitando la dimensión colectiva, contrario a aquél fundamento clásico de esta disciplina y, en consecuencia, el papel del contrato de trabajo en la determinación del salario y en la fijación de las condiciones de trabajo se revaloriza, ampliando su espacio decisorio, debilitando, a su vez, la norma, abandonando espacios de intervención que antes eran objeto de tutela indisponible.

(ZAPIRAIN, 2000, pág. 450)<sup>cdxc</sup>, preconiza la vulneración de instituciones básicas del derecho colectivo, en particular, alude a **la pérdida de los rasgos esenciales del**

**convenio colectivo**, caracterizado, otrora, como un instrumento de equilibrio y de mejora en las condiciones de trabajo, como vía de progreso social y económico de la clase trabajadora; en cambio, hoy día tiende a contractualizarse y a constituirse, bajo la iniciativa del capital empresarial, en un mecanismo para disciplinar y controlar a la fuerza laboral.

Lo anterior, se agrava aún más, considerando que en el contexto de la descentralización productiva coexisten diversas categorías de trabajadores (los de la empresa usuaria con los de la empresa cliente) con intereses distintos, diversos y, muchas veces, opuestos, que promueven la competencia entre ellos mismos, obstaculizando la unidad de acción y de conciencia colectiva laboral, necesaria para crear una organización sindical.

El esquema de trabajo tradicional y su contexto proteccionista, forjado por la lucha y superación en contra de la concepción individualista propia de la ideología liberal decimonónica, caracterizado por la concentración de la mano de obra en grandes instalaciones, propiciaron la sindicalización y permitió enfrentar a la fuerza económica empresarial, la condición de asalariados daba sentido de pertenencia al grupo e identificaba los intereses comunes que no solo legitimaban sus acciones de lucha, sino que permitían la humanización y dignificación del trabajo. En síntesis, el derecho de huelga, de negociación colectiva y la acción sindical en general, tenían como propósito el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores. La descentralización productiva o externalización laboral, por el contrario, privilegia la reducción del asalariado estable, **afectando y debilitando a las organizaciones sindicales al**

**transformar la dinámica relacional de éstas con los trabajadores.** Adicionalmente, promueve y potencia la negociación colectiva en el ámbito de la empresa, reduciendo su esfera de aplicación, y produciendo una doble degradación del derecho colectivo: por un lado, se convierte en un mero regulador de las condiciones de trabajo y convierte a la empresa en el escenario exclusivo de negociación colectiva. El contenido de ésta se delimita por los aspectos vinculados al empleo y a la formación o capacitación profesional, desplazando a las cuestiones salariales.

## **2.1 Externalización Laboral o Descentralización Productiva y Libertad Sindical**

La libertad sindical constituye el derecho fundamental por antonomasia que consagran todos, o la gran mayoría, de los ordenamientos jurídicos laborales de nuestro tiempo en el ámbito del derecho colectivo de trabajo. La protección de la libertad sindical y su reconocimiento como derecho humano fundamental, desde mediados del siglo XX, ha sido una constante, tanto en el Derecho Internacional del Trabajo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como en los Derechos Laborales Locales. La conciencia jurídica universal de que la libertad sindical constituye un derecho humano fundamental se expresa a través de numerosos e importantes instrumentos jurídicos internacionales, tanto de carácter universal como regional. Entre los de alcance universal podemos mencionar: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los Convenios Internacionales del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, en especial, los siguientes: 87 (Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, 1948), 98 (Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de

Negociación Colectiva, 1949), 135 (Convenio relativo a la Protección y Facilidades que deben otorgarse a los Representantes de los Trabajadores en la Empresa, 1971), 141 (Convenio sobre las Organizaciones de Trabajadores Rurales, 1975), 151 (Convenio sobre la Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, 1978), y otros; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Derechos Fundamentales de 1998. En el ámbito regional, citamos la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos económicos, Sociales y Culturales, celebrado en San Salvador en 1988; la Declaración Socio Laboral del Mercosur de 1998.

## **2.2 Actos Antisindicales derivados de la Externalización Laboral.**

La normativa jurídica para salvaguardar el derecho fundamental de la libertad sindical integra el régimen de protección de las libertades o derechos fundamentales que conforman un todo del que forman parte todos los derechos fundamentales y libertades aplicables a todos los individuos, en su condición de seres humanos. Lo expresado configura un catálogo de caracteres que, en función proteccionista, debe cumplir el derecho, con el objetivo de evitar la conculcación de tales garantías esenciales, mediante la imposición de fórmulas sancionatorias compatibles con la naturaleza de derecho fundamental de las libertades anotadas, en especial, de la libertad sindical. En ese orden de ideas, la ecuación tradicional que concibe a la indemnización como consecuencia

principal de la comisión de un hecho o acto ilícito, debe ser reformulada tratándose de la represión de actos antisindicales, cuya función (indemnizatoria) debe operar con carácter complementario a la declaratoria de nulidad del acto, ya que, en esencia, el orden jurídico debe evitar la ocurrencia de tales actos y, una vez se concreten, reponer las cosas a su estatus anterior. E inclusive, se admite pacíficamente que la protección de un derecho humano fundamental, como lo es la libertad sindical, puede generar la limitación de otros derechos fundamentales, citándose, como ejemplo, la limitación del derecho de huelga cuando su ejercicio conlleve la lesión de otros derechos fundamentales como el derecho a la salud o a la vida. Este argumento cobra mayor importancia, considerando que los actos de descentralización productiva a menudo se conciben como formas de ejercicio del derecho de propiedad o de la libertad de empresa.

Para comprender, en su justa dimensión, algunos de los efectos perniciosos de la descentralización productiva, procederemos a analizar, siguiendo a (MANTERO, 2000, PÁGS. 472-475)<sup>cdxci</sup>, las consecuencias que ocasiona el desplazamiento físico del proceso productivo, incluido el ámbito internacional y la descentralización resultante de transformaciones jurídicas.

La **deslocalización del proceso productivo** conlleva en sí misma un grado importante de afectación a los trabajadores que laboran e interactúan cotidianamente en un mismo lugar, efectos que alcanzan al aspecto sindical ya que tal circunstancia entorpece, dificulta y hace nugatoria los intentos de organización y de actividades sindicales. Esa dispersión, concretada en la sustitución de la gran empresa por unidades pequeñas de estructura flexible, eventualmente separadas entre sí, responsables de

parcelas del proceso productivo, y en la aparición de nuevas expresiones del trabajo a domicilio o de trabajo a distancia, como el teletrabajo, conducen al ejercicio más efectivo del poder de dirección empresarial. La descentralización física de la producción, desplazada hacia otras áreas geográficas, incide notablemente en el desarrollo y consolidación de la organización sindical, ya que la dispersión de los trabajadores anula su espíritu de pertenencia al grupo y lo desliga del sentimiento de solidaridad frente a la problemática que afecta al grupo y, además, incide en la posibilidad de ejecutar acciones sindicales unitarias y representativas.

**La descentralización productiva de carácter transnacional** también genera efectos importantes en las actividades sindicales. Aquella se lleva a cabo reinstalando parte del ciclo productivo, que exige la utilización de más mano de obra, en otros países sin tradición sindical o en los que se fomenta la violación a esos derechos fundamentales laborales, lo cual constituye el medio más eficaz de acción antisindical. En este contexto, los países receptores de la actividad descentralizada tienden a desproteger la libertad sindical de sus trabajadores, en procura de atraer la radicación de la inversión de capital en su territorio; mientras que los Estados del que se retira la empresa tiendan a desproteger la libertad sindical de sus trabajadores para evitar el retiro de la organización. Ambas reacciones de las autoridades públicas merecen nuestra crítica, puesto que el resultado se materializa en la vulneración de otras libertades y al abandono de las formas democráticas de gobierno.

Las nuevas formas de organizar el trabajo, el avance de las ciencias de la tecnología y de la información y el fenómeno de la globalización viabilizan **las acciones**

**antisindicales de carácter internacional.** La transferencia de la empresa, o de parte de su proceso productivo, de un país a otro, se ve abaratada y facilitada en sus costos por las nuevas formas de organizar el trabajo y por la liberalización del comercio internacional exento de barreras a la movilidad del capital y de riesgos a la pérdida de mercados, lo cual es facilitado por los procesos de integración regional, garantes de que la empresa trasladada mantenga o amplíe su mercado, debido a la existencia de un mercado común u otra forma de integración comercial. La descentralización productiva de carácter internacional, como práctica antisindical, causó el cierre de numerosas empresas, lo que motivó, en el caso de la Comunidad Económica Europea, la emisión de la Directiva 77-187, del 14 de febrero de 1977, sobre la “aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores, en caso de traspaso de empresas de centros de actividad o de partes de centros de actividad”. Este instrumento reguló la protección de los derechos de los trabajadores en el evento de traspasos, cesiones o fusiones de empresas, transfiriendo los derechos y obligaciones del cedente al cesionario, de acuerdo con la Sección II, Artículo 3, numeral 1, del mencionado instrumento jurídico. Se previó, además, mantener, con el cesionario, las mismas condiciones previstas en el convenio colectivo celebrado con el cedente, hasta la fecha de su expiración, según la Sección II, Artículo 3, numeral 2, de la Directiva.

Otra de forma de descentralización productiva o externalización laboral que propicia acciones antisindicales se manifiestan a través de **la descentralización jurídica o formal**, en particular, mediante la modificación del nexo contractual que vincula a la empresa con los trabajadores, utilizando para ello, modalidades como la sustitución del

contrato de trabajo por contrato de obra, o de arrendamiento de servicios, el contrato de suministro de mano de obra temporal, la sustitución de trabajadores por empresas unipersonales, etc. Bajo esta modalidad descentralizadora, aunque los trabajadores permanecen laborando juntos, el ejercicio de la libertad sindical se dificulta debido a que éstos quedan sometidos a diferentes regímenes de trabajo, a diferentes empleadores, o presten sus servicios de forma autónoma o jurídicamente independiente. La descentralización jurídica puede revestir diversas manifestaciones: a través de **la modificación de la estructura societaria**, como la anexión de la empresa a un conjunto de sociedades; participación de la empresa en distintas sociedades con diferente personería o formas societarias, etc.

Las formas antisindicales que suelen asumir las expresiones de externalización laboral pueden consistir en anuncios de cierres totales o parciales de la empresa. Con relación al cierre parcial, este puede ser definitivo o temporal, dependiendo si las actividades del ciclo productivo correspondiente se dejan de realizar o son sustituidas por otras; o, si, las actividades respectivas cesan provisionalmente para ser reiniciadas mediante contrataciones con terceras personas, reales o ficticias, con trabajadores a domicilio, nuevas formas de contratación laboral o con la introducción de una nueva forma de organizar el proceso productivo. El cierre total, como acto antisindical, se manifiesta con la liquidación definitiva de la empresa y su posterior apertura bajo una distinta forma jurídica, o adoptando la fusión de empresas con personería jurídica diferente, o en distinto lugar geográfico. Evidentemente, la amenaza o el cierre de las empresas, constituye un acto que conlleva consecuencias negativas para los trabajadores,

puesto que condiciona la negociación colectiva e impide la constitución de organizaciones sindicales.

Otras manifestaciones de la descentralización productiva, en perjuicio de la libertad sindical, **se dirigen a restarle eficacia jurídica** a la negociación colectiva, promoviendo ésta en el ámbito de la empresa, en sustitución de la negociación por actividad y fragmentando la organización empresarial en unidades de producción tan pequeñas que ninguna de ellas tenga la cantidad necesaria de trabajadores para constituir una organización sindical eficaz.

La legislación de algunos países desarrollados<sup>cdxcii</sup> regula restricciones a las prácticas antisindicales, prohibiendo a los empleadores la realización de determinados actos que limiten la libertad sindical. Así, en Estados Unidos, la National Labor Relations Act, Sección 8 (a) (1), que señala expresamente que “Un empleador no puede interferir, restringir o coaccionar a sus empleados en el ejercicio de los derechos garantizados en la Sección 7, de la Ley”, y la Sección 8 (a) (3), prohíbe la discriminación de los trabajadores debido a que muestren inclinación o se opongan a determinada organización sindical o porque participen en actividades sindicales, tales como la huelga legal. Sobre el particular, (MANTERO, 2000, págs. 479-480)<sup>cdxciii</sup>, refiere parte de la exposición de motivos de la National Labor Relations Act, legislación que, según este autor, fundamenta la limitación del derecho de propiedad del empresario y la protección de la sindicalización en la defensa del libre comercio. Adicionalmente, afirma que la jurisprudencia y las prácticas administrativas norteamericanas reconocen como prácticas desleales, las que se opongan al ejercicio de los derechos sindicales, en particular: el

**cierre propiamente dicho**, hipótesis sustentada jurisprudencialmente en la Doctrina Darlington, sostenida por la Suprema Corte, la cual establece el criterio de que el cierre total de la empresa, sin que ésta continúe en el giro mercantil bajo ninguna otra forma o denominación, o en otra ubicación, es permitido. En cambio, una clausura parcial de la empresa, por motivos antisindicales es ilegal. Lo es también, si la clausura es total y el empleador continúa el giro mercantil en otros lugares o reinicia operaciones bajo otra denominación; **la amenaza de cierre**, sustentada por la Suprema Corte en la tendencia necesaria de los empleados a percibir amenazas implícitas en las declaraciones del patrón; **el cierre parcial** por la clausura de un turno, por la reubicación de una línea de producción, por subcontrataciones, tercerización, utilización de contrataciones temporales, eliminación por cambios y otras medidas en contra de las acciones sindicales. Finalmente, sostiene este autor, que las sanciones contempladas por las lesiones a la libertad sindical consisten en la orden de reinstalación de los trabajadores despedidos con pago de los salarios caídos desde el despido, ofrecimiento de empleo en otras instalaciones del empleador, reapertura de las instalaciones, en caso de cierre, traslado, supresión de actividades o cierre de turnos; la orden de cesación, retiro o desistimiento de las amenazas, en forma pública, colocando en el lugar de trabajo una comunicación en la que se obligue a no reiterarlas.

Hemos anotado las incidencias que afectan negativamente la vigencia y eficacia del ejercicio del Derecho Colectivo, con la implementación de la externalización laboral o descentralización productiva. Ésta puede realizarse lícitamente y no afectar la libertad sindical, no obstante, como se ha anotado, puede también verificarse un acto lícito en sí

mismo de descentralización productiva empero configurar un acto antisindical y, finalmente, puede practicarse un acto ilícito de descentralización productiva que tipifique un acto antisindical. La generalización de los procesos de descentralización productiva o empresarial y las nuevas circunstancias de la producción, unido a la diversidad de modalidades contractuales surgidas en ese contexto, dan lugar a que la amenaza de tercerización, su concreción u otras transformaciones, constituya una nueva forma de acto sindical.

### **2.3 El Comité de Libertad Sindical y las Prácticas Antisindicales derivadas de la Descentralización Productiva.**

**El Comité de Libertad Sindical** se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, con relación al tema de **las prácticas antisindicales derivadas de la subcontratación**. A mediados de los setenta este organismo señaló que:

- La subcontratación acompañada de despidos de dirigentes sindicales puede constituir una violación al principio de que nadie debe ser perjudicado en su empleo, como consecuencia de su afiliación sindical o por el ejercicio de actividades sindicales;
- La subcontratación del trabajo a empresas no sindicalizadas puede constituir una práctica antisindical;
- Una Ley que permita la subcontratación por parte de las empresas que se ven afectadas por conflictos laborales, puede dar lugar a prácticas antisindicales;

- Una Ley que permita que las empresas puedan tener a su servicio hasta un 20% del total de sus trabajadores sin vínculo laboral con la empresa usuaria, no debería ser utilizada para impedir o dificultar el ejercicio de la libertad sindical.

Los pronunciamientos y referencias relativas a la subcontratación como acto sindical aparecen condensados en diversos informes del Comité de Libertad Sindical<sup>cdxciv</sup>. Respecto a los actos de **descentralización productiva mediante cambios de propietario**, el Comité de Libertad Sindical (Informe N° 268, Caso N° 1495 e Informe N° 291, Caso N° 1654) sostuvo que:

“Los cambios de propietario no deben privar a los empleados del derecho de negociación colectiva ni menoscabar directa o indirectamente situación de los trabajadores sindicados, así como que los derechos creados en virtud, ya sea de la ley o de convenios colectivos, no pueden evaporarse por un cambio de empleador”

El tema de que los efectos de la descentralización productiva incidan sobre la libertad sindical, también ha sido materia de **la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social**, aprobada por el Consejo de Administración de la OIT, en noviembre de 1977. En este instrumento jurídico internacional se alude a la posibilidad de que el traslado de la empresa o de partes de ella, de un país a otro, sea utilizado como acto sindical y recomienda **la información y la negociación colectiva** como vías para superar los efectos antisindicales o perjudiciales para los trabajadores, derivados de las fusiones, adquisiciones de empresas, o transferencias de producción. En efecto, **los artículos 35 y 52**, de la mencionada Declaración establecen lo siguiente:

“Artículo 35. Las empresas multinacionales, cuando prevean cambios en las operaciones (incluidos los resultantes de fusiones, adquisiciones de empresas o transferencias de producción) que puedan tener efectos importantes sobre el empleo, deberían notificar estos cambios con antelación razonable a las autoridades gubernamentales competentes y a los representantes de los trabajadores y sus organizaciones, a fin de que las repercusiones puedan ser examinadas conjuntamente, con miras a mitigar los efectos adversos al máximo posible. Es particularmente importante en el caso de cierre de un establecimiento que implique suspensiones o despidos colectivos.

“Artículo 52. Las empresas multinacionales, en el marco de negociaciones de buena fe con los representantes de los trabajadores sobre las condiciones de trabajo, o mientras que los trabajadores estén ejerciendo el derecho de sindicación, no deberían amenazar con utilizar su poder de trasladar una sección, o parte de una sección de la empresa desde el país de que se trate a otro, con el fin de influir ilícitamente en dichas negociaciones o dificultar el ejercicio del derecho de sindicación; tampoco se deberían trasladar a los trabajadores desde las filiales en países extranjeros con miras a poner obstáculos a las negociaciones de buena fe con los representantes de los trabajadores, o al ejercicio por parte de los trabajadores de su derecho a organizarse”

#### **2.4 Propuestas normativas frente a los actos lesivos a la libertad sindical derivados de la Descentralización Productiva.**

En la presente investigación se ha puesto en evidencia el incremento en la utilización de los fenómenos integrados en el concepto de descentralización productiva o externalización laboral y sus efectos antisindicales, lo cual representa una adición en el catálogo de las prácticas antisindicales a nivel mundial. Enfrentar esta situación implica **la reformulación normativa en materia de protección de la libertad sindical**, especialmente en sede jurisprudencial y doctrinario, no obstante, acorde con la naturaleza de la problemática en estudio, inserta en el proceso globalizado de la economía, las modificaciones se proyectan tanto a nivel de los ordenamientos **nacionales** y **supranacionales**.

Los aspectos a considerar para la operatividad de la **adecuación normativa interna** se circunscriben básicamente a dos: **la intención del agente como elemento del acto sindical y las medidas para restituir el derecho lesionado.**

- Con relación al primero de los aspectos enunciados, la doctrina se encuentra dividida, prevaleciendo dos tesis: la una, **la tesis objetiva**, que considera el acto antisindical lesivo en sí mismo, **definido sólo por sus efectos** sin atender a la motivación o intencionalidad; la otra, **tesis subjetiva**, **exige que** además de los efectos perniciosos contra la libertad sindical, **exista una motivación antisindical.**

(ERMIDA, 1987, Pág. 42), citado por (MANTERO, 2000, Pág. 484)<sup>cdxcv</sup>, pone de manifiesto el carácter objetivo del acto antisindical, señalando que:

“(...) en determinadas circunstancias, un determinado acto, práctica o actitud, puede ser considerado antisindical, solamente por sus efectos, independientemente del dolo o intención que haya tenido el agente”

Los diferentes ordenamientos han enfrentado la problemática de **la prueba de la intencionalidad del acto lesivo** aplicando dos mecanismos: protegiendo a algunos trabajadores con estabilidad absoluta, por su condición de dirigentes o representantes sindicales, en cuyo caso el despido cumplido con violación de lo previsto en la norma protectora es ilícito aunque no se pruebe la intencionalidad antisindical del mismo; o imponiendo la inversión de la carga de la prueba de la intencionalidad; o aplicando la

presunción simple de que determinados actos, en determinadas circunstancias, se realizan con ánimo antisindical.

En la esfera de la descentralización productiva, cuando la transformación de la empresa o de la manera de producir, es utilizada para despedir o desmejorar a uno o varios trabajadores como consecuencia de su afiliación o acción sindical, las soluciones basadas en presunciones, inversión de la carga de la prueba, o regímenes de protección para dirigentes sindicales son fácilmente aplicables. Similar solución opera en la hipótesis del acto descentralizador empresarial lesivo de la libertad sindical como respuesta del empleador a la creación de una organización sindical o al pedido de una negociación colectiva.

Tales soluciones tradicionales pierden eficacia cuando el acto de descentralización productiva recae sobre el ejercicio de la libertad sindical por el colectivo, ya que el otorgamiento de protección personalizada para dirigentes o representantes resulta inoperante. Aunque se mantenga en su cargo al dirigente, la organización ya no puede existir o se le coloca en una situación más gravosa para su existencia.

Más preocupante resulta que en casi todos los casos, de las nuevas formas de acción antisindical, el empleador está en posición de demostrar que su intención al optar por la descentralización en el trabajo tiene motivos económicos, tecnológicos o comerciales y si se produjo un acto antisindical, la medida no fue tomada con ese fin.

- Respecto al segundo aspecto, se ha señalado que el reconocimiento de la libertad sindical como derecho humano fundamental marca el punto de partida para concebir que el acto cometido para impedir el libre ejercicio de un derecho fundamental o de una libertad, **debe considerarse un acto nulo**, ya no por la reincorporación del despedido, sino de hacer valer la nulidad de un despido dictado contra una norma de orden público orientada a proteger el ejercicio de un derecho fundamental.

Se argumenta, en apoyo de esa tesitura, que las sanciones civiles de los actos que violan las libertades públicas, no debe ser la imposición de daños y perjuicios, sino la de la nulidad de los actos y decisiones contrarias, a título de una reconstrucción del acto, que exige el carácter fundamental de este derecho, implicando por lo tanto el derecho a la reinstalación del asalariado en su empleo cuando la decisión tomada condujo a su exclusión de la empresa. Ante las nuevas formas de acción antisindical, resulta aún más importante lograr la efectiva nulidad jurídica y no la mera indemnización de los daños causados, por actos orientados a impedir el libre ejercicio de la libertad sindical.

**Desde la perspectiva supranacional** las iniciativas han evolucionado a partir de la emisión de varios instrumentos jurídicos importantes: la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT, los Lineamientos para las Empresas Multinacionales de la OCDE y la Declaración de la OIT, relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, adoptada en Asamblea General en 1998.

Se cuestiona el carácter declarativo de tales instrumentos, sin embargo, no debemos desdeñar su nivel de incidencia en la transformación de los criterios relacionado con la protección a la libertad sindical, especialmente, la Declaración de la OIT de 1998, conforme a la cual, y como respuesta a los desafíos planteados por la mundialización de la economía, **los principios de la libertad sindical y su protección**, consagrados en los convenios internacionales de trabajo, aprobados por la conferencia de la organización, **son de aplicación aún por los Estados Miembros que no los ratificaron**. Las circunstancias actuales ameritan no sólo la creación de normas internacionales de protección a la libertad sindical contra el traslado internacional de los puestos de trabajo con fines antisindicales, sino también la creación de un Tribunal Supranacional<sup>cdxcvi</sup>, en principio Interamericano, de Competencias Judiciales, en función de dotar de certeza a los particulares e interlocutores sociales, en cuanto a qué tribunal conocerá la controversia surgida en la aplicación de las fórmulas descentralizadoras de alcance internacional. Cobra mayor interés este tema considerando que las Convenciones Interamericanas, si bien contienen algunas reglas de competencia, no contemplan la creación de un Tribunal Internacional que pueda resolver los conflictos de competencia que se generen y, pero aun, en el caso de la Convención Interamericana sobre Competencia en la esfera internacional para la Eficacia extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, que excluye expresamente la materia laboral de su ámbito de aplicación.

### 2.5 Descentralización Productiva y Eficacia de la Negociación Colectiva.

En este apartado, siguiendo a (ROSEMBAUM, 2000, Págs. 491-511)<sup>cdxcvii</sup>, partimos de la premisa que la organización sindical, ante el escenario de la descentralización

productiva, ha venido perdiendo posiciones, básicamente porque atraviesa una de las etapas más críticas de su historia, contrario al fortalecimiento experimentado por las empresas, en cuyo seno se originan múltiples relaciones descentralizadoras que aportan prestaciones de actividad para el desenvolvimiento de sus funciones; la dinámica empresarial se potencia debido al creciente papel que ha asumido la descentralización productiva, el suministro de mano de obra, la subcontratación o tercerización.

Sumado a lo dicho, es notoria la pérdida del peso específico de la cultura negocial ante el crecimiento del individualismo, el neocontractualismo y de la participación directa de los trabajadores, al margen del sindicato. No obstante, las innovaciones tecnológicas, la reestructura de la organización productiva del trabajo y la descentralización empresarial integran los nuevos contenidos de la negociación colectiva.

La descentralización productiva incrementa **las dificultades de los trabajadores para ejercer su derecho de libertad sindical en su proyección individual**, positiva y negativa, esto es de afiliarse o participar en la constitución de las organizaciones sociales que estimen conveniente y, en consecuencia, incide negativamente en la negociación colectiva. Esta se ve desfavorecida también, por **la elevada rotación de trabajadores precarios**, contingentes o sometidos a vínculos contractuales inestables y, en tal virtud, las iniciativas expansivas de las modalidades transformadoras de los fenómenos productivos contemporáneos, se implementan y desarrollan en **ausencia de los sindicatos o con una presencia atomizada** a través de pequeñas organizaciones sindicales, carentes de peso y de poder real, para enfrentar la negociación colectiva.

Por otro lado, según plantea (ROSENBAUM, 2000, Ob. cit. Pág. 508)<sup>cdxcviii</sup>, **la prevalencia de la autonomía individual de los nuevos trabajadores**, la incursión del teletrabajo, de las formas más flexibles e profesionalidad que los caracteriza, de su alta especialización, de la mayor propensión a la colaboración, son factores que han ido vaciando de contenido las estrategias y los medios de acción sindical, existiendo una menor inclinación hacia las manifestaciones del conflicto abierto y sostenido, generando una degradación en la cantidad y calidad de la negociación colectiva de condiciones de trabajo y de empleo.

Se procede a descentralizar los niveles de negociación, producto de los efectos que la descentralización productiva genera sobre la estructura de la negociación colectiva. La aparición de nuevos sujetos y relaciones económicas y jurídicas derivadas de la reorganización y distribución del trabajo y de la descentralización productiva, **hacen inoperante la negociación colectiva** debido a las reducidas dimensiones de la mayoría de las empresas tercerizadas, subcontratadas, prestadoras de mano de obra, proveedoras de actividades periféricas, contingentes y complementarias. Estas tampoco demuestran intención de conformar redes de trabajadores de pequeñas empresas con el fin de negociar colectivamente y, finalmente, el convenio colectivo de la empresa descentralizadora no se convierte en un instrumento que integre la negociación de condiciones de trabajo respecto a los trabajadores de las empresas satélites o periféricas.

La problemática analizada repercute, adicionalmente, en las modalidades que asumen los conflictos, que van desde el ejercicio formal y típico **del derecho de huelga**, hasta formas atípicas y manifestaciones modernas de insatisfacción y descontento laboral,

como conferencias de prensa, avisos publicitarios, el uso de distintivos como forma de protesta, etc.

Con relación al derecho de huelga se plantea si, debido al debilitamiento que ha experimentado y a su pérdida de vigencia por el alto costo que significa la paralización del trabajo por periodos prolongados, la sola demostración del conflicto podría equipararse a la huelga en sentido amplio. (SOTELO & MOREIRA, 2000, Pág. 526-527)<sup>cdxcix</sup>, responden afirmativamente al planteamiento, entendiendo que “dicha demostración, es una nueva modalidad de exteriorización del conflicto, que como tal, merece idéntica protección que las otras formas atípicas de la huelga” que implican interrupción, alteración u omisión en el trabajo, cuya finalidad sea la protesta.

Es evidente la incidencia negativa que produce la descentralización productiva en el ámbito del ejercicio del derecho de huelga, toda vez que al presentarse la fragmentación del proceso productivo obstaculizando la configuración de las organizaciones sindicales y propiciando el escenario de aislamiento de los trabajadores al ejecutar su labor a distancia, se torna casi imposible su ejercicio.

## **2.6 La externalización laboral y su incidencia en el Derecho de Asociación Sindical.**

Según apuntamos con anterioridad, el esquema Taylorista/Fordista propició el desarrollo y fortalecimiento del sindicalismo, puesto que frente al poder empresarial y la indiferencia y hostilidad estatal el sector laboral, integrado por trabajadores organizados en sindicatos, logró la unificación, en categorías y territorios, en función de consolidar y

expandir sus acciones de lucha. La fisonomía y estructuración funcional del sistema laboral vigente, caracterizado por la concentración de la mano de obra fabril, los tiempos de trabajo predeterminados, los salarios fijos, entre otros elementos, contribuyeron a forjar, en aquella masa laboral, sentimientos de solidaridad y la conciencia común de su problemática, fortalecida por el efecto nivelador e igualitario del modelo taylorista.

El desarrollo cualitativo y cuantitativo de las organizaciones sindicales, operado en la mitad de la centuria pasada, se tradujo en el logro frecuente de las reivindicaciones obreras a través del conflicto, en un contexto de expansión económica de las empresas que facilitaba la concesión de las reclamaciones sindicales, institucionalizándose este proceso en el seno de la empresa y proyectando un alto nivel de aceptación y reconocimiento social, configurándose así el modelo de Estado Protector, de bienestar y asistencia, mediador en el sistema.

La transformación de tal escenario se produce, en primera instancia, en la década de los setenta, con el advenimiento de la conocida crisis petrolera de 1973, cuyos efectos, como era de esperarse, alcanzó al sistema de relaciones laborales, y, en consecuencia, a las instituciones del derecho colectivo de trabajo. Surge una nueva forma de organización del proceso productivo, marcada por la introducción de los avances de las ciencias de la tecnología y la información, que privilegia un exacerbado individualismo y un culto a la diferencialidad como sustitutos de la solidaridad y homogeneidad del sistema, cuyos aspectos preponderantes (RASO, 2000, Pág. 19)<sup>d</sup>, los sintetiza de la manera siguiente:

- A nivel individual, permiten al hombre multiplicar su capacidad de acción, lo que determinará la sustitución de grandes contingentes de mano de obra por sofisticadas máquinas y la promoción de un reducido número de trabajadores, con la suficiente formación y capacitación para operar esas máquinas;
- A nivel colectivo, se produce una fragmentación del sistema: por un lado, ya no será fácil organizar trabajadores con intereses y condiciones económicas muy diferentes; por el otro, existirá una gran movilidad de las empresas en un mercado que premiará aquellas que apostaron a la reconversión industrial y condenará a la quiebra a las que no se adecuaron a los cambios.
- Finalmente, las nuevas tecnologías y la reconversión promueven nuevamente formas de gestión del trabajo, que procurarán fundamentalmente una mayor productividad y competitividad.

En adición a lo anterior, sobrevienen otros **factores exógenos** como la desaparición de la tensión ideológica bipolar mundial, debido a la crisis de la doctrina marxista-soviética, evento que impulsó el desarrollo y consolidación del neoliberalismo, junto con sus postulados esenciales de libertad de comercio y concurrencia en el mercado, uno de los elementos principales sobre los cuales se sustenta la globalización o mundialización económica. **El marxismo** o la doctrina marxista representó, en su oportunidad, para el sector obrero, **un factor de cohesión y de unidad**, en la toma de decisiones y en la dinámica de la acción sindical.

Un análisis integral, del contexto descrito, describe las graves consecuencias que se producen en el marco del Derecho de Asociación Sindical, producto de las nuevas reglas del mercado que exigen, a la vez, rápidos procesos de cambio y reestructuración en la organización productiva, como, por ejemplo, **drásticas reducciones de personal**, incidiendo, de manera directa, en **la composición numérica del sindicato** y provocando

el debilitamiento de su estructura organizativa o, en última instancia, su aniquilamiento, complementada por **la ausencia de solidaridad obrera**, en virtud de las disputas, entre ellos, por la conservación de los puestos de trabajo.

**La atomización empresarial y laboral**, constituye otro elemento que contribuye a restarle eficacia a la acción sindical, ya que si bien este proceso genera la creación de una gran variedad de unidades productivas, éstas, por su pequeña dimensión, tienden a anular la presencia de las organizaciones sindicales. Esto sumado a la ausencia del sentimiento de solidaridad va creando un cambio de cultura y de actitud de los trabajadores frente a los organismos sindicales, pues, como afirma (RASO, 2000, Pág. 27)<sup>di</sup>, “el trabajador está más interesado probablemente en las soluciones puntuales que pueda brindarle su sindicato con relación a su vida familiar (...) que en los grandes planteos reivindicativos específicos de la actividad sindical”. Las grandes empresas con concentraciones de mano de obra en sus fábricas, ahora encuentran en las empresas más pequeñas y flexibles una opción para reestructurar su proceso productivo, en función de externalizar partes de éste hacia unidades productivas generalmente de reducidas dimensiones, estrategia que genera **la atomización de los trabajadores** y, en consecuencia, nulifica el necesario proceso de relacionamiento que debe preceder a la constitución o funcionamiento de las organizaciones sindicales.

**El surgimiento de una nueva categoría de trabajadores**, que como se ha señalado, aparece integrada por profesionales de alta calificación en materia de las ciencias de la informática y de la comunicación, introduce un elemento perturbador en las relaciones intralaborales, ya que se trata de personal técnico especializado que intervienen en el

proceso productivo, manejando computadoras y otros equipos informáticos sofisticados, pero carentes de conciencia de clase, aspecto que afecta la estrategia de afiliación sindical y distorsiona el perfil de la organización, con la disminución de sus adherentes. Con sobrada razón (ARCE, 2013, Pág. 232)<sup>dii</sup>, plantea que el sindicalismo, o gran parte éste, ha perdido presencia, fuerza y capacidad negociadora, convirtiéndose en agencias de gestión dirigidas por una burocracia profesionalizada, sin conocimiento de la realidad social, sin sentido solidario, dependiente de las subvenciones gubernamentales, representantes de una nueva aristocracia obrera que son los trabajadores con empleo estable.

**Las nuevas formas de contratación o de realizar el trabajo**, materializadas en las relaciones triangulares de trabajo, la externalización laboral o descentralización productiva, impulsan modelos de prestación de servicios que tornan inaccesible la actividad y gestión de los sindicatos.

En adición a los efectos anotados, agregamos aquellos **factores endógenos** cuya responsabilidad recae en la propia organización sindical. Entre ellos se enuncian la falta de una estrategia que motive al sector a adherirse a su propuesta y la poca capacidad comunicativa y argumentativa, con discursos obsoletos.

### **2.7 La Estrategia Sindical ante la Externalización Laboral.**

Las organizaciones sindicales, frente al fenómeno de la externalización laboral, presentan uno de los desafíos más importantes, en función de su vigencia y efectividad. La fragmentación ocasionada por la escisión en el proceso productivo, genera una masa

de trabajadores flotantes y alejados del marco de acción de las organizaciones sindicales, erosionando la extensión del alcance subjetivo de la representación ejercida por el sindicato.

El desafío consiste en la reformulación de la estrategia de representación sindical, en cómo incorporar a esos núcleos de trabajadores que estrictamente no se encuentran en condiciones de dependencia con la misma empresa, es decir, la forma de ejercer su poder de ejecutar actos en nombre y por cuenta de sus afiliados. El reto de las organizaciones sindicales radica en la posibilidad de incorporar, con acuerdo y control sindical, en el marco de la negociación colectiva, **el derecho de representación de los trabajadores tercerizados**<sup>diii</sup> o, independientemente de ella, poder asumir tal representación, aunque esto signifique la distorsión del esquema tradicional de conceptualización que al respecto ha desarrollado la doctrina clásica laboral.

El caso citado por (BARRETO, 2000), refiere la posición que adoptó la organización sindical una vez celebrado el convenio colectivo de trabajo, en 1995, cuyo texto reproducimos, por la importancia que representa este precedente, en la presente coyuntura:

“En la memoria y balance de la directiva del periodo de 1996 – 1998 puede leerse: nuestro balance de las tercerizaciones concretadas es positivo, en el sentido de que muchos compañeros mantienen un lugar de trabajo, casi siempre en mejores condiciones que antes. Los que no quisieron tercerizarse tuvieron alternativas para seguir trabajando o desvincularse con incentivos, y pensamos que es mejor, en la disyuntiva, que los trabajos los realicen nuestros compañeros y no empresas contratadas externas. Todos los cambios operados en la interna de Fanapel y que afectaron al personal obrero, pueden dejarnos una enseñanza: en un momento de achique de la empresa, el sindicato fue capaz de proteger a los trabajadores”.

El precedente revela, según plantea este autor, entre otras cosas, un reconocimiento implícito a la hiposuficiencia del tercerizado, por más que asuma una pomposa y eufemística denominación de “empresario”, “cooperativista” o “autónomo”.

### **SECCIÓN TERCERA**

#### **3. PROPUESTAS Y ALTERNATIVAS FRENTE AL PARADIGMA ACTUAL.**

##### **3.1 Promoción de Políticas Públicas que privilegien el Trabajo Decente**

Las transformaciones sustantivas que ha producido el proceso de globalización en las relaciones laborales es un hecho que no amerita grandes esfuerzos probatorios. Tal y como se ha planteado en los diversos apartados elaborados en la presente investigación doctoral, en el ámbito del trabajo se han detectado una serie de temas recurrentes que se proyectan en los debates sobre las tendencias de los cambios organizativos y de la producción, generadores de tensiones entre los actores principales de las relaciones de trabajo, tanto desde la perspectiva de los trabajadores como de los empleadores.

Las tendencias descritas y analizadas en apartados precedentes, en su momento y aun suelen ser presentadas como las estrategias necesarias y convenientes para la competitividad internacional por parte de empresarios, autoridades de gobierno y los centros de poder financiero internacional, FMI y Banco Mundial y otros agentes privados, aunque no les resulte desconocidos los costos que ellas tienen para la gran mayoría de los trabajadores de los países subdesarrollados que carecen de un sistema de protección social de cobertura universal, ni con herramientas que enfrenten la cesantía y precariedad en el empleo; las dificultades en el acceso a fuentes de trabajo, la desigualdad

en el ingreso y el debilitamiento de los derechos laborales y los niveles de protección en las enfermedades y retiro.

Todo lo expuesto, requiere una reformulación de las estrategias sindicales, en tanto lo que se pone en tensión en este nuevo contexto es el tema de los derechos humanos ligados al trabajo frente a la competitividad económica, que amenaza a tales derechos, en la medida en que la carga de dicha competitividad recae en la calidad de vida y de trabajo del ser humano.

El dilema plantea la necesidad de repensar en alternativas de política económica y de estrategias empresariales y sindicales que, manteniendo los objetivos de competitividad de las economías, puedan, al menos, minimizar los efectos negativos sobre la fuerza laboral y consolidar un modelo económico más equitativo. Adicionalmente, requiere una toma de posición respecto a la estabilidad democrática y la gobernabilidad, ya que un deterioro creciente de la situación laboral, una acentuación de la inseguridad, la exclusión y la desigualdad son amenazas a la paz social, al progreso y desarrollo de nuestras sociedades.

Un verdadero sistema democrático no puede soslayar el condicionamiento que para su éxito significan las reivindicaciones sociales, una cultura de respeto a los derechos de todos y a una creciente y más organizada participación de la sociedad civil en las grandes decisiones políticas, lo que, desde la perspectiva laboral, se traduce en la existencia de un sindicalismo con mayor injerencia y participación en todos los niveles de decisión de las políticas económicas y sociales que se planifican en las diversas naciones.

Las mencionadas tendencias de cambio no son categorías ineludibles como plantea la tesis neoliberal, la cual ha permeado la lógica económica y la perspectiva empresarial. Los países pueden desarrollarse, sus economías pueden ser competitivas y las condiciones de empleo, ingresos, salarios, oportunidades y condiciones de vida pueden ser más equitativas. El Estado democrático está obligado a generar políticas de equidad: regulación y control de estatal sobre la empresa privada en cuanto a sus responsabilidades públicas; políticas de impuestos graduales y equitativos a las empresas y a las personas, políticas de protección a los sectores vulnerables, acceso a la salud y a la educación, seguridad social, políticas de promoción y mejoramiento en el empleo, de la inversión y de la protección al medio ambiente; políticas redistributivas del ingreso y, sobretodo, un marco normativo de respeto a los derechos humanos individuales y sociales.

El contexto cuando nació el derecho del trabajo industrial exige un replanteamiento, no en función de descartar los principios inspiradores de su andamiaje institucional, sino de encarar las grandes transformaciones y exigencias del mundo contemporáneo con relación al trabajo. Los trabajadores tienden a ser más heterogéneos, tanto por las condiciones diferentes de trabajo como las especificaciones tecnológicas y culturales en las que se desenvuelven. El sector empresarial tiende a ser más transnacional y articulados en grupos de poder económico crecientemente concentrados, lo que también, en el ámbito nacional, configura la heterogeneidad en ese segmento y dificulta una articulada representación colectiva por una sola o pocas entidades gremiales. Los sujetos sociales más débiles que no pueden ser autorrepresentados: los niños, los pobres, los ancianos a quienes la sociedad y el estado les deben garantizar sus derechos a todo

evento, están ligados al proceso productivo: trabajo infantil, trabajo de ancianos, trabajadores pobres, rurales o urbanos, que sólo consiguen plazas eventuales, poblaciones indígenas pauperizadas y atomizadas que entran y salen del mercado de trabajo.

En tal escenario el paradigma del “trabajo decente” cobra vital importancia, ya que en su concepción proyecta un tipo ideal, en el que en un extremo está la inseguridad, la exclusión, la desigualdad y el irrespeto a los derechos laborales y, en el otro, la seguridad, la integración, la igualdad y el pleno respeto a los derechos humanos.

La noción de trabajo decente, introducida por primera vez por la Organización Internacional del Trabajo, en 1999, se define como “trabajo productivo, en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en la cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social”. El trabajo decente debe estar orientado a la consecución de los cuatro objetivos básicos planteados por la OIT:

- Promoción de Derechos Laborales.
- Promoción de Empleo.
- Protección social contra las situaciones de vulnerabilidad.
- El fomento del Diálogo Social.

La OIT, en procura de consolidar la idea ha ido reformulando la noción de trabajo decente, incorporándole nuevos elementos que articulan el contenido ético de la idea, concibiéndolo como la sustitución de trabajo productivo por la empleo de calidad, participación y seguridad en el trabajo. Se trata de una propuesta integradora de

diferentes aspectos que hacen a la calidad y cantidad de los empleos y que conducen a un paradigma que dé respuesta al deterioro de la situación laboral.

La agenda del trabajo decente pretende reafirmar los principios constitutivos de la OIT en su lucha contra la injusticia social y la pobreza y sus factores determinantes y realza los derechos humanos fundamentales consignados en las normas internacionales de trabajo, que propugnan por el respeto a la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, la erradicación de todas las formas de discriminación en el mundo laboral.

El panorama alentador impulsado por la OIT, en función de lograr mejorar las condiciones de vida de los trabajadores en general, indudablemente debe contar con el respaldo de políticas públicas que fortalezcan el Programa de Trabajo Decente, como las que a continuación detallamos:

- La planificación y ejecución de Políticas de Mercado de Trabajo que fortalezcan los servicios de intermediación del empleo y los programas de formación profesional que alcancen un desarrollo y cobertura incluyente hacia los sectores más vulnerables de la sociedad, con un gran contenido descentralizador, una dinámica efectiva de orientación en el empleo e información sobre el mercado de trabajo, precedidas de investigaciones y estudios pertinentes y, sobretodo, dándole respuestas concretas a los interesados y procurando un seguimiento a la mayoría no satisfecha con el fin de brindarles otras opciones de orientación o capacitación.
- Fortaleciendo la creada Bolsa Electrónica de Trabajo de la Fundación del Trabajo que, en su momento, como experiencia de proyecto bipartita empresarial-sindical, fue único por sus características en la región y tuvo la posibilidad de

convertirse en un instrumento que permitiría integrar los programas públicos y privados de intermediación de empleo, en la búsqueda de una mayor cobertura y eficiencia en la materia.

- Reformular la metodología y sistemas de capacitación de las instituciones públicas competentes como el INADEH e IFARHU, de tal manera que respondan a las exigencias del mercado de trabajo y propicien oportunidades de acceso a los programas de formación profesional de los sectores económicos y sociales de peso en el país, como el sector informal, la economía campesina, los desempleados, subempleados y excluidos en general.
- Rescatar y/o Reforzar los programas de capacitación laboral y empleo de la unidad del MITRADEL que se dedica a estas funciones, puesto que su flexibilidad administrativa y de ejecución, su vinculación estrecha entre la formación y el empleo y la descentralización operativa que ello conlleva podrían convertirse en un instrumento de gran potencialidad y efectividad para responder simultáneamente a las demandas de la globalización, así como a las necesidades y expectativas de los más pobres.
- Las políticas de empleo y de trabajo decente deben plantearse como objetivo a largo plazo el logro del aprovechamiento y valorización de los recursos humanos en Panamá, propiciando condiciones crecientes de ocupación productiva, seguridad, equidad y dignidad humana en el trabajo.
- Debe implementarse políticas que estimulen la creación sostenida de empleos con las condiciones mencionadas y que mejoren las condiciones de empleabilidad de

la fuerza de trabajo, unido a una política salarial que busque mejorar las condiciones de existencia de los trabajadores y sus familias.

- Desarrollo de infraestructuras en apoyo al turismo, sector hotelero y de servicios, a las exportaciones, a la economía campesina e indígena, rural, al sector de la economía informal, modernización e integración de los servicios de empleo.
- La formación profesional debe tener como propósito el logro de competencias que respondan a los requerimientos de competitividad de la economía globalizada y del proceso de reconversión laboral.
- Integrar de manera activa a las organizaciones sindicales en el análisis y diagnóstico de los problemas de productividad y competitividad en las empresas y en la definición de programas y medidas de mejoramiento, cuyos beneficios se compartan equitativamente entre los factores productivos. En ese sentido, debe fomentarse en sede de la administración del trabajo, el uso del convenio colectivo de trabajo como el instrumento idóneo para la negociación de mejoras salariales y temas de interés y beneficio mutuo para empresarios y trabajadores.
- Fomentar y potenciar las relaciones de trabajo armoniosas y la consolidación del diálogo social, los foros tripartitos e impulsar la solución negociada de conflictos. A este fin debe establecerse una instancia de concertación como foro permanente de análisis y discusión de los problemas económicos, sociales y laborales del país y para la definición y concertación de lineamientos de políticas en las distintas esferas del trabajo decente.

### 3.2 Adopción del Modelo Neoconstitucionalista como Opción Interpretativa.

Las transformaciones que se han operado en el mundo, aconsejan, según los defensores de las corrientes de pensamiento que la han impulsado, la evolución de los sistemas jurídicos cuya expresión material esté constituida exclusivamente por reglas desprovistas de contenido axiológico y que la subsunción del hecho en la hipótesis normativa fundamente su razón práctica. No obstante, un ordenamiento jurídico que presuma medianamente de haber experimentado un proceso evolutivo, no puede circunscribir su dinámica a tal enfoque metodológico - jurídico, puesto que la finalidad de todo el derecho, sin lugar a dudas, radica en la realización de un catálogo de valores que potencien la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales y, a la vez, limite las intervenciones que impliquen su desconocimiento o su innecesaria y desproporcionada restricción.

La estimativa jurídica, en su calidad de presupuesto del ordenamiento jurídico, se juridifica mediante la inserción interpretativa y aplicativa de principios que se optimicen a través de la actividad judicial, utilizando, entre ellos la proporcionalidad, estructura argumentativa para controlar las restricciones en derechos fundamentales que se dirige a invalidar aquellas intervenciones que implican un sacrificio constitucionalmente ilegítimo, innecesario o desproporcionado de los mismos (GARCÍA, 2010, Pág. 208)<sup>div</sup>.

Una breve reflexión inicial, respecto al constitucionalismo, implica abordar el superado debate del cambio operado en los sistemas jurídicos, a partir de la segunda guerra mundial, cuyo resultado se tradujeron en la reformulación del contenido del derecho, el cual dejó de ser un conjunto de reglas de pautas específicas de

comportamiento, caracterización propia del Estado (legislativo) de Derecho, para convertirse en un conjunto de enunciados que hace referencia a principios y valores, como los de igualdad ante la ley, dignidad, pluralismo político, etc.

La evolución de un sistema jurídico debe caracterizarse por la incorporación en sede interpretativa de principios, además de reglas. La nueva concepción que concibe a la Constitución no sólo como una norma jurídica que valida la adscripción de otras normas de inferior jerarquía, sino que permite la aplicación directa, a las relaciones ciudadanas, de las garantías, principios y valores que la inspiran y fundamentan, constituye otra de las transformaciones que han propiciado la entrada sucesiva en el neoconstitucionalismo, dentro del ámbito iberoamericano.

El neoconstitucionalismo expresa una metodología interpretativa de aquellas constituciones que, además de la tradicional enunciación de la separación de los poderes públicos, contienen un conjunto de normas que condicionan la actuación del Estado mediante la consagración de determinados fines y objetivos, incorporando amplios catálogos de derechos fundamentales que reduce la distante interacción de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

Lo anterior ha supuesto la introducción de una praxis renovada de la actuación judicial, puesto que, en tal contexto, el juez constitucional debe aprender a realizar su función bajo criterios interpretativos nuevos, aplicando razonamientos judiciales más complejos. La complejidad radica en la necesaria utilización de las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los

derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos a través de la *Drittwirkung*, el principio *pro persona*, etc.

La incorporación de la opción neoconstitucionalista importa la **Constitucionalización del ordenamiento jurídico**, proceso que consiste - según (GUASTINI, 2007, Pág. 153)<sup>dv</sup> - en:

“(...) un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”

El proceso de Constitucionalización del ordenamiento jurídico - siguiendo al autor citado - exige el cumplimiento de determinadas condiciones, como las siguientes:

- **Una Constitución rígida:** esto implica que el ordenamiento contemple principios, implícitos o explícitos, que no puedan ser modificados en modo alguno, ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional, lo que conllevaría un mayor efecto de Constitucionalización de todo el ordenamiento.
- **La garantía jurisdiccional de la Constitución:** no sólo basta la buena intención de la rigidez, sino que se requiere la capacidad de imponerse (la Constitución) frente a las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.
- **La Fuerza Vinculante de la Constitución:** consiste en dotar a cada uno de los preceptos constitucionales, independientemente de su estructura y contenido, de vocación de obligatoriedad y aplicabilidad a sus destinatarios. Evidentemente, el

grado de su fuerza normativa estará condicionada a la forma de redacción, del alcance interpretativo en sede jurisdiccional constitucional y de las elaboraciones doctrinales. No obstante, debe ser aceptado sin restricciones que las normas constitucionales son, ante todo y sobretodo, **normas jurídicas aplicables y vinculantes**, y no simples programas de acción política o catálogo de recomendaciones a los poderes públicos.

- **La sobreinterpretación de la Constitución:** surge esta fórmula cuando los intérpretes constitucionales utilizan, no en forma exclusiva, el método literal, y, en consecuencia, acuden a la interpretación extensiva, extrayendo del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política, proceso que también condiciona el contenido de una parte del ordenamiento jurídico. Apunta (CARBONELL, 2010, Pág. 160)<sup>dvi</sup>, que la influencia del derecho constitucional se extiende, desde esta perspectiva, tanto a su objeto tradicional de regulación que son los poderes públicos, sus competencias y sus relaciones con los particulares, como a las diversas ramas del derecho privado, que también se ven condicionadas por los mandatos constitucionales, en especial, los derivados de los derechos fundamentales. (HESSE, 1996, Pág. 93)<sup>dvii</sup>, al respecto señala que:

“Los derechos fundamentales influyen en todo el derecho (...) no sólo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales”

- **La aplicación directa de las normas constitucionales:** sugiere la aplicación de la Constitución a las relaciones entre particulares y no sólo a los las autoridades u órganos públicos; y, además, que los operadores de justicia pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio, aspectos ausentes en el constitucionalismo clásico.
- **La interpretación conforme de las leyes:** significa que cuando haya de interpretarse dos o más textos legales, deba preferirse aquél que sea más favorable al cumplimiento del mandato constitucional, o el que no vulnera el texto constitucional.
- **La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas:** se concreta en las soluciones que la Constitución pueda proveer a las diferencias políticas entre órganos del Estado; que todos los espacios del quehacer público sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; que las normas constitucionales sean utilizadas por los actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno. En el neoconstitucionalismo también el ámbito de las políticas públicas, debe estar sujeto a los mandatos constitucionales y a la lógica de los derechos fundamentales.

Debido a la caracterización del proceso de Constitucionalización del ordenamiento jurídico, destacando la aplicación directa de las normas constitucionales a las relaciones entre particulares, la adopción del neoconstitucionalismo implica, a la vez, la adopción de la doctrina de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales, conocida como la

“Drittwirkung Grundrechte”, esto es la aplicación de los derechos fundamentales entre particulares.

La doctrina, unánimemente, acepta que el principal destinatario de los derechos fundamentales y, en consecuencia, el principal sujeto obligado a su cumplimiento es el Estado, vinculado por ellos, en cuanto a su carácter necesario de normas de aplicación directa. Sin embargo, la vulneración de los bienes iusfundamentalmente consagrados puede provenir no sólo del Estado, sino de aquellos que detentan el poder económico o simplemente de cualquier particular. En la hipótesis en donde se relaciona el poder económico y el trabajador, si bien ella reviste carácter horizontal y, ante tal circunstancia, se presume una igualdad de posiciones entre los participantes, ésta puede ser más supuesta que real, puesto que una de las partes goza de mayor poder que la otra y, en tal virtud, queda sometida a una condición de inferioridad.

Como alternativa, sería conveniente adoptar, en el campo de los operadores jurídicos, el modelo neoconstitucionalista como guía paradigmática, propiciando una jurisprudencia renovada que no se limite al control constitucional del acto legislativo, sino más bien, internalice su rol garantista, ejerciendo un singular activismo, tendiente a la tutela de todo tipo de derechos fundamentales, incluyendo preponderantemente a los derechos sociales y, a la vez, reforzar la aplicación del principio de la ponderación, como centro de la dogmática de los derechos, y, en consecuencia, de la construcción ponderativa que determina el contenido definitivo de los derechos fundamentales, éstos en su calidad de normas que limitan y encauzan el poder estatal.

### 3.3 Redimensionamiento de las Estructuras Sindicales.

La temática del redimensionamiento de las estructuras sindicales guarda relación con el traslado de los centros de poder, desde la esfera interna a la externa, esto es, conlleva el desconocimiento o, al menos, la indiferencia a toda limitación a la toma de decisiones que trascienda el espacio – temporal local. La globalización tiene como presupuesto la internacionalización global o, con menos intensidad, la regionalización, del escenario de las relaciones laborales, lo cual incluye a sus interlocutores.

Tratándose de un contexto transnacional, lógico es suponer la intervención de nuevos actores o reformular la fisonomía de los antiguos. Este proceso reestructurante no es frecuente en el ámbito del derecho colectivo de trabajo, no obstante, existen precedentes que, adaptados a las normativas internas, pueden viabilizar la incorporación activa y eficaz a este tipo de organismos con proyección supranacional.

En el ámbito mundial se conocen organizaciones, sindicales y patronales, que han internacionalizado su estructura negocial y su campo de acción. En Europa existen la Confederación Europea de Sindicatos (CES) y su contraparte patronal la UNICE. En América Latina tiene vigencia la Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur y, posteriormente, la Confederación Agrícola del Mercosur.

### 3.4 Potenciación del Diálogo Social.

Mediante un interesante artículo titulado “Diálogo Social. Teoría y Práctica”, el maestro (ERMIDA, [http://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file\\_ermida.pdf](http://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_ermida.pdf))<sup>dviii</sup>, elabora una serie de reflexiones en torno al concepto Diálogo Social, que compartimos

con los lectores de la presente investigación, y cuyos lineamientos tienden a la configuración conceptual de tal expresión.

#### 3.4.1 **Amplitud e Imprecisión del término Diálogo Social.**

En primer término, la noción de “Diálogo Social” ha sido utilizada de forma amplia y discrecional por especialistas y no especialistas en la disciplina laboral, sin precisar su verdadero sentido y alcance, abarcando diversas instituciones y prácticas, sin incluir ni excluir a otras, no obstante, coincidiendo en su característica común de abarcar una diversidad de relaciones entre sindicatos, empresarios y poderes públicos, bajo la forma de encuentros y contactos que no necesariamente arriban a acuerdos concretos, pudiendo consistir en sólo un intercambio de opiniones.

En virtud de la imprecisión anotada, la voz “Diálogo Social” comprende todas las formas de interacción entre los interlocutores del sistema de relaciones laborales, distintas al conflicto abierto, tales como la información, consulta, participación, negociación colectiva, concertación social, etc., aunque el conflicto subyace en todas las formas de diálogo social. Y es que el diálogo social puede incluir aquellos medios de solución de conflictos laborales participativos, como la conciliación, la mediación y el arbitraje voluntario, en los cuales las partes interactúan y, por otra, el conflicto puede ser una forma de alcanzar el diálogo social. El diálogo social incluye todas esas instancias de interacción entre los actores, independientemente de que se agoten en sí mismas o den lugar a un producto; así, por ejemplo, la negociación colectiva es una forma de diálogo social por sí misma, aun cuando en el caso concreto no llegue a plasmarse en un convenio colectivo.

### 3.4.2 Tipología del Diálogo Social.

Suelen distinguirse diversas modalidades de diálogo social, dentro del marco del sistema de relaciones laborales. A los ya mencionados se agregan las que responden **al criterio formal o informal**, según sean producto vía institucionalización normativa o respondan a iniciativas espontáneas y no reglamentadas. Ejemplo del primero es el diálogo social desarrollado en el Mercosur, a través del Foro Consultivo Económico – Social, previsto en el Protocolo de Ouro Preto y en el Reglamento del Foro, el cual es una modalidad formal; mientras que la negociación voluntaria y sin previa reglamentación llevada a cabo, en 1997 – 1998, entre la empresa Volkswagen y los sindicatos metalúrgicos, en Argentina y Brasil, tiene carácter informal.

Otra clasificación atiende a **formas orgánicas e inorgánicas** de diálogo social. Las orgánicas serían aquellas interacciones que los actores sociales llevan a cabo en el seno de órganos expresamente creados para ello; mientras que las formas inorgánicas serían las que se desenvuelven espontáneamente, al margen de la existencia de algún órgano especial. Otro tipo de diálogo social considera **su dimensión temporal**. Así, puede ser permanente y continuo, intermitente, accidental o esporádico. La permanencia del diálogo social – según plantea el autor en estudio - tiende a ser vista como una señal de madurez y de estabilidad del sistema de relaciones laborales. Sin duda indica un cierto grado de consenso. La quinta clasificación es la que **distingue los niveles del diálogo social**. Sea éste formal o informal, orgánico o inorgánico, permanente, intermitente o esporádico, sin duda puede desarrollarse en distintos niveles. El diálogo social **centralizadoo de alto nivel** es el que se verifica a escala nacional (del país todo) o aun superior (internacional);

el diálogo social **de nivel medio o relativamente centralizado** es el que se desenvuelve por rama o sector de actividad (por ejemplo, metalurgia, construcción, textil, petroquímica, comercio, sector financiero; y el **diálogo descentralizado** es el que se ubica en el nivel inferior: la empresa.

### 3.4.3 Presupuestos del Diálogo Social.

La implementación de un diálogo social eficaz presupone la existencia de actores sociales **fuertes, representativos e independientes**, a riesgo, ante la ausencia de alguno estos requisitos, de generarse una formalidad carente de contenido real o tan desequilibrado que encubra la imposición de la voluntad de alguna de las partes. Los presupuestos mencionados integran los principios de libertad sindical, autonomía colectiva y autotutela, elementos determinantes del respeto y promoción de la libertad sindical, protección efectiva de la actividad sindical, la autonomía colectiva y la autotutela, promotores y habilitantes de las condiciones para el desarrollo de un diálogo social verdadero, sustantivo y fluido.

La falencia de estos elementos, sobre todo en América Latina, unido a las políticas económicas predominantes y el ya descrito debilitamiento de las organizaciones sindicales, incrementan las dificultades e inciden, junto con el proceso globalizador, a la erosión del poder estatal y su autonomía para diseñar libremente su política laboral y aplicarla con eficacia. De allí que la OIT se haya fijado como objetivo estratégico el fortalecimiento del tripartismo y del diálogo social y como objetivo intermedio el respaldo a sus interlocutores sociales.

Debido a los efectos negativos de las nuevas de producción y organización del trabajo, el cambio tecnológico y las nuevas opciones ideológicas que descalifican la acción colectiva, las organizaciones sindicales se ven claramente afectadas; las organizaciones de empleadores no parecen abarcar apropiadamente la diversidad de intereses que aspiran a representar, que van desde la gran empresa multinacional hasta la microempresa, adicionalmente, los Ministerios de Trabajo pierden protagonismo ante los de Economía y Planificación, lo que justifica la iniciativa de **fortalecer a estos tres principales actores sociales** para el desarrollo del diálogo social y el tripartismo y, a la vez, éstos, para el de la democracia pluralista.

En ese sentido, la OIT, a través de sus normas internacionales del trabajo (NIT), desde su Constitución de 1919, consolidó el tripartismo estructural como principio básico para garantizar el diálogo social tripartito en el seno de la organización. Se destacan, en esta línea argumentativa, los Convenios Internacionales N° 144 (ratificado por Panamá), sobre consulta tripartita, adoptado en 1976 y la Recomendación N° 113 de 1960 sobre consulta nacional y en las ramas de actividad económica. El diálogo social será uno de los fundamentos centrales de la estabilidad social y, además, si es genuino, se constituye en condición y contenido de un trabajo decente.

## **CONCLUSIONES**

1. Las transformaciones que se han operado en el mundo, traducidas en cambios de estructuras empresariales multiformes, exigen, con mayor vitalidad, demostrar la eficacia de los Principios Generales del Derecho del Trabajo, por ende, en vez de acudir a fórmulas derogatorias de las normas laborales o sustitutivas por normativas foráneas expresivas de distintas realidades, debe propiciarse la actuación de los principios comentados, en aras de su adaptación a esas nuevas realidades, sin perder su esencia tuitiva.
  
2. Considerando que la modernidad ha implicado una mayor ponderación del aspecto material, ante el avance de las nuevas corrientes neoliberales, lideradas por la escuela de Chicago, cuyos planteamientos puntuales conllevan estrategias expansivas, y en donde resulta común la incesante circulación de capitales “golondrinas” y la deslocalización de empresas de unos a otros países, la solución sería **un retorno colectivo al humanismo y la reafirmación de la vigencia de los Principios Generales del Derecho del Trabajo.**
  
3. Se ha señalado<sup>dix</sup>, criterio que hacemos nuestro, que el trabajo constituye una forma de concretar la existencia en cuanto persona, de manera que, en lugar de ser objeto de la economía, se convierte en sujeto de la misma, siendo así, el trabajo es el que informa y rige la economía y no a la inversa.

4. Destacamos, respecto al tema, la opinión vertida por un especialista del derecho mercantil, quien señala que el trabajador debe ser sumamente protegido, debido a que en la actualidad el Derecho Comercial está absolutamente dominado por la empresa, y ésta se integra por capital y trabajo, en consecuencia, si se protege al capital, de igual manera, el trabajo de gozar de la misma protección. Y entrado el siglo XXI, no podemos deshumanizar más el derecho. Por el contrario, debemos volver a humanizarlo, porque el derecho ha sido creado para el hombre y no para entidades jurídicas abstractas<sup>dx</sup>.
  
5. El fenómeno de la descentralización productiva ha impactado notablemente al Sistema de Relaciones Laborales, creando una fragmentación del proceso productivo y de la empresa tradicional y, a la vez, generando una disgregación del vínculo laboral. Ello ha ocasionado, la deslaborización del contrato de trabajo, dando cuenta de este aserto la fragmentación de la cadena fabril de producción en unidades productivas a cargo de empresas formalmente independientes, pero económicamente independientes de una unidad central.
  
6. La existencia de un poder de dirección compartido, directa o indirectamente, fundamenta la conjunción y atribución de

responsabilidades, aun en ausencia de texto legal expreso, utilizando los Principios Generales del Derecho del Trabajo o, en su defecto, las categorías contempladas en el derecho privado, siempre y cuando que en este último caso no se contradigan aquellos ni la razón de ser de la disciplina: la protección de la actividad humana.

7. La disyuntiva entre lograr que el derecho sea un instrumento para garantizar la eficiencia económica o para garantizar que el funcionamiento económico otorgue resultados equitativos, no es aplicable al derecho del trabajo, ya que desde sus orígenes no ha dejado de reconocer las necesidades del rendimiento económico y de funcionamiento del sistema capitalista de producción y acumulación, otorgando al empleador amplios poderes jurídicos para dirigir y disponer del trabajo contratado bajo subordinación o dependencia. La novedad está en proponer que la racionalidad económica ahora necesita una disminución de derechos en el trabajo, un abstencionismo normativo y una individualización en las relaciones laborales; que las posibilidades empresariales de éxito o fracaso dependen, en buena medida, del contenido y profundidad de los derechos asociados al trabajo, aspiración que rompe con el equilibrio que, hasta ahora, se ha mantenido latente en el trabajo asalariado.

8. Las nuevas formas de contratación, enmarcadas en la descentralización productiva o externalización laboral, han producido una declinación constante de los derechos asociados al trabajo asalariado, manteniendo su estructura contractual pero con cada vez menos derechos reconocidos, lo que ha otorgado a las empresas nuevos espacios para imponer sus decisiones a los trabajadores bajo la forma de un contrato de prestación subordinada de servicios personales libremente convenido, con el consecuente daño a la libertad individual y el rápido retorno a una remercantilización del trabajo.
  
9. Cuando la subcontratación es ficticia generalmente estaremos ante el supuesto del empleador único y el trabajador podrá reclamar el total de su crédito a cualquiera de las personas involucradas en la relación, sea el empleador ficticio que comprometió su responsabilidad formalmente y el empleador real. En igual sentido, operaría la existencia de un conjunto económico, ya que demostrada su articulación, estaríamos ante la hipótesis de un solo empleador y se le podría reclamar íntegramente la deuda a cualquiera de los integrantes del conjunto.
  
10. La descentralización productiva, a través del teletrabajo constituye un mecanismo de exteriorización y externalización del trabajo, en la medida en que tareas que se cumplían dentro de la empresa por trabajadores

dependientes, pasan a cumplirse a distancia de ella, por los mismos trabajadores y porque se celebran contrataciones con trabajadores autónomos o por cuenta ajena. Si bien el teletrabajo supone nuevas oportunidades de empleos para ciertos grupos con difícil acceso a fuentes de trabajo, como los discapacitados, las mujeres con hijos pequeños, población con áreas geográficamente aisladas o menos desarrolladas y, adicionalmente, representa ventajas relacionadas con el medio ambiente por la reducción en la circulación de vehículos, ahorro de energía y, por ende, menor contaminación, paralelamente plantea serios inconvenientes o desventajas, incluso de naturaleza jurídica, como el aislamiento del teletrabajador que puede provocar estrés, la falta de contacto directo con sus colegas y las consecuencias que se derivan en torno a la actividad gremial, la distorsión de la línea entre trabajo, tiempo libre y responsabilidades familiares, las dificultades en lo relativo a los poderes de control del empleador y el respeto a la intimidad del trabajador.

11. La subordinación jurídica en el teletrabajo introduce nuevos elementos y distintos indicios de los tradicionalmente consagrados, en razón de las nuevas formas de ejecutar las labores por los trabajadores, descartándose así el usual concepto de dependencia y sustituyéndolo por el de teledependencia o dependencia informática. El poder de dirección ya no se ejerce bajo la tradicional coordinación espacio – temporal con la empresa,

sino que se reemplaza por una conexión electrónica a distancia entre varios operadores con respecto a una unidad central, es decir, el poder de dirección se ejerce a distancia.

12. El Derecho del Trabajo nació para la defensa del trabajo subordinado, sin embargo, actualmente tiene el desafío de abrir su objeto para buscar la defensa del trabajador, no ya desde la perspectiva del trabajo dependiente o subordinado, sino frente a las múltiples modalidades contractuales derivadas de la globalización. La visión economicista de la descentralización productiva, expresada en argumentos técnicos como la especialización, económicos como la reducción de costos y estratégicos como el manejo de una planilla flexible, es respetable, sin embargo, el derecho del trabajo debe, aun aceptando la legitimidad de tales planteamientos, impedir que esas estrategias redunden en una disminución de las garantías laborales y de seguridad social, asumiendo e implementando las medidas adecuadas, entre ellas, podría ensayarse la corresponsabilidad de la empresa usuaria ante los incumplimientos de la intermediaria, subcontratada o descentralizada.

## **RECOMENDACIONES**

1. Se requiere, ante el desarrollo vertiginoso de los fenómenos de descentralización productiva o externalización laboral, la construcción de un nuevo sistema de tutelas que funcionen paralelamente a las transformaciones de las organizaciones del trabajo. El Derecho Laboral debe ampliar su alcance a través de una reformulación de sus criterios distintivos abarcando así situaciones que actualmente se encuentran al margen de su aplicación y protección, o simplemente dotar a esas personas que prestan sus servicios en forma semiautónoma de una mayor protección, sin llegar a incorporarlos a su ámbito de aplicación.
  
2. El Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral debe acometer, sin más dilación la reglamentación de una serie de materias contenidas en el Código de Trabajo: en especial, las referidas al artículo 95 del Código de Trabajo, en función de establecer las reglas claras ante el evento de cesiones ilegales de trabajadores o, de aquellas que, aunque lícitas en su aspecto formal, encubren en el fondo un tráfico ilegal de trabajadores, debido a la situación precaria y vulnerable en la que se colocan, desprovistos de tutela y garantías de reivindicación de sus derechos.
  
3. En igual sentido, debe acometerse la reglamentación del trabajo en régimen de contratación, toda vez que la normativa actual no solventa integralmente los problemas que ha generado la transformación de la organización del proceso productivo y con ello las nuevas formas de

prestar el servicio. En aras de tal objetivo debe, paralelamente, reforzar las atribuciones de la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo, en procura de la eficacia en la protección de los derechos fundamentales, específicos e inespecíficos, de los trabajadores.

4. La Corte Suprema de Justicia y sus dependencias de administración de justicia deben promover, fortalecer y adoptar en sus decisiones las opciones interpretativas que privilegien la argumentación y los postulados de la axiología jurídica, como herramientas permanentes de su quehacer jurídico, en función de concretar el fin primordial del derecho, cual es la realización de valores y la eficacia de la ética judicial.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. ACKERMAN, M. E. (2004). **“El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo”**. Revista Relaciones Laborales. N° 3. Pág. 29.
2. ACUT, G.C. (2004). **“Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa”**, TS, N° 163, Pág. 31
3. AGACINO, R., GONZÁLEZ, C., y ROJAS, J. (1998). **Capital Transnacional y Trabajo: el desarrollo minero en Chile**. LOM Ediciones; Santiago, Chile; citado por ARANCIBIA F., F. **“Flexibilidad Laboral: Elementos Teórico-Conceptuales para su análisis”**; en Revista Ciencias Sociales, No 26, Primer Semestre 2011. Departamento de Ciencias Sociales. Universidad Arturo Prat. Iquique.
4. AGIS DASILVA, M. (1999). **El lugar de trabajo, fijación y modificación**. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Págs. 98-99
5. AGUILERA, GARCÍA Y OTROS (2011). **100 preguntas laborales sobre Descentralización Productiva**. Primera Edición. Mayo. Madrid. España. Págs. 21-22
6. ALARCÓN, C. M. R. (1986). **“La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”**. Revista Española de Derecho del Trabajo. N° 28. Págs. 533-534.
7. ALARCÓN, C.M.R. y otros (2004). **Nuevas tecnologías de la información y Derecho del Trabajo**. Editorial Bomarzo, Albacete, Pág. 170
8. ALFONZO, G., R.J. (1985). **Estudio Analítico de la Ley de Trabajo Venezolana**. Tomo I. Contemporánea de Ediciones. Caracas. Venezuela. Pág. 468
9. ALONSO GARCÍA, M. (1987). **Curso de Derecho del Trabajo**. Editorial Ariel. Barcelona. Pág. 341; citado por CHACÁRTEGUI, C. (1998), Ob. cit. Pág. 37
10. ALONSO OLEA, M. (1965). **“Sobre el poder de dirección del empresario”**. Revista de Política Social. N° 65. Pág. 105. Citado por (CHACÁRTEGUI, 1998, Pág. 28).
11. ALONSO OLEA, M. (1981). **Introducción al Derecho del Trabajo**. Editorial Tecnos. Madrid. Pág. 23,
12. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (1997). **Derecho del Trabajo**. Editorial Civitas. Madrid. Pág. 354

13. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. Derecho del Trabajo. 13ª Edición. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid. Pág. 108; citado por GAUTHIER, PRATT y GARI (2000), en Subcontratación e Intermediación: A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo, Ob. cit. Pág.343
14. ALVAREZ-CIENFUEGOS, S.J.M (2001) “Libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución”. Diario La Ley. Lunes 22 de enero de 2001, N° 5230.
15. AMEGLIO, E.J. (2000). Vicisitudes del Proyecto de Convenio Internacional sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación: en Cuarenta y Dos estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Editorial Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. Págs. 405-412.
16. AMEGLIO, E.J. (2000). “La Subcontratación Laboral: un intento para delimitar su marco jurídico”. Tribunal de Abogado, N° 115, enero-marzo. Pág. 11; citado por BAFICO & FERNÁNDEZ., Ob. cit. Pág.358
17. ANEZ, H. C., (2005). El Capital Intelectual: Nuevo enfoque de la flexibilización laboral. En: Revista Venezolana de Gerencia. Vol. 10, No 30; Caracas, Venezuela. Páginas 310-324; citado por ARANCIBIA.
18. ANTUNES, R. (1996). ¿Adiós al trabajo? Ensayo sobre la metamorfosis y el rol central del mundo del trabajo. Valencia: Piedra azul. Pág. 13
19. APARICIO, J. (1997). El Derecho del Trabajo ante el fenómeno de la internacionalización. Contextos, N° 1.
20. APARICIO, T. J. (2007). La Transnacionalización del Derecho del Trabajo: en A.A.V.V. Globalización Laboral y de la Seguridad Social. Primera Edición. Editorial Universidad Del Rosario. Bogotá, D.C. Págs. 13-28.
21. APARICIO, T. J. y BAYLOS GRAU, A. (1992). Autoridad y Democracia en la empresa. Editorial Trotta. Madrid. Pág. 32
22. ARAGÓN, R.M. (2005). “El Contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en PÉREZ DE LOS COBOS, O.F. (2005), “Libertad de empresa y relaciones laborales en España”. Instituto de Estudios Económicos. Madrid. Pág. 32.
23. ARAGÓN, J., ROCHA, E. (2005). “La Dimensión Laboral de la RSE en España. Un análisis de casos” en A.A.V.V. La Dimensión Laboral de la

- responsabilidad social de las empresas.** Cuadernos de Información Sindical de CCOO, N° 63, Pág. 49
24. ARCE, J.C. (2013). **Derecho del Trabajo y Crisis Económica. La Invención del Porvenir.** Primera Edición. Editorial Aranzadi S.A. Navarra. España.
  25. BAFICO & FERNÁNDEZ (2000). **Subcontratación;** en .A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Editorial Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. Págs. 357
  26. BANPLAIN, R. (1995). **The Legal and contractual situation of teleworker in the member states of the European Union, European Fundation for the improvement of Living and Working Conditions.** Dublin; citado por SIERRA, B. E. M. (2001), Ob. cit. Pág. 33.
  27. BARRETO, G. H. (2000). **Los Sindicatos en la Descentralización Empresarial.:** en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Editorial Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 456.
  28. BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA (1974). **Manual de Derecho del Trabajo.** 12ª Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid. Pág. 23 y sgts
  29. BAYLOS, G. A. (1990), “**La información trimestral sobre previsiones de contratación y supuestos de subcontratación. Algunas reflexiones**” en Revista de Trabajo N° 100, 1990, Págs. 357 y 358; citado por GAUTHIER, PRATT & GARI, Ob. cit. Pág. 343.
  30. BAYLOS, G.A. (2006). **La Responsabilidad Legal de las Empresas Transnacionales.** Revista de derecho Social Latinoamericano, N° 1, Bomarzo latinoamericana.
  31. BAYLOS, G. A. (2007). “**Globalización y Empresas transnacionales. La problemática de la responsabilidad**”; en A.A.V.V. **Globalización y Derecho.** Una aproximación desde Europa y América latina. Editorial Dilex. Madrid.
  32. BAYLOS, G. A. (2003). **La Dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva.** Bomarzo. Albacete. Pág. 102
  33. BAYLOS, G. A. y VALDÉS, D. B. (2004). “**Efectos de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo;** en ALARCÓN, C. M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R. (2004). Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo. Editorial Bomarzo. Albacete. Pág. 141

34. BAYLOS, G. y PÉREZ REY, J. (2006). **“Sobre el Libro Verde: modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI”**, en Cuadernos de la Fundación, N° 5, 2006. Pág. 8 ([www.fundacionsindicaldeestudios.org](http://www.fundacionsindicaldeestudios.org))
35. BELTRAN, L. (1976). **Historia de las Doctrinas Económicas**. Tercera Edición revisada y actualizada Editorial Teide.
36. BELZUNEGUI, E. A. (2002). **Teletrabajo, Estrategias de flexibilidad**. CES. Madrid. Pág. UBICAR ESTA CITA
37. BLANCO, C. E. V. (2011). **El Teletrabajo en el Derecho Laboral Venezolano**. Universidad Central de Venezuela. Trabajo especial para optar por el Título de Especialista en Derecho del Trabajo. Pág. 21
38. BONET, J. (2007). **Mundialización y Régimen Jurídico Internacional del Trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal**. Editorial Atelier. Barcelona. Pág. 200
39. BOUCHET, H. (2006). **“De la confidencialidad de los datos personales en los lugares de trabajo”**; en FARRIOLS, I. S.A. (2006). **“La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo**. Ediciones Cinca, Madrid. Pág. 174
40. BRONSTEIN, A. (1999). **“La Subcontratación Laboral”**: en Revista de Derecho Laboral. Tomo XLII, N° 195..
41. BRONSTEIN, A (1999). **“La Subcontratación Laboral”**, Ponencia presentada ante el Seminario Internacional sobre el Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio, celebrado en Santo Domingo, República Dominicana en abril de 1999, Pág. 11, citado por BAFICO & FERNÁNDEZ, Ob. cit. Pág. 356.
42. BROWN, LAUDER y ASHTON, (2011). **La Subasta Global: las promesas incumplidas de la educación, el trabajo y los ingresos**. SITIO WEB: [http://es.wikipedia.org/wiki/Taylorismo\\_digital](http://es.wikipedia.org/wiki/Taylorismo_digital). Visitado: 19 de enero de 2016.
43. BUENO MAGANO, O. (1982). **“Grupos económicos nacionales e internacionales. Su responsabilidad en cuanto a los derechos de los trabajadores”**; en A.A.V.V. **Los Grupos de Empresas nacionales y multinacionales y el Derecho del Trabajo**. México. UNAM. Pág. 49
44. BUENO MAGANO, O. (1989). **“La Determinación de la Norma más Favorable”**, en X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo. Tomo I. Pág. 1; citado por METALLO, M. (2000). **“Los Principios del Derecho del Trabajo y el Proceso de Descentralización”** en: A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre

Descentralización Productiva y el Derecho del Trabajo. Editorial Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 26

45. CABEZA, P. J. (2005). **“La Conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”**. Revista de Derecho Social, N° 31. Pág. 38
46. CALDERA, R. (1989). **El Derecho del Trabajo del Siglo XXI**; en el X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Panel sobre el futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo. Uruguay. Pág. 50.
47. CALVO, G. J. (2001). **“Teletrabajo”**; en CARDENAL C. M (2001). **Vademécum de Contratación Laboral**. Editorial Laborum. Murcia. Pág. 364
48. CAMAS, R.F. (2004). **“La intimidad y la vida a del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”**, en ALARCÓN, C.M.R. y otros (2004). Nuevas tecnologías de la información y derecho del trabajo. Editorial Bomarzo, Albacete, Pág. 170
49. CAMPS RUIZ, L.M. (1994). **“Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos”** en Antonio Baylos y Luis Collado, **Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo**. Madrid. Editorial Trotta. Pág. 87; citado por PÉREZ DEL CASTILLO, Ob. cit. Pág. 185.
50. CAMPS RUIZ, L.M. (2011). **“Concepto y Régimen Jurídico de las Empresas de Trabajo Temporal”**; en A.A.V.V. **Descentralización Productiva y Relaciones Laborales**. Edita CISS, Grupo WoltersKluwer España, S.A.
51. CAMPS RUIZ. L.M. (2011). **Descentralización Productiva a través del Trabajo a Domicilio y el Teletrabajo**; en A.A.V.V. **Descentralización Productiva y Relaciones Laborales**. Ediciones CISS. Colección TODO. Grupo WoltersKluwer. Pág. 497.
52. CAPELLA, J.R. (1999). **“Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales, Transformaciones del derecho en la mundialización”**. Estudios de Derecho Judicial, N° 76. Escuela Judicial. Consejo del Poder Judicial. Pág. 108
53. CARRASCOSA, J. (2004). **Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI**. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 22. Pág. 29
54. CARBONELL, M. (2010). **“El Neoconstitucionalismo: significado y nivel de análisis”**; en A.A.V.V. **El Canon Neoconstitucional**. Ob. cit. Pág. 161

55. **CARDENAL, C.M.** (2004). “El abuso de Internet en el trabajo”, ¿vamos bien? AS, N° 12.
56. **CARO FIGUEROA, A.** (1993). La Flexibilidad Laboral. Primera Edición. Editorial Biblos. Buenos Aires. Argentina.
57. **CARVALLO M., C.** (2001). Delimitación del Contrato de trabajo. Caracas: Publicaciones UCAB. Pág. 16
58. **CASAS VALLES, R.** (1987). Inviolabilidad y derecho a la intimidad. Revista Jurídica de Cataluña. Volumen 86. N° 1. Pág. 191
59. **CASTELLS, M.** (1999). La Era de la Información: Economía, Sociedad y Cultura. Volumen 1: La Sociedad Red. Alianza Editorial, Madrid. España; citado por **ARANCIBIA F., F.** Ob. Cit. Página 41
60. **CASTELLO** (2009). La Subcontratación y las Relaciones Laborales: en Revista Latinoamericana de Derecho Social. Número 9, Julio – Diciembre de 2009. Págs. 53-87
61. **CASTILLO, F.D.** (2009). Los Nuevos Trabajadores Precarios. Primera Edición. Universidad Autónoma del Estado de México. México. Pág. 6.
62. **CHACÁRTEGUI, J., C.** (1998). El Contrato de Trabajo y Empresas de Trabajo Temporal. Tesis Doctoral. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, Junio. Sitio Web: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7293/tccj>. Visitado: 14-11-14
63. **CHÁVEZ, R., I. P.** (2001). Flexibilidad en el Mercado Laboral. Orígenes y Concepto. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Aportes, mayo-agosto, año/vol. VI, número 017. Puebla. México.
64. **CORIAT, B.** (1979). El Taller y el Cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo y el fordismo y la producción en masa. Editorial Siglo XXI. Madrid; citado por (KAHALE CARRILLO, 2011), Ob. cit. Pág. 37.
65. **CRUZ VILLALON, J.** (1994). Descentralización Productiva y Sistema de Relaciones Laborales: en la Revista de Trabajo y Seguridad Social, N° 13. Enero- Marzo. Madrid. Págs. 8-9
66. **CRUZ VILLALON, J.** (1999). Trabajo Subordinado y Trabajo Autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán. Editorial Tecnos. Madrid. Pág. 63

67. CRUZ VILLALÓN, J. (2000). El Trabajo a Domicilio. (En torno al artículo 13). Número Monográfico, El Estatuto de los Trabajadores veinte años después. REDT, N° 100. Pág. 459
68. CRUZ VILLALÓN, J (2000). “Outsourcing y Relaciones laborales”, en A.A.V.V.: Descentralización Productiva y nuevas formas de organización del trabajo. Madrid, Pub. del MTAS, Pág. 257.
69. CRUZ VILLALÓN, J. (2005). “Poder de Dirección y nuevas estructuras empresariales”; en ESCUDERO, R.R. (2005). El Poder de Dirección del empresario: nuevas perspectivas. Editorial La Ley. Madrid. Pág. 237.
70. DAHRENDORF, R. (1986). La Flexibilidad en el mercado del trabajo. Ed. OCDE. Col. Informes OCDE, Editada en español por el MTSS, Madrid. España.
71. DE ANDRÉS GIL, J., OLANO, O. M. y LETE MURUGARREN, A. (2001). Perspectiva Internacional del Teletrabajo: nuevas forma de trabajo en la sociedad de la información. MTAS. Madrid. Págs. 23-34
72. DE LA HAZA, P. (1988). Observaciones a una Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas. Editorial La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía. N° 3. Pág. 813
73. DE LA PUEBLA, P. A. (2007). “Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo”. Revista Relaciones Laborales, N° 20. Pág. 69
74. DE LA VILLA, G. L.E. (1999). “La Condición Jurídica del Teletrabajador: en A.A.V.V. Trabajar en la Sociedad de la Información. El Teletrabajo: problema o solución. Cómo contratarlo”. Colección Fórum Universidad – Empresa. Madrid. Pág. 190; citado por (SIERRA, 2011), Ob. cit. Pág. 35
75. DE LOS COBOS, O. F. (2000). “Filialización. Grupos de Empresa”, en A.A.V.V. Descentralización Productiva y Nuevas formas de organización del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza. 28 y 29 de mayo. MTAS. Madrid. Págs. 630-637
76. DEL REY GUANTER, S. (1993). “Tratamiento de datos de carácter personal y contrato de trabajo”. Revista Relaciones Laborales, Tomo II, Pág. 148
77. DEL REY GUANTER, S. (2000). “Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia”. Revista Relaciones Laborales. Monográfico dedicado al trabajo autónomo. N° 7/8. Pág. 72

78. **DESDENTADO, BONETE**, Aurelio (2007) “¿Qué hacer con el derecho del trabajo? Una reflexión sobre el futuro desde la práctica judicial: en HERNÁNDEZ, V. M.J., TORRES, A. J.M. (2007). Derecho Laboral del siglo XXI. Estudios de Derecho Judicial 118. CGPJ. Madrid. Pág. 43; citado por MERCADER UGUI.
79. **DE VICENTE**, P.F. (2005). “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo”. TS, N° 157. Pág. 34
80. **DÍAZ, A.** (1996). Flexibilidad Productiva en las Economías de la Región y Nuevos modelos de Empresa; en Boletín Cinterfor, No 137; Santiago, Chile, páginas 31-60; citado por ARANCIBIA F., F..
81. **DIEGUÉZ CUERVO**, G. (1969). “La fidelidad del trabajador en la Ley de Contrato de Trabajo”. Ediciones de la Ciudad de Navarra. Pamplona, Pág. 24; citado por CHACÁRTEGUI, Ob. cit. Pág. 31
82. **DIMARTINO, V. y WIRTH, L.** (1990). “Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y de vida”, en Revista Internacional del Trabajo. Vol. 109, N° 4, Pág. 471; citado por PÉREZ & XALAMBRI, Ob. cit. Pág. 151.
83. **DONO, L.** (1997). “Subcontratación en materia laboral”, Ponencia oficial en las IX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizadas en Minas, Lavalleja, en diciembre de 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, N° 14, Págs. 62 y sgts.
84. **ECHEVERRÍA, M. y URIBE, V.** (1998). Condiciones de Trabajo en Sistemas de Subcontratación. OIT. Chile. Pág. 22.
85. **EKMEKDJIAN, M. A.** (1994). Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II, Segunda Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. Pág. 354.
86. **ERMIDA, U.O.** (1987). La Protección contra los actos antisindicales. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 42, citado por MANTERO, O. (2000): en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Ob. cit. Pág. 484.
87. **ERMIDA & CASTELLO** (2000). Las Empresas de Trabajo Temporal: en Cuarenta y Dos estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Editorial Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay.

88. ERMIDA, U. O. (1992). Flexibilidad en algunas experiencias comparadas: en A.A.V.V. Experiencia de la Flexibilidad Normativa. Universidad Nacional Andrés Bello. Santiago, Chile.
89. ERMIDA, U.O. en “La flexibilidad laboral”. Escenario 2, Revista de Análisis Político. Montevideo, Uruguay, citado por CANALES (2003). La Flexibilidad Laboral. Ob. cit. Pág. 5.
90. ESCRIBANO, G.J. (2001). “El derecho a la intimidad del trabajador” (A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio). Revista Relaciones Laborales. N° 1. Pág. 87
91. ESCUDERO, R. R. (1999). “Teletrabajo”: en A.A.V.V. Descentralización Productiva y Nuevas Formas Organizativas del Trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. MTAS. Madrid.
92. ESCUDERO, R.R. (2005). El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas. Editorial La Ley. Madrid. Págs. 21-17
93. ESTEBAN, L. R. (2000). “Teletrabajo y Derecho Colectivo del Trabajo”; en A.A.V.V. Descentralización Productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. MTAS. Madrid. Pág. 1021
94. FARIA, E.F. (2001). El Derecho en la economía globalizada. Editorial Trotta. Madrid. Pág. 22
95. FARRIOLS, S.A. (2006). La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo. Ediciones Cinca. Madrid. Págs. 33-34.
96. FERNANDEZ, B. H. (2000). Las Actuales formas de la Descentralización Productiva. Criterios de Identificación y Modalidades Contractuales: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Págs. 67-77.
97. FERNÁNDEZ, D.H. (2001). Internet. Su Problemática Jurídica. Editorial Abeledo-Perrot, LexisNexis, Argentina S.A, Bs. As. Pág. 23.
98. FERNANDEZ, O. F. J. (1999). “El uso del Teletrabajo como relación laboral y su conexión con la actuación de la Inspección del Trabajo, a la luz del artículo 18 de la Constitución”. Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, España, Mayo 199: citado por (PÉREZ & XALAMBRI, 2000), Ob. cit. Pág. 154.

99. **FERNÁNDEZ, V.L.A (2003).** Las Facultades Empresariales de Control de la actividad laboral. Editorial Aranzadi, Cizur menor. Págs. 30-33
100. **FERNÁNDEZ DE VILLALTA, J. (2000).** “Teletrabajo y discapacidad. Un debate para el sentido común”; en A.A.V.V. Nuevas Tecnologías de la infocomunicación, turismo y teletrabajo. 2º Congreso de Turismo y Teletrabajo, celebrado en Islantilla, los días 25 y 26 de febrero de 2000. Material multicopiado. ISBN: 84-607-0157-3.
101. **FERRO, V.** “La Subcontratación o Intermediación Laboral”, Pág. 76, citado por **BAFICO & FERNÁNDEZ**, Ob. cit. Pág. 357
102. **FERRO ASTRAY, J. (1992).** Personalidad Jurídica; en Jornadas Interdisciplinarias laboral – comercial. Montevideo. Fondo de Cultura Universitaria. Pág. 96.
103. **FRIEDMAN, M. y FRIEDMAN R. (1980).** Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico. Editorial Grijalbo. Barcelona.
104. **FRAGALE, F.R. y JEFFERY, M. (2003).** “Información y Consentimiento”; en JEFFERY, M. (2003). “Tecnología informática y Privacidad de los trabajadores”, número monográfico, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Nº 1, Pág. 383
105. **FRAILE, L. et al (2014).** Atenuar el Neoliberalismo. Tripartismo y Reformas Económicas en el Mundo en desarrollo. Primera Edición. Editores Plaza y Valdés. Madrid. Págs. 30 - 31
106. **GAETA, L. (1996).** “Teletrabajo y Derecho. La experiencia italiana”. DL, Nº 49. Págs. 38-44
107. **GAETA, L. y PASCUCCI, P. (2000).** El Teletrabajo en el ordenamiento italiano. Revista Gallega de Empleo, Nº 1, citado por **SIERRA, B. E. M.** (2011), Ob. cit. Pág. 40.
108. **GALA DURÁN, C. y PASTOR, M. A. (2005).** “La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva”; en DEL REY, G.S. (2005). “La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)”. Revista de Derecho del Trabajo. Nº 133, Págs. 5-34
109. **GALDÓS, J.M. (2003).** Correo Electrónico, Privacidad y Daños. Revista de Derecho de Daños. Volumen Nº 3. Buenos Aires. Pág. 171

110. GALLARDO, M. R. (1998). El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador. Ibídem Ediciones. Madrid. Págs. 59-62;
111. GALLARDO, M. R. (2006). “Sobre la decisión unilateral del empresario y los acuerdos en el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo para imponer el teletrabajo a domicilio”. Revista de Derecho Social, N° 33. Pág. 173.
112. GARCÍA MAYNEZ, E. (2009). Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa. Decimoséptima Edición. México. Pág. 270.
113. GARCÍA, V.J. (2001a). La buena fe en el contrato de trabajo: especial referencia a la figura del teletrabajador. Editorial CES. Madrid. Pág. 290
114. GARCÍA, V. J. (2001b). “Relaciones Laborales e Internet”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. N° 223. Pág. 18; en ORTIZ CHAPARRO, F. (1995). El Teletrabajo. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología.. Págs. 43-44
115. GARCÍA, S.J.A. (2002). “Intranets wireless: colaboración y teletrabajo desde terminales móviles”, /world, Enero 2002, Pág. 42-50
116. GARCÍA, J. L. (2010). Los Argumentos del Neoconstitucionalismo y su Recepción: en A.A.V.V. El Canon Neoconstitucional. Editorial Trotta S.A. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Madrid. Edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo. Pág. 208
117. GARCIMARTIN, A.F.J. (2008). “El Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?” Diario La Ley, N° 6957. Pág. 20-21.
118. GAUTHIER, PRATT & GARI (2000). Subcontratación e Intermediación: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios de Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Editorial Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. Págs. 341-343
119. GIERKE, O. (1982). Las Raíces del Contrato de Servicios. Traducción y comentario crítico por BARREIRO GONZÁLEZ, G. Madrid, Cuadernos Civitas, 1982. Pág. 39; citado por CHACÁRTEGUI, Pág. 30.
120. GILES, A. (2001). New Forms of Employment: en A.A.V.V. Relaciones Laborales en el siglo XXI. Coordinadora Patricia Kurczin Villalobos. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM). México.
121. GIL y GIL, J.L. (2003). Principio de buena fe y poderes del empresario. CARL. Sevilla. Págs. 196-197

122. **GÓMEZ, I. F.** (2006). “Empresas Transnacionales y derechos humanos: desarrollos recientes”; en HARREMANAK, L. (2006). Responsabilidad Social Corporativa. Revista de Relaciones Laborales, N° 14, Universidad del País Vasco.
123. **GONZALEZ. B.G.** (1982). Las Raíces del Contrato de Servicios. Traducción y comentario crítico por BARREIRO GONZÁLEZ, G. Madrid, Cuadernos Civitas, 1982. Pág. 39; citado por CHACÁRTEGUI, Ob. cit. Pág. 30.
124. **GONZALEZ, B. E.** (1999). La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral. Editorial Aranzadi. Pamplona. Pág. 179
125. **GONZÁLEZ, M. M.D. y LÓPEZ AHUMADA, J.E.** (1999). El Teletrabajo y la privacidad del trabajador. Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza, 28 y 29 de mayo.
126. **GOÑI, S.J.L.** (2005). “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”. Revista de Derecho Social. N° 32. Pág. 94
127. **GOÑI, S., J.L.** (2007). La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales. Ediciones Cizur Menor (Navarra) Thomson - Civitas, Nota a pie N° 2, Pág. 61
128. **GRAY, M., GORDON, G. et all** (1995). El Teletrabajo. Fundación Universidad – Empresa. Madrid.
129. **GRZETICH, A.**, “El Concepto de Subcontratación y algunas de sus consecuencias jurídicas”, en Revista Derecho Laboral, Tomo XXXV, N° 166, Págs. 413-414, citado por GAUTHIER, PRATT & GARI, Ob. cit. Pág. 345.
130. **GUASTINI, R.** (2007). Estudios de Teoría Constitucional. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM – FONTAMARA, Pág. 153; citado por **CARBONELL, M.** (2010). “Neoconstitucionalismo: significado y Niveles de análisis”: en A.A.V.V. El Canon Neoconstitucional. Ob. cit. Pág. 158.
131. **HARREMANAK, L.** (2006). Responsabilidad Social Corporativa. Revista de Relaciones Laborales, N° 14, Universidad del País Vasco.
132. **HERNANDO, D.L. A.** (2003). “Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo”. Revista Relaciones Laborales. N° 21. Pág. 87

133. HEININGER, H. (1989). Las Empresas Transnacionales y la lucha por el establecimiento de un nuevo orden económico internacional: en A.A.V.V. (2009). Empresas Multinacionales, Finanzas, Mercados y Gobiernos en el siglo XX. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. Pág. 461
134. HERBERT, M.M. y SILVEIRA, J. (2000). “Repercusión de la Descentralización en el Problema del Empleo” en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y Derecho del Trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 61
135. HESSE, K. (1996). “Significado de los derechos fundamentales”: en E. Benda et al. (eds.), Manual de derecho constitucional. Madrid. Editorial marcial Pons. Pág. 93; citado por (CARBONELL, 2010), Ob. cit. Pág. 161
136. HYMAN, R. (1996). Los Sindicatos y la desarticulación de la clase obrera. Revista Latinoamericana de Estudios del trabajo. Año 2, N° 4.
137. HOYOS, A. (1982). Derecho Panameño del Trabajo.. Primera Edición. Vol. I. Impreso por Litografía e Imprenta LIL, S.A. Costa Rica.
138. HOYOS, A. (1987). La Flexibilización del derecho laboral tradicional. Tendencias internacionales recientes: en Derecho Laboral, Montevideo, Julio-septiembre, 1987, Pág. 517, citado por MURGAS, T.R.
139. IZQUIERDO, F.J. (2006). El Teletrabajo. Editorial Difusión Jurídica y Temas de actualidad, S.A. Madrid. España. Pág. 23.
140. JARILLO & ECHEZARRAGA (1998). Estrategia Internacional. Editorial Mc Graw Hill. México. Pág. 127
141. JEFFERY, M. (2003). “Tecnología informática y Privacidad de los trabajadores”, número monográfico, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, N° 1, Pág. 383
142. JIMENEZ SANCHEZ, J.J. (2006). “Marcos de las relaciones laborales en las empresas multinacionales: las directrices de la OCDE en Empresas Multinacionales: su incidencia en las relaciones sociales”. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Pág. 44
143. JURADO, S. A. (2004). “Algunas consideraciones en torno al acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo”. Temas Laborales. Pág. 43:
144. KAHALE CARRILLO, T. (2011). Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral. Un Estudio sobre la Contratación Externa de

- Actividades Descentralizadas**. Primera Edición. Editorial Aranzadi S.A. Navarra. España. Pág. 46.
145. KAHALE, C. D.T. (2003). **Teletrabajo: regulación jurídico-laboral**. Gaceta Laboral de diciembre, Volumen 9, N° 3.
146. LACHMAN, R. et al (2002). **“El Teletrabajo”**: en **Contratos y Regímenes Especiales de Trabajo**. Primera Edición. Editorial JURIS TEXTOS S.A. Panamá. Págs. 23-41.
147. LAFONT, N.L. (2004). **“El Teletrabajo desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales del teletrabajador”**. IL, Legislación y convenios colectivos, N° 9, Pág. 17.
148. LANDA ZAPIRAIN, J. P. (2005). **Eficacia y Efectividad del Derecho en las relaciones laborales internacionales**. Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social. Universidad de Castilla La Mancha. Pág. 2
149. LEGAZ y LECAMBRA, L. (1975). **Filosofía del Derecho**. Cuarta Edición. Editorial Barcelona. Pág. 793; citado por METALLO, M. (2000). Ob. cit. Pág. 35
150. LÓPEZ, L. (1979). **La facultad de Dirección**. Revista de Política Social. N° 122, Págs. 19 y sgts; citado por CHACARTEGUI (1998), Ob. cit. Pág. 38
151. LORENZO MEMBIELA, J. B. (2007). **Permisos y Licencias de los Servidores Públicos: adaptada a la Ley 7/2007. Estatuto Básico del Servidor Público**. Editorial Aranzadi. Navarra. Pág. 67
152. LOY, G. (2007). **Apuntes sobre el Libro Verde “Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”**, Especial Monográfico, RL, N° 15-16. 2007. Pág. 8
153. LUJAN ALCARÁZ, J. (1994). **La Contratación Privada de Servicios y el Contrato de Trabajo, contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del derecho del trabajo**. MTSS. Madrid.
154. LLANO SÁNCHEZ, M. (2006), citada por TARABINI-CASTELLANI, (2011) Pág. 145), **100 Preguntas sobre Descentralización Productiva**. Editorial La Ley. Primera Edición. Madrid. España.
155. MANTERO, O. (2000). **“Descentralización Empresarial y Actos Antisindicales”** en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Págs. 472-475

156. MARCHAL, E.N. (2004). "Lugar en que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo: ayer, hoy y mañana". Diario La Ley, N° 5986, de 30 de marzo de 2004. Pág. 11
157. MARÍN, A.I. (2003). "El correo electrónico como manifestación del art. 18.3 CE en el ámbito de la empresa: supervivencia de la configuración del derecho pese al poder de dirección del empresario". Comunicación presentada al Congreso Internacional de Derecho Constitucional, 4 y 5 de diciembre de 2003. Sevilla. Pág. 3
158. MARÍN, A.I. (2005). El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al secreto de las comunicaciones. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 206
159. MARTIN – ORTEGA, O. (2008). Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional. Editorial J. M. Bosch. Barcelona. Págs. 27-77
160. MARTÍNEZ CAYOSO, M.N. (2007). "Relación de trabajo y nuevas tecnologías: algunos aspectos problemáticos del uso del correo electrónico por parte de los trabajadores en la empresa", TS, N° 203, Pág. 40.
161. MARTÍNEZ, F. D. (2002). El Poder de control del empresario en la relación laboral. Editorial CES. Madrid. Pág. 37
162. MARTINEZ LÓPEZ, F° J., INFANTE MORO, A. et al (2003), "Los Sistemas de Control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones". RL, N° 12, 2003. Págs. 95 a 115.
163. MARTINEZ, B.M. (2005). Trabajo Autónomo y Trabajo subordinado. Delimitación, análisis y propuestas de reforma. RTYSS. N° 273. Pág. 121
164. MARTÍNEZ, L. F. J., LUNA, H. P. y ROCA, P. J.C. (2001). "El Teletrabajo en España: Análisis comparativo con la Unión Europea". Revista Relaciones Laborales. N° 18, Pág. 1225
165. MARTINEZ, J. (1999). "Los Grupos de Empresas" en Trabajo y Seguridad Social. Relaciones. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Pág. 65 y sgts: citado por PÉREZ DEL CASTILLO, Ob. cit. Pág. 178
166. MARTÍNEZ, L.F.J., LUNA, H.P. y otros (2003). "Los Sistemas de Control de la actividad laboral mediante las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones". Revista de Relaciones Laborales, N° 12, Págs. 95-115

167. MARTÍN FLORES, L. (1995). Outsourcing y Teletrabajo. Revista Española de Derecho del Trabajo, N° 71. Págs. 401-425; citado por BLANCO, C.E. (2011). El Teletrabajo en el Derecho Laboral Venezolano. Tesis de Especialidad en Derecho del Trabajo. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Sitio Web: [saber.ucv.ve/xmlui/bitstream/123456789/3459/T026800002806-0-trabajoespecial20blancoe-000.pdf](http://saber.ucv.ve/xmlui/bitstream/123456789/3459/T026800002806-0-trabajoespecial20blancoe-000.pdf). Visitado: 20 de noviembre de 2015
168. MATEO, J. M. (2000). Presente y Futuro del teletrabajo: razones para la creación de un marco jurídico regulador de su prestación. AEIPE. N° 13. Pág. 36-38
169. MATEU CARRUANA, M.J. (2005). “Facultades de control fuera del centro de trabajo: medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador”, en TS, N° 169, Pág. 268
170. MAYER, U. (1999). “Situación actual del tema de la pseudo-independencia” en el derecho y el mundo del trabajo. Estudios en homenaje del Prof. Wolfgang Däubler, Frankfurt, Bund Verlag. Traducido por Mercedes Metallo. Pág. 80
171. MELLA, M. L. (1998). Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo. AS, N° 11, Pág. 40, citado por SIERRA, B. E. M. (2011), Ob. cit. Pág. 38
172. MELLA, M., L. (2003). “Comentario General al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo”. Revista Relaciones Laborales. N° 1, Pág. 29
173. MERCADER, U.J.R. (2001). “Derechos Fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías ¿hacia una empresa panóptica?” Revista de Relaciones Laborales, N° 10, Pág. 13
174. MESQUITA, L.J. (1951). “El Poder disciplinario Laboral”. Cuadernos de Política Social. N° 9. Pág. 13; citado por CHACÁRTEGUI, C. (1998), Ob. cit. Pág. 36-37
175. METALLO, M. (2000). “Los Principios del Derecho del Trabajo y el proceso de Descentralización”; en Cuarenta y Dos Estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. 528 Págs.
176. MIÑARRO, Y.M. (2005). “Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: especial referencia a las condiciones de su ejercicio y límites”, en GARCÍA, N.J.I. (2005). El Control Empresarial en el ámbito laboral. Editorial CISS. Valencia. Pág. 58

177. **MOLINA, M.C.** (2005). Las Normas Internacionales del Trabajo y su Efectividad en el Derecho Colombiano. Primera Edición. Editorial Temis. Bogotá.
178. **MOLINA, R.J.** (2002). La Subordinación de los Trabajadores. Editorial “Intelligent Business Services” IBS. Panamá. República de Panamá. Págs. 58-59
179. **MOLINA, N. C.** (2007). Trabajadores en la frontera: comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo. Revista de Trabajo y de Seguridad Social. Pág. 102
180. **MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.** (2008). “Para una crítica del modelo de Flexiseguridad – liberal: Flexiseguridad y garantismo jurídico – social (Primera Parte)”. Tribunal Supremo. N° 206. Pág. 13
181. **MONEREO, P.J.L. y MORENO, V.M.N.** (2005). El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo. Editorial Tirant lo Blach. Valencia. Págs. 203-211
182. **MONTOYA, M. A.** (1999). “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, citado por CRUZ VILLALON, J. (1999). Trabajo Subordinado y Trabajo Autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán. Editorial Tecnos. Madrid. Pág. 63
183. **MONTOYA, M.A.** (1981). El Poder de Dirección del Empresario: en A.A.V.V. El Derecho Laboral en Iberoamérica. Primera Edición. Editorial Trillas S.A. México.
184. **MONTOYA, M. A.** (1985). “Dirección y Control de la actividad laboral”; en BORRAJO DACRUZ, E. (1985). El Estatuto de los Trabajadores. Tomo V. Arts. 19-25, Editorial Revista de Derecho Privado. Edersa. Madrid. Pág. 143
185. **MONTOYA, M. A.** (1965). El Poder de Dirección del Empresario. Instituto de Estudios Políticos. Editorial Aranzadi. Madrid. Pág. 44; citado por CHACÁRTEGUI, Ob. cit. Pág. 28
186. **MONTOYA, M.A.** (2001). La buena fe en el derecho del trabajo. Editorial Tecnos. Madrid. Pág. 80
187. **MORGADO, P. P.** (2004). El Teletrabajo nueva forma de prestación de servicios. (Avance jurisprudencial). AL. N° 16. Pág. 1915

188. MORALO GALLEGO, S. (2003). **“El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva; en FALQUERA, B. M.A. (2003). Derecho Colectivo. Cuadernos de Derecho Judicial, III-2003. CGJP. Madrid. Págs. 218 y 219**
189. MORENO, M.A. (2005). **“Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones”**, Revista de Comercio Electrónico, N° 58, Pág.11
190. MUNIVE, P. M.A. (2013). **“Creación del Tribunal Interamericano de Competencias Judiciales”**: en A.A.V.V. (2013). **Globalización, Derecho Supranacional e Integración americana**. Primera Edición. Editorial Porrúa S.A. México. Pág. 355
191. MURGAS, T.R. **Globalización, Relaciones Individuales de Trabajo y Nuevas Formas de Organización Empresarial**. V Congreso Panameño de Derecho Procesal. Edita Instituto Panameño de Derecho Procesal. Panamá.
192. MURGAS, T, R. (1982) **“La empresa, aspectos económicos, laborales y sociales”**; en **Estudios Laborales**.
193. MURGAS & TORRES (2002). **La Relación de Trabajo en Panamá**. Versión revisada de un Estudio para la Organización Internacional del Trabajo, 2001-2002, Pág. 87
194. NADAL, V. S.M. (1983). **La Empresa Transnacional en el marco Laboral**. Ediciones de Cultura Hispánica. Madrid. Pág. 29
195. NEGRI, A. y HART, M. (2000). **Imperio**. Barcelona. Editorial Paidós: citados por BARRIOS, G. L (2005), en **Las Relaciones de Trabajo en la Globalización: tres perspectivas de análisis**. Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona. Vol. X, N° 575 de 5 de abril de 2005.
196. NIETO, M.B. y URBANO, S.M. (2008). **El Uso del Correo Electrónico Laboral y el Derecho a la Intimidad del Empleado**: en Revista Jurídica Argentina La Ley/ La Ley, Vol. A. Buenos Aires, P. 604.
197. NILLES, J. (1973). **The Telecommunications transportation tradeoff. Optios for tomorrow and today**. Jala International. California: citado por SIERRA, B. E.M. (2011). Ob. cit. Pág. 29
198. NÚÑEZ, P. S. A. (2009). **El Correo Electrónico Laboral**. Primera Edición. Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres. Lima. Perú. Págs. 42-43

199. OJEDA AVILÉS, A. (2003), Modalidades del contrato de trabajo: comentarios a la legislación. Editoriales Tecnos. Madrid. Pág. 25
200. OJEDA AVILÉS, A. (2006). “Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa”. Revista de Derecho Social, N° 35, Pág. 29.
201. OJEDA AVILÉS, A. (2009). “Derechos Fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿en la ecuación imposible?”, TS, N° 217, Pág. 26
202. OLMO GASCÓN, A.M. (1996). “Alteración sustancial del contrato laboral desarrollado a través de empresas de trabajo temporal”. Revista Actualidad Laboral, N° 46, Pág. 883.
203. ORTIZ CHAPARRO, F. (1995). El Teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de tecnología. Editorial Mc Graw Hill. Madrid. Pág. 41
204. PALOMEQUE, L. M.C. (1991). Los Derechos Laborales en la Constitución Española. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. Pág. 31
205. PÉREZ DEL CASTILLO, S. (2000). Conjunto Económico o Grupo de Empresas: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 176
206. PÉREZ DE LOS COBOS, O. F. (1990). Nuevas Tecnologías y relación de trabajo. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 39-40
207. PÉREZ DE LOS COBOS, O. F. y THIBAUT, A. J. (2001). El Teletrabajo en España. Perspectiva Jurídico – Laboral. MTAS. Madrid. Pág. 19
208. PÉREZ DE LOS COBOS, O.F. (2005). “La Descentralización productiva y Libertad de Empresa”, en PÉREZ DE LOS COBOS, O.F. (2005), “Libertad de empresa y relaciones laborales en España”, Ob. cit. Pág. 192-193.
- 209.
210. PÉREZ DE LOS COBOS, O. F. (2005). La Subordinación Jurídica frente a la innovación tecnológica. RL. Tomo I. Pág. 1328.
211. PÉREZ DE LOS COBOS (2005). Libertad de Empresa y Relaciones Laborales en España. Instituto de Estudios Económicos. Madrid. Págs. 126-130

212. **PÉREZ GUERRERO, M. L. y RODRIGUEZ-PIÑERO, R. M. (2005). “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”. MTAS, N° 58, Pág. 219**
213. **PÉREZ, T. C. y XALAMBRI, M.A (2000). El Teletrabajo y los Problemas que plantea: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Págs. 149-162.**
214. **PLA, R. Ma. J. (2000) “La Descentralización a nivel internacional”; en A.A.V.V. (2000). Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el derecho del Trabajo. Grupo de los Miércoles. XXV Aniversario. Primera Edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay.**
215. **PLA RODRIGUEZ, A. (2000).”La Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo”: en Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Editora Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 12.**
216. **PURCALLA, B. M. y BELZUNEGUI, E. A. (2003). Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo. AS, N° 18. Pág. 66**
217. **QUERALT, J. (1990). La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos, especial referencia a la de las empresas. Revista Española de Derecho Constitucional. N° 30. Pág. 53**
218. **12 Trascendentales Mensajes Sociales. Elaborado por el Secretariado Nacional de Pastoral Social de Colombia. Editorial Kimpres Ltda. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1993. Tratando de la Cuestión Obrera la Iglesia Católica, a través de la Encíclica *Rerum Novarum* aconseja “no considerar a los obreros como esclavos, respetar en ellos la dignidad de la persona (...) no explotar la pobreza ajena para mayores lucros”.**
219. **RACCIATTI, O. C. (1997). Tercerización: exteriorización del empleo y descentralización productiva; en Revista Derecho Laboral, Tomo XL, N° 185, Pág. 140**
220. **RASO, D.J. (2000). La Contratación Atípica del Trabajo. Primera Edición. Editorial Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay.**
221. **RASO, J. (2000). OUTSOURCING: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay.**

222. RAWLS, J. (2006). Teoría de la Justicia. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. Pág. 19.
223. RECASENS SICHES, L. (2008). Tratado General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa S.A. Decimonovena Edición. México. Págs. 548-549
224. RICCIARDI, M (1994). El Futuro de los Sindicatos. Conferencia dictada en Cuzco (Perú) el 6 de septiembre de 1994; citado por RASO DELGUE, J.
225. RINCÓN, M. Y RODRIGUEZ, I. (2005). “Flexibilización laboral en el sector salud: Una estrategia en la Gobernación de Zulia”. En: Gaceta Laboral. Vol. 11, No 3; Caracas, Venezuela.
226. RIVAS, J. (2004). “Actos desleales de trabajadores usando sistemas usando sistemas informáticos e Internet”. Revista de Relaciones Laborales, N° 21, Pág. 103-119
227. RIVERO LAMAS, J. (1999). “La Descentralización Productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”. Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de España. Zaragoza.
228. RIVERO LAMAS, J. (2001). El Teletrabajo en España (En el contexto de la innovación tecnológica y de la empresa innovadora): en A.A.V.V. Innovación y empresa innovadora: aspectos económicos y jurídicos. Universidad de Zaragoza. Huesca. Pág. 94
229. RIVEROLAMAS, J. (2001). El Teletrabajo en España: un nuevo yacimiento de empleo en los sectores público y privado. Revista Aragonesa de Administración Pública. Monografía IV.
230. RODRIGUEZ PIÑERO, R. M. C. (1992). “La Huida del Derecho del Trabajo”. Revista Relaciones Laborales. Tomo I. Pág. 90.
231. RODRIGUEZ PIÑERO, R. M. C. (2001). Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva. MTAS. Madrid. Pág. 268
232. RODRIGUEZ-PIÑERO, M. (2002). El Derecho del Trabajo en la era de la globalización. Gaceta Sindical. N° 2.
233. RODRIGUEZ PIÑERO, R. y BRAVO FERRER, M. (2005). “Poder de dirección y derecho contractual”; en ESCUDERO, R.R. (2005). El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas. Editorial La Ley. Madrid. Págs. 21-17

234. RODRIGUEZ PIÑERO, M. C. y BRAVO FERRER, M. (2007). “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”. Especial Monográfico, RL. N° 15-16. 2007. Pág. 9
235. RODRIGUEZ-SAÑUDO, G. F. (1999). La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral: en CRUZ VILLALÓN, J. (1999), Trabajo Subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán. Editoriales Tecnos. Madrid. Pág. 106; citado por SIERRA, B. E. M. (2011), Ob. cit. Pág. 36
236. ROMAN DE LA TORRE, M. D. (1992). Poder de Dirección y Contrato de Trabajo. Editorial Grapheus, Valladolid.
237. ROSENBAUM, R.J. (2000). “Descentralización Empresarial y Negociación Colectiva”: en A.A.V.V. Cuarenta y dos Estudios sobre Descentralización Empresarial y el derecho del Trabajo. Ob. cit. Pág. 506.
238. RUBIO MEDINA, M. D. (2003). El Despido por utilización personal del correo electrónico. Editorial Bosch S.A., Primera Edición. Barcelona. Págs. 22-23
239. SAGARDOY, B. J.A. (1977). “La Temática Laboral del Grupo de Empresas”: en A.A.V.V. Empresa Multinacional y Derecho Positivo Español. Coordinado por Bernardo Cremades. Pág. 767
240. SAGARDOY, B. J.A. (2004). Los Trabajadores Autónomos. Hacia un nuevo derecho de trabajo. Ediciones Cinca. Madrid. Pág. 161.
241. SAGARDOY, B.J.A. (2005). Los Derechos Fundamentales y el Contrato de Trabajo. Editorial Civitas. Madrid. Págs. 51-52
242. SALA FRANCO, T. (1999). El Derecho a la Intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral, en Trabajo y Libertades Públicas. Editorial La Ley. Actualidad. Págs. 220-221; citado por NÚÑEZ, P. S. A. (2009). El Correo Electrónico Laboral. Primera Edición. Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres. Lima. Perú. Págs. 42-43
243. SANCHEZ, R. C. (2003). Trabajo en común. Contrato de Grupo Auxiliar Asociado: en OJEDA AVILÉS, A. (2003), Modalidades del contrato de trabajo: comentarios a la legislación. Editoriales Tecnos. Madrid. Pág. 25
244. SANGUINETI, R. W. (1997). Contrato de Trabajo y nuevos sistemas productivos. Editores ARA. Perú. Págs. 64 y 65.

245. SANGUINETI, R. W. (2003). Teletrabajo y Globalización. MTAS. Madrid. Págs. 23-25
246. SANGUINETI, R.W. (2005). “El Derecho del Trabajo frente al desafío de la Transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social”. Revista Valenciana de Economía y Hacienda, N° 13. Pág. 123
247. SECRETARIADO NACIONAL DE PASTORAL SOCIAL DE COLOMBIA, 12 Trascendentales Mensajes Sociales. Editorial Kimpres Ltda. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1993.
248. SÉMPERE, N.A.V. (2005). “Contratación Laboral y Libertad de Empresa”; en PÉREZ DE LOS COBOS (2005). Libertad de Empresa y relaciones laborales en España. Instituto de Estudios Económicos. Madrid. Págs. 126-130
249. SEMPERE, N. A.V. y SAN MARTÍN, M. C. (2002). Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales. Editorial Aranzadi. Navarra. Pág. 116
250. SELLAS, I. B. R. (2001). El Régimen Jurídico del Teletrabajo en España. Editorial Aranzadi. Elcano (Navarra). Pág. 27,
251. SERRANO, O. R. (2000). Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica. Editorial CES. Madrid. Pág. 271
252. SERRANO, O. R. (2000) “El elemento locativo en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”. Revista Relaciones Laborales, N° 18. Pág. 330
253. SERRANO, O. R. (2001). “Jurisdicción Competente y Ley aplicable al Teletrabajo Transnacional”. Revista Relaciones Laborales, N° 23, Pág. 107
254. SERRANO, A. M. (2002). “La Confusa línea divisoria entre la contratación de obras y servicios y la cesión de trabajadores”. AS, Número 19, págs. 73-74.
255. SERRANO, G. J. M. (2002). “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo – Marco europeo de 16 de julio de 2002”. Revista Relaciones Laborales, N° 20. Pág. 39
256. SERRANO, G. J. M. (2003). “La Negociación Colectiva europea y los Acuerdos libres: la vinculabilidad del Acuerdo europeo sobre el Teletrabajo”; en BAYLOS GRAU, A. (2003). La Dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva. Bomarzo. Albacete. Pág. 102
257. SERÉ. J.U. (2000) “Ventajas e Inconvenientes de la Descentralización empresarial”; en Cuarenta y Dos Estudios sobre Descentralización Empresarial

y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. 528 Págs.

258. SIERRA, B. E. M. (2011). El Contenido de la relación laboral.
259. SIERRA, B. E. M. (2000). “Teletrabajo: una aproximación al concepto y regulación jurídico – laboral”: en A.A.V.V. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. MTAS. Madrid. Pág. 882.
260. SOTELO VALENCIA, A. (2003). La reestructuración del mundo del trabajo, superexplotación y nuevos paradigmas de la organización del trabajo. Universidad Obrera de México. Itaca. México.
261. SOTELO, M. A.I y MOREIRA, R. D. (2000). “Descentralización y Conflicto Colectivo”: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo, Ob. cit. Págs. 526-527.
262. SUPIOT, A. (1999). “Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa”. Revista Internacional del Trabajo, Volumen 118, Nº 1, Pág. 39.
263. TARABINI-CASTELLANI, A.M. (2011). “Configuración jurídica de la cesión ilícita de trabajadores”; en PEREZ DE LOS COBOS, O. F. (2011). 100 Preguntas Laborales sobre Descentralización Productiva. Editorial La Ley. Primera Edición. Madrid. España. Págs.134-136
264. TASCÓN, L.R. (2005). El Tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores: análisis del estado de la cuestión. Editorial Thomson – CivitasCizur Menor (Navarra). Pág. 86
265. TASCÓN, L.R. (2005). “El poder de control empresarial en la era tecnológica: visión panorámica de una cuestión inacabada”, Revista de Trabajo y de Seguridad Social (Estudios Financieros). Pág. 42
266. THIBAUT, A. X. (1998). Aspectos Jurídicos del Teletrabajo. Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 11. Pág. 94.
267. THIBAUT, A. J. y JURADO, S. A. (2003). “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo marco Europeo sobre el Teletrabajo”. TL. Nº 72. Pág. 62.
268. THIBAUT, A. J. (2000). El Teletrabajo: análisis jurídico laboral. Editorial CES. Madrid. Págs. 32-39

269. THIBAUT, A.J. (2006). Control multimedia de la actividad laboral. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, Págs. 131-132
270. TORRES DE LEON, V. (1997). Poderes empresariales y cambio de condiciones de trabajo en la reforma laboral de 1995 (Ley 44 de 1995); en Papeles Laborales. Impresora de la Nación. Panamá. Revista Panameña de Jurisprudencia y Doctrina laboral, Abril – julio 1996.
271. UZUNIDIS, D. (2002). La Naturaleza Financiera y economía de las Transnacionales y el Ordenamiento Jurídico Global. Alternativas Sur. Vol. I, Numero 2. Pág. 239
272. VALDEOLIVAS, G. Y. (1994). Antisindicalidad y Relaciones de Trabajo. Editorial Civitas, S.A. Madrid. Pág. 48.
273. VALVERDE, M. A. (1990). “La información al personal sobre subcontratación y sobre previsiones de empleo” en Revista de Trabajo, N° 100, 1990, Pág. 644; citado por GAUTHIER, PRATT & GARI, Ob. cit. Pág. 344.
274. VALVERDE, M. A. (1990). “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje a Manuel Alonso Olea. Madrid. 1990. Pág. 225; citado por PLA RODRIGUEZ (2000), Ob. cit. Pág. 13.
275. VALVERDE, M. A. (1978). “Ideologías Jurídicas y contrato de trabajo”; en A.A.V.V., “ideologías Jurídicas y relaciones de trabajo. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Págs. 81-82
276. VALDEZ DAL-RE, F. (2002). La Externalización de actividades laborales un fenómeno complejo: en .A.A.V.V. La Externalización de actividades laborales (outsourcing) una visión interdisciplinar. Editorial Lex Nova. Valladolid. Pág. 30.
277. VALDÉS DAL-RE, F. (2007). El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007. RL, N° 7. Pág. 7,
278. VARGAS, V. O. (1998). Primera Edición. Derecho del Trabajo. Relación Individual. Editorial Varen. Panamá.
279. VON POTOBSKY, G.W. y BARTOLOMÉ DE LA CRUZ, H.G. (1990). La OIT. El Sistema Normativo Internacional. Los Instrumentos sobre Derechos Fundamentales. Editorial Astrece. Buenos Aires.

280. XALAMBRÍ & PÉREZ (2000). El Teletrabajo y los problemas que plantea; en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Ob. cit. Pág. 151.
281. ZAPIRAIN, H. (2000). La Descentralización y su Repercusión en el Derecho Colectivo; en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 450

### INTERNET

1. ARRAU, Fernando C., La Flexibilidad Laboral en los países de economías avanzadas y de América Latina. El Caso Chileno. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. Sitio WEB: [www.docplayers.es/5116611](http://www.docplayers.es/5116611) Visitado: 14-7-14
2. BELZUNEGUI, E. A. (2001). Diversificación de las Condiciones de Trabajo y cambios organizativos en las Empresas: un estudio sobre el Teletrabajo. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona. Sitio Web: <http://hdl.handle.net/10803/5108> . Visitado: 20 de noviembre de 2015.
3. CANALES, P. (2003). Flexibilidad Laboral. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Estudios de Anticipación, Año 11, N° 17, Febrero. Sitio WEB: [www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios-anticipación/estudios.pdf](http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios-anticipación/estudios.pdf). Visitado 19-1-16
4. Corporación Colombia Digital. El Libro Blanco del teletrabajo en Colombia. Versión 2.0. Págs. 26-27. Sitio Web: [www.colombiadigital.net](http://www.colombiadigital.net)
- 5.
6. DE LA GARZA, T. ENRIQUE. “La Flexibilidad del Trabajo en México”. Sitio WEB: [www.sgpwe.izt.uam.mx/pages/egt/publicaciones/articulos/flexibilidad.pdf](http://www.sgpwe.izt.uam.mx/pages/egt/publicaciones/articulos/flexibilidad.pdf)
7. DUQUE, B., K. E. Origen y Causas de la Evolución de las Empresas Multinacionales. Sitio Web: [www.gestiopolis.com](http://www.gestiopolis.com)
- 8.
9. ERMIDA, U.O. “Diálogo Social. Teoría y Práctica.” Sitio web: <http://www.oit.cinterfor.org>. Visitado: 12 de agosto de 2016.
- 10.
11. HERNANDEZ, R. L. Poder de Dirección del Empleador. Sitio Web: <http://biblio.juridicas.unam.mx> Visitado: 14-7-14

12. **HIERRO, H. F.J. (2002).** “Las nuevas perspectivas laborales en la sociedad de la información: el teletrabajo (un ejemplo a tener en cuenta). *Scripta Nova*. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, Volumen VI, N° 119. Pág. 6. Sitio Web: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn119-73.htm> Visitado: 20 de noviembre de 2014
13. **JEAMMAUD,** <http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/>, Visitado 14-7-15
14. **MARTÍN FLORES, L. (1995).** Outsourcing y Teletrabajo. Revista Española de Derecho del Trabajo, N° 71. Págs. 401-425; citado por **BLANCO, C.E. (2011).** El Teletrabajo en el Derecho Laboral Venezolano. Tesis de Especialidad en Derecho del Trabajo. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Sitio Web: [saber.ucv.ve/xmlui/bitstream/trabajoespecial20blancoe-000.pdf](http://saber.ucv.ve/xmlui/bitstream/trabajoespecial20blancoe-000.pdf). Visitado: 20 de noviembre de 2015
15. **MIGUELEZ, P. FAUSTO.** “Trabajo Flexible, Empleo Flexible”. Sitio WEB: [www.ucm.es/data/cont/docs](http://www.ucm.es/data/cont/docs) Visitado: 14-7-15
16. **MONTOYA, M.A. (2003).** El Poder de Dirección del Empresario en las Estructuras Empresariales complejas. Comunicación al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de 10 de marzo de 2003. SITIO WEB: <http://www.empleo.gob.es> Visitado: 14-7-14
17. **MURGAS, R.** “Las Situaciones de Fraude en la Relación de Trabajo. Doctrina. Derecho Comparado y Situación en el Derecho Panameño”. Sitio Web: [http://www.academiaiberoamericana.com/publicaciones/Ponencia\\_libro\\_homenaje\\_Dr\\_caldera.pdf](http://www.academiaiberoamericana.com/publicaciones/Ponencia_libro_homenaje_Dr_caldera.pdf)
18. **OSFAM INTERNACIONAL.** Fuera de Juego. Derechos Laborales y producción de ropa deportiva en Asia. Sitio Web: <http://www.intermonoxfam.org/UnidadesInformacion/anexos/7535/060524>
19. **PASTOR, J. (2007b).** Globalización, nuevo imperialismo y choque de civilizaciones. Un balance de los principales análisis y discursos sobre el actual (des) orden mundial. Viento Sur. Sección Web. [www.vientosur.info](http://www.vientosur.info), Pág. 4
20. **PÉREZ, C., (1998).** “Desafíos Sociales y Políticos del Cambio de Paradigma Tecnológico. En: Internet. URL: <http://www.carlotaperez.org> Visitado: 14-1-16
21. **SAPARRAT, M.E.** El E-mail Laboral. Derecho a la Intimidad e Inviolabilidad de la Correspondencia del Trabajador vs Poder de Dirección y Organización Empresaria. Tomo III, F° 231, CALP. Sitio Web: [www.calp.org.ar](http://www.calp.org.ar) Visitado: 20 de junio de 2016

22. **SIERRA, B. E.M.** (2011). **El Contenido de la Relación Laboral en el Teletrabajo**. Primera Edición. Consejo Económico y Social de Andalucía. Edita Junta de Andalucía. Sevilla. España. Pág. 299. Sitio Web: <http://www.juntadeandalucia.es> Visitado: 20 de noviembre de 2015.
23. **VALDÉS DAL-RE, F.** (2007). **“La Legitimación negocial en los grupos de empresa: anomia legislativa e incertidumbre jurisprudencial”**. Revista Relaciones Laborales, N° 17. SITIO WEB: [www.laleylaboral.com](http://www.laleylaboral.com) Visitado 28-4-16
24. **WILBY, P.** **Taylorismo Digital**. SITIO WEB: <http://es.wikipedia.org/wiki/taylorismo>. Visitado el 19 de enero de 2016.

### **JURISPRUDENCIA.**

1. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1994
2. Sentencia del Tribunal Supremo u.d. 20 de julio de 2005.
3. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995 (RJ 1995, 514)
4. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 10034) (rec. Núm. 517/98)
5. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 510) (rec. Núm. 3904/2001)
6. Sentencia del Tribunal Supremo u.d. de 11 de mayo de 2005.
7. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1994 (Rec. 3724/93)
8. SSTs u.d. de marzo de 2008 (Rec. 1310/07)
9. SSTs de 25 de junio de 2009 (Rec. 1605/08)
10. Sentencia u.d. de 20 de julio de 2005, 18 de enero de 1995 (Rec. 514/95)
11. Sentencia de 24 de noviembre de 1998 (Rec. 517/1998)
12. Sentencia de 22 de noviembre de 2002 (Rec. 3904/2001)
13. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988. Rec. 10335/1988.
14. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1994. Rec. 13732/1994.
15. Sentencia del Tribunal Supremo u.d. de 14 de septiembre de 2001. Rec. 16531/2002
16. Sentencia del Tribunal Superior de Trabajo de Panamá, Primer Circuito Judicial, de 26 de febrero de 1996
17. Sentencia de 1º de abril de 1977, dictada por la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Ricardo Valdés. Isaías Díaz – vs – Diez y Diez, S.A.
18. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1996 (RJ 2006/3334);
19. Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1996 (RJ 1996/334).
20. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Asturias, de 16 de marzo de 2001 (AS 2001/335)

21. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997/3578)
22. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Canarias de Canarias de 16 de marzo de 2006 (AS 2006/1671)
23. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Asturias, de 25 de abril de 2003 (JUR 2003 204342)
24. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 abril de 2005 (RJ 2005/4060);
25. Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2004 (AS 2004/2637).
26. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001 (AL 2001/1194);
27. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del País Vasco País Vasco, de 15 de julio de 2008 (JUR 2009/253497)
28. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña, de 16 de mayo de 2000 (AS 2000/1928);
29. Sentencia del Tribunal Supremo de Asturias de 16 de marzo de 2001 (AS 2001/335);
30. Sentencia del Tribunal Supremo de Asturias de 14 de abril de 2000 (AS 2000/1003),
31. SSTs de 9 y 14 de mayo de 1990 (RJ 1990/4154 y AS 1990/4314)
32. Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de enero de 1983, RTC 1983/3.
33. SSTSJ de Cataluña, de 10 de marzo de 2000 (AS 2000/940) y de 10 de julio de 2006 (JUR 2007/47812)
34. Sentencia del Tribunal Supremo de abril de 2005 (RJ 2005)
35. Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2004 (AS 2004/2637).
36. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001 (AL 2001/1194);
37. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del País Vasco, de 15 de julio de 2008 (JUR 2009/253497)
38. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de abril de 2007 y STS de 26 de septiembre de 2007 (Rec. UD 966/2006)

## **REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

<sup>v</sup>Cfr. GILES, A. (2001). New Forms of Employment: en A.A.V.V. Relaciones Laborales en el siglo XXI.

Coordinadora Patricia Kurczin Villalobos. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM). México. Págs. 3-27. Este autor destaca la duración indefinida o indeterminada, la jornada completa, el pleno empleo como expectativa normativa, la empresa como lugar de trabajo y la relación de trabajo subordinada o dependiente.

<sup>vi</sup>ARCE, J.C. (2013). Derecho del Trabajo y Crisis Económica. La Invencción del Porvenir. Primera Edición. Editorial Aranzadi S.A. Navarra. España. Pág. 18

<sup>vii</sup>CASTILLO, F.D. (2009). Los Nuevos Trabajadores Precarios. Primera Edición. Universidad Autónoma del Estado de México. México. Pág. 6.

<sup>viii</sup>MURGAS, T.R. Globalización, Relaciones Individuales de Trabajo y Nuevas Formas de Organización Empresarial. V Congreso Panameño de Derecho Procesal. Edita Instituto Panameño de Derecho Procesal. Panamá. Págs. 321-349

<sup>ix</sup>CASTILLO, F.D. (2009). Ob. cit. Pág. 8

<sup>x</sup>PLA RODRIGUEZ, A. (2000). La Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo: en Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Editora Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 12.

<sup>xi</sup>MOLINA, M.C. (2005). Las Normas Internacionales del Trabajo y su Efectividad en el Derecho Colombiano. Editorial Temis. Bogotá. Pág. 2

<sup>xii</sup>Cfr. 12 Trascendentales Mensajes Sociales. Elaborado por el Secretariado Nacional de Pastoral Social de Colombia. Editorial Kimpres Ltda. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1993. Tratando de la Cuestión Obrera la Iglesia Católica, a través de la Encíclica *Rerum Novarum* aconseja “no considerar a los obreros como esclavos, respetar en ellos la dignidad de la persona (...) no explotar la pobreza ajena para mayores lucros”.

<sup>xiii</sup>Ibidem, págs. 33-75

<sup>xiv</sup>MOLINA, M, C.E. (2005), comenta que la Iglesia Católica con ocasión de los noventa años de haberse publicado la Encíclica *Rerum Novarum*, emitió en 1981 la Encíclica *Laborem Exercens*, que reivindica un planteamiento ético social sobre el trabajo (“...el primer fundamento del valor del trabajo es el hombre mismo, su sujeto”), y alerta sobre la tendencia a restarle importancia a éste en la época post-industrial, por el desarrollo de la técnica, tan característico de ella.

<sup>xv</sup>MOLINA, M.C.E. (2005), señala que el proceso globalizador va más allá del factor del comercio internacional, ya que “se trata de una mundialización que entraña una mayor interdependencia en las relaciones económicas – tecnología, inversión, comercio, finanzas, organización de la producción – y de otra índole – social y cultural --, respecto a la erosión del Estado Nacional subraya el desplazamiento sufrido por éste a favor de las empresas multinacionales las cuales son las grandes protagonistas de la globalización e irrumpen los sistemas de producción global, ya sea produciendo los diferentes componentes en distintos países o fabricando el mismo producto en diversos países. El capital goza de una movilidad extraordinaria internacional que influye negativamente en contra del Estado nacional y del factor trabajo, sedentario por naturaleza; de tal manera que a la triada tradicional de actores del sistema, compuesta por el Estado, los trabajadores y los empleadores, se añaden las empresas multinacionales. La institucionalización de la globalización se traduce en la adopción de ésta como estrategia fundamental de sus operaciones por organismos internacionales como la OMC, FMI, BM, OCDE, etcétera, las cuales

detentan un poder inmenso sobre la economía y el comercio del orbe y aunque promueven el respeto a los derechos sociales a través de diversos foros, en los hechos hacen prevalecer la *LexMercatoria* y sus esquemas de congruencia con ciertos intereses hegemónicos. Cfr. Informe del FMI sobre Suráfrica de 2001, en el cual esta organización insta al gobierno a tomar medidas que en la práctica infringen el Convenio 98 de la OIT, pese a que un año antes funcionarios de las instituciones de Bretton Woods y de la OIT habían acordado que aceptarían los principios de la negociación colectiva previstos en este convenio; destaca MOLINA, la **participación de los países subdesarrollados**, a quienes se le convence que deben asumir la meta de industrializarse y desatender eventualmente los derechos laborales, para ser competitivos; finalmente, los avances tecnológicos en la informática y las telecomunicaciones han generado cambios en los modelos de las relaciones de trabajo derivando una crisis de las formas que han sido objeto del derecho del trabajo clásico.

<sup>xii</sup>MOLINA, M.C.E. (2005). Ob. cit. Pág. 25

<sup>xiii</sup>BROWN, LAUDER y ASHTON, (2011). **La Subasta Global: las promesas incumplidas de la educación, el trabajo y los ingresos**. SITIO WEB: [http://es.wikipedia.org/wiki/Taylorismo\\_digital](http://es.wikipedia.org/wiki/Taylorismo_digital). Visitado: 19 de enero de 2016.

<sup>xiv</sup>RICCIARDI, M (1994). **El Futuro de los Sindicatos**. Conferencia dictada en Cuzco (Perú) el 6 de septiembre de 1994; citado por RASO DELGUE, J. (Ob. cit. Pág. 17)

<sup>xv</sup>WILBY, P. **Taylorismo Digital**. SITIO WEB: <http://es.wikipedia.org/wiki/taylorismo>. Visitado el 19 de enero de 2016.

<sup>xvi</sup>ERMIDA, U. O. (1992). **Flexibilidad en algunas experiencias comparadas**: en A.A.V.V. **Experiencia de la Flexibilidad Normativa**. Universidad Nacional Andrés Bello. Santiago, Chile. Págs. 33-34

<sup>xvii</sup>CHÁVEZ, R., I. P. (2001). **Flexibilidad en el Mercado Laboral. Orígenes y Concepto**. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Aportes, mayo-agosto, año/vol. VI, número 017. Puebla. México. Págs. 57-74; Esta autora argumenta que bajo la idea de flexibilidad las empresas han introducido durante los últimos años acciones como por ejemplo la descentralización de la producción en las grandes fábricas; sustitución de determinadas áreas de empleos por servicios de subcontratas; introducción de máquina flexible polivalente más adecuada para producir frente a las variaciones y la segmentación de la demanda; diversificación de la producción; políticas de diferenciación salarial en función de las cualificaciones laborales y entre puestos de trabajo estratégicos y menos importantes; nuevas formas de gestión individualizada de la fuerza de trabajo y formas de contratación temporal del empleo.

<sup>xviii</sup>DAHRENDORF, R. (1986). **La Flexibilidad en el mercado del trabajo**. Ed. OCDE Col. Informes OCDE, Editada en español por el MTSS, Madrid. España. Pág. 10. En este informe elaborado por un grupo de expertos coordinados por DAHRENDORF, se dice, además, que “Esta capacidad de adaptación depende por una parte de las aptitudes personales y, por la otra parte, del clima existente. Por aptitudes hay que entender el talento y las cualificaciones de las personas, así como su voluntad de cambio, mientras que el clima existente puede ser de orden económico, social o político”

<sup>xix</sup>HOYOS, A (1987) **La Flexibilización del derecho laboral tradicional. Tendencias internacionales recientes**: en Derecho Laboral, Montevideo, Julio-septiembre, 1987, Pág. 517, citado por MURGAS, T.R. Ob. cit. Pág. 331

<sup>xx</sup>CARO FIGUEROA, A. (1993). **La Flexibilidad Laboral** Editorial Biblos. Buenos Aires Argentina. Págs. 20-21

<sup>xxi</sup>Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo (2002) **Flexibilidad Laboral**. Temas Laborales Gobierno de Chile. Año 7. Número Especial: diciembre.

<sup>xxii</sup> **MIGUELEZ, P. FAUSTO.** Trabajo Flexible, Empleo Flexible. Sitio WEB: [www.ucm.es/data/cont/docs](http://www.ucm.es/data/cont/docs)

<sup>xxiii</sup> **La Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD)** estableció la distinción entre flexibilidad interna y flexibilidad externa. Definió la flexibilización como “el conjunto de medios destinados a mejorar la eficiencia de las organizaciones y su capacidad de adaptación a las variaciones en el contexto en el que ella actúa. Implica el abandono de métodos universalistas a favor de una actividad orientada hacia resultados, junto a métodos de gestión, recursos humanos y financieros basados en la descentralización de responsabilidades y en la adaptación del contexto.

<sup>xxiv</sup> **ARRAU, Fernando C.,** La Flexibilidad Laboral en los países de economías avanzadas y de América Latina. El Caso Chileno. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. Sitio WEB: [www.docplayers.es/5116611](http://www.docplayers.es/5116611)

<sup>xxv</sup> **DE LA GARZA, T. ENRIQUE.** La Flexibilidad del Trabajo en México. Sitio WEB: [www.sgpwe.izt.uam.mx/pages/egt/publicaciones/articulos/flexibilidad.pdf](http://www.sgpwe.izt.uam.mx/pages/egt/publicaciones/articulos/flexibilidad.pdf)

<sup>xxvi</sup> **JEAMMAUD,** <http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/>, respecto al origen de la globalización, identifica, además de las causas enunciadas, una excesiva intervención estatal en la economía, un poder excesivo de los grupos de presión organizados en el mercado, una gran protección social y un grado insuficiente de innovación. La autora hace referencia, en primer término, al problema del incremento en la tasa de desempleo involuntario masivo, que se daba, con cierta proyección general, en la mayoría de los países industrializados de Europa, que superaba al de Estados Unidos y Canadá, ubicándolo cronológicamente en los años setenta, antes de la crisis petrolera de 1973, detalle que llevó a la reflexión que se trataba de un fenómeno “más importante y duradero que una simple inflexión coyuntural de los niveles de empleo”. La causa se le atribuyó a una excesiva intervención estatal en la economía, un mercado excesivamente rígido, un poder excesivo de los grupos de presión organizados en el mercado, una gran protección social y un grado insuficiente de innovación, proceso denominado “euroesclerosis” por el Director del Instituto de economía de Kiel, Herbert Giersch. Visitado 14-7-15

<sup>xxvii</sup> **CANALES, P. (2003).** Flexibilidad Laboral. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Estudios de Anticipación, Año 11, N| 17, Febrero. Sitio WEB: [www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios-anticipación/estudios.pdf](http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios-anticipación/estudios.pdf). Visitado 19-1-16

<sup>xxviii</sup> Esta postura cuenta, a su vez, con dos corrientes, cuyo pensamiento lo describimos así: **la primera** plantea que durante los años cincuenta y sesenta, el marco institucional del mercado experimentó modificaciones considerables que, en general, fueron favorables para los trabajadores y conseguidos por la organización y presión de éstos, en un contexto de pleno empleo. Así, los sistemas de producción se fueron desarrollando hasta alcanzar niveles elevados de sustitución de ingresos que podían tener efectos negativos en el comportamiento de los individuos en el mercado de trabajo. Se trataba de un proceso acumulativo, donde los sindicatos consiguieron mayores niveles de protección contra el despido, poniendo límites a la discrecionalidad de los empresarios. Este proceso, que tuvo pocos efectos negativos en los primeros momentos, al sobrepasar un determinado límite, imposibilitaba el logro del pleno empleo. De esta forma, se fue desarrollando, durante el periodo de expansión económica, de manera lenta pero acumulativa, un proceso de rigidificación del marco socio – institucional del mercado de trabajo. Por lo tanto, no quedaba más opción que “desandar el camino andado” y proceder a desregular el mercado de trabajo y dejar que fueran las fuerzas del mercado las que ofrecieran la protección de los niveles de ingreso y de empleo que se pretendían conseguir, mediante intervenciones del Estado o de los sindicatos, la segunda; **la segunda** posición señala que lo que había cambiado era el contexto general, más que las propias instituciones del mercado de trabajo. Determinadas regulaciones o intervenciones que no producían problemas importantes o que, incluso, tenían efectos claramente beneficiosos en la fase de crecimiento de las décadas de los cincuenta o y sesenta serían incompatibles con el mantenimiento del pleno empleo, de acuerdo con las

nuevas condiciones económicas creadas tras el primer shock del petróleo, tanto por el propio cambio del precio de aquél como por otros cambios que se produjeron al mismo tiempo, como la ya mencionada mayor competencia procedente de los NIC. Por lo tanto, el nuevo contexto hacía inviable la aplicación de las mismas normas de crecimiento salarial que antes, sin que llevaran a una espiral inflacionaria o a una compresión de beneficios, aplastados entre la presión de los sindicatos y la caída de la demanda, todo lo cual produciría finalmente una caída del empleo.

<sup>xxxix</sup>ERMIDA, en “La flexibilidad laboral”. Escenario 2, Revista de Análisis Político. Montevideo, Uruguay, citado por CANALES (2003). La Flexibilidad Laboral. Ob. cit. Pág. 5.

<sup>xxx</sup>“(…) todo el debate sobre la flexibilización de los mercados de trabajo refleja indirectamente que se están produciendo cambios importantes en los sistemas de producción que requieren de **un nuevo marco institucional para el mercado de trabajo**. Los defensores de esta corriente, postulan que el mundo se encuentra frente a una nueva ruptura industrial, o más bien una segunda ruptura industrial producida por la finalización definitiva de una fase de crecimiento económico basado en la producción en masa destinada también a un consumo masivo. Este sistema de producción **hasta ahora vigente** se ha caracterizado por la utilización de una maquinaria muy especializada, siendo esta operada por una mano de obra muy poco calificada, asignada a puestos de trabajo compuestos por un conjunto de tareas repetitivas, predeterminadas que se podían realizar después de un corto tiempo de aprendizaje. Así, el marco institucional compatible con este sistema podía presentar sin problemas **ciertas rigideces, garantizando la estabilidad en el empleo** ya que se basaba en la obtención de un flujo regular de productos destinados a mercados estables o crecientes. Podía originar mercados internos de trabajo bien estructurados, con sistemas rígidos de asignación de los trabajadores a los diversos puestos de trabajo y de fijación de salarios y una mayor adaptabilidad del empleo respecto a las reducciones de corta duración del flujo de la demanda. Este sistema entra en crisis porque la demanda de productos **es ahora más diversificada** y hay una cierta individualización del producto y por determinados aspectos cualitativos. Esto significa series de producción más cortas y, por lo tanto, **una mayor diversidad del sistema productivo** para poder modificar las características del producto y atender estos distintos requerimientos de la demanda. Las nuevas tecnologías como la microelectrónica o los nuevos materiales, permiten obtener rentablemente este otro tipo de objetos. Por medio de **los sistemas de especialización flexible** se puede rediseñar a bajo costo el conjunto de tareas que realiza una máquina para obtener objetos diferenciados. Estos mismos sistemas comportan nuevas pautas organizativas que requerirán también un marco institucional diferente para el mercado de trabajo. Se trata entonces, de **una noción flexibilizadora de adecuación** que postula una armonización normativa, que entrega protagonismo a los actores empresarial y laboral para acordar ajustes y unos medios que permitan a los trabajadores desarrollarse dentro de una acentuada movilidad laboral”.

<sup>xxxii</sup>CASTILLO F. D. (2009). Los Nuevos Trabajadores Precarios. Primera Edición. Universidad Autónoma del Estado de México. México. Este autor señala que la flexibilidad puede referirse a los procesos de desregulación, en dos sentidos: en términos de las normatividades que regulan las relaciones laborales o en cuanto a las formas que asume la organización y la gestión de la fuerza de trabajo. La flexibilización no implica necesariamente precarización. Sostiene que (GARCÍA, 2007, pág. 15) afirma que “algunas prácticas de flexibilidad pueden redundar en mayor precariedad o en la proliferación de trabajo atípicos”. En el marco de la competencia internacional, argumenta que las nuevas formas de inversión, y con ellas la reubicación industrial, son aspectos centrales del proceso de reestructuración capitalista. La debilidad de la clase obrera y la laxitud de la legislación laboral, entre otros factores, permiten al capital reducir costos, deslindarse de responsabilidades laborales, evadir cargas impositivas y desarticular los sindicatos; facilitan las largas jornadas, las escasas limitaciones de turnos, las vacaciones cortas, la rotación laboral y las inadecuadas condiciones de trabajo.

<sup>xxxiii</sup>Cfr. METALLO, M. (2000, Págs. 25-35) “Los Principios del Derecho del Trabajo y el proceso de Descentralización”; SERÉ, J.U. (2000, Págs. 47-57) “Ventajas e Inconvenientes de la Descentralización empresarial”; PLA, R. Ma. J. (2000, Págs. 79-96) “La Descentralización a nivel internacional”; en A.A.V.V. (2000). Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial

---

**y el derecho del Trabajo.** Grupo de los Miércoles. XXV Aniversario. Primera Edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay.

<sup>xxxiii</sup> **AGACINO, R., GONZÁLEZ, C., y ROJAS, J (1998).** Capital Transnacional y Trabajo: el desarrollo minero en Chile. LOM Ediciones; Santiago, Chile; citado por **ARANCIBIA F., F.** “Flexibilidad Laboral: Elementos Teórico-Conceptuales para su análisis”; en Revista Ciencias Sociales, No 26, Primer Semestre 2011. Departamento de Ciencias Sociales. Universidad Arturo Prat. Iquique. Páginas 39-55.

<sup>xxxiv</sup> **CASTELLS, M. (1999).** La Era de la Información: Economía, Sociedad y Cultura. Volumen 1: La Sociedad Red. Alianza Editorial, Madrid. España; citado por **ARANCIBIA F., F.** Ob. Cit. Página 41

<sup>xxxv</sup> **DÍAZ, A. (1996).** Flexibilidad Productiva en las Economías de la Región y Nuevos modelos de Empresa; en Boletín Cinterfor, No 137; Santiago, Chile, páginas 31-60; citado por **ARANCIBIA F., F.** Ob. Cit. Página 42.

<sup>xxxvi</sup> **ANEZ, H. C., (2005).** El Capital Intelectual: Nuevo enfoque de la flexibilización laboral. En: Revista Venezolana de Gerencia. Vol. 10, No 30; Caracas, Venezuela. Páginas 310-324; citado por **ARANCIBIA, Ob. Cit. Página 43.**

<sup>xxxvii</sup> **PÉREZ, C., (1998).** “Desafíos Sociales y Políticos del Cambio de Paradigma Tecnológico. En: Internet. URL: <http://www.carlotaperez.org> Visitado: 14-1-16

<sup>xxxviii</sup> En esta opción se inscriben **RINCÓN, M. Y RODRIGUEZ, I. (2005).** “Flexibilización laboral en el sector salud: Una estrategia en la Gobernación de Zulia”. En: Gaceta Laboral. Vol. 11, No 3; Caracas, Venezuela. Páginas 333-357; **CHÁVEZ, P. (2001).** “Flexibilidad en mercado laboral: orígenes y concepto”. En: Revista Aportes. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Vol. IV, No 017; Puebla, México. Páginas 57-74; citado por **ARANCIBIA, Ob. cit. Página 44.**

<sup>xxxix</sup> **Noción utilizada por RINCÓN, B. M. y RODRIGUEZ, C. I. (2005).** Flexibilización Laboral en el sector salud: una estrategia en la Gobernación de Zulia. Gaceta Laboral, Vol. 11, N° 3. Caracas. Venezuela. Pág. 340

<sup>xl</sup> **RASO, D.J. (2000).** La Contratación Atípica del Trabajo. Primera Edición. Editorial Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 19.

<sup>xli</sup> **ANTUNES, R. (1996).** ¿Adiós al trabajo? Ensayo sobre la metamorfosis y el rol central del mundo del trabajo. Valencia: Piedra azul. Pág. 13

<sup>xlii</sup> **SOTELO VALENCIA, A. (2003).** La reestructuración del mundo del trabajo, superexplotación y nuevos paradigmas de la organización del trabajo. Universidad Obrera de México. Itaca. México

<sup>xliii</sup> **FRIEDMAN, M. y FRIEDMAN R. (1980).** Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico. Editorial Grijalbo. Barcelona. Pág. 48

<sup>xliiv</sup> **BELTRAN, L. (1976).** Historia de las Doctrinas Económicas. Tercera Edición revisada y actualizada Editorial Teide. Págs. 371-378

<sup>xli</sup> **NEGRI, A y HART, M. (2000).** Império. Barcelona. Editorial Paidós. citados por **BARRIOS, G L (2005), en Las Relaciones de Trabajo en la Globalización: tres perspectivas de análisis.** Revista

Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona. Vol. X, N° 575 de 5 de abril de 2005.

<sup>xliii</sup>HYMAN, R. (1996). Los Sindicatos y la desarticulación de la clase obrera. Revista Latinoamericana de Estudios del trabajo. Año 2, N° 4, Pág. 10.

<sup>xliii</sup>CHACÁRTEGUI, J. C. (1998). Contrato de Trabajo y Empresas de Trabajo Temporal. Tesis Doctoral. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona. Págs. 18-47. Visitado 14-7-14

<sup>xliiii</sup>HERNANDEZ, R. L. Poder de Dirección del Empleador. Agrega una tercera opción: la tesis intermedia. Sitio Web: <http://biblio.juridicas.unam.mx> Visitado: 14-7-14

<sup>xlix</sup>ALONSO OLEA, M. (1965). "Sobre el poder de dirección del empresario". Revista de Política Social. N° 65. Pág. 105. Citado por (CHACÁRTEGUI, 1998, Pág. 28).

<sup>l</sup>ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (1997). Derecho del Trabajo. Editorial Civitas. Madrid. Pág. 354

<sup>li</sup>MONTOYA, M.A. (2003). El Poder de Dirección del Empresario en las Estructuras Empresariales complejas. Comunicación al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de 10 de marzo de 2003. SITIO WEB: <http://www.empleo.gob.es> Visitado: 14-7-14

<sup>lii</sup>MONTOYA, M.A. (1981). El Poder de Dirección del Empresario: en A.A.V.V. El Derecho Laboral en Iberoamérica. Primera Edición. Editorial Trillas S.A. México. Págs. 158-176.

<sup>liii</sup>MONTOYA, M. A. (1965). El Poder de Dirección del Empresario. Instituto de Estudios Políticos. Editorial Aranzadi. Madrid. Pág. 44; citado por CHACÁRTEGUI, Ob. cit. Pág. 28

<sup>liv</sup>MONTOYA, M. A. (2003), Ob. cit. SITIO WEB: <http://www.empleo.gob.es>. Visitado: 14-7-14

<sup>lv</sup>HERNÁNDEZ, R.L. Poder de Dirección del Empleador. SITIO WEB: <http://www.biblio.juridicas.unam.mx> Visitado: 14-7-14

<sup>lvi</sup>GIERKE, O. (1982). Las Raíces del Contrato de Servicios Traducción y comentario crítico por BARREIRO GONZÁLEZ, G. Madrid, Cuadernos Civitas, 1982. Pág. 39; citado por CHACÁRTEGUI, Ob. cit. Pág. 30.

<sup>lvii</sup>GONZALEZ. B.G. (1982). Las Raíces del Contrato de Servicios. Traducción y comentario crítico por BARREIRO GONZÁLEZ, G. Madrid, Cuadernos Civitas, 1982. Pág. 39; citado por CHACÁRTEGUI, Ob. cit. Pág. 30.

<sup>lviii</sup>Cfr. MARTÍN VALVERDE, A. (1978). "Ideologías Jurídicas y contrato de trabajo"; en A.A.V.V., "ideologías Jurídicas y relaciones de trabajo. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Págs. 81-82

<sup>lix</sup>Cfr. DIEGUÉZ CUERVO, G. (1969). "La fidelidad del trabajador en la Ley de Contrato de Trabajo" Ediciones de la Ciudad de Navarra. Pamplona, Pág. 24; citado por CHACÁRTEGUI, Ob. cit. Pág. 31

<sup>lx</sup>CHACÁRTEGUI, C. (1998), Ob. cit. Pág. 31

<sup>lxi</sup>Cfr. CHACÁRTEGUI, C. (1998), Ob. cit. Pág. 33, quien hace la referencia jurisprudencial, comenta que la teoría institucionalista se basa en el hecho de que la empresa constituye una organización social, un grupo humano en el que se crea una especie de derecho interno que permite a un grupo funcionar gracias a

---

la adopción de ciertas reglas, al ejercicio de una autoridad, a la puesta en práctica de sanciones contra los miembros del grupo que no respetan la disciplina del mismo. El empresario es quien tiene la responsabilidad de la buena marcha de esta institución social, ya que dispone de los poderes necesarios para ello, poderes que deben ser ejercidos en interés de la institución, esto es, en interés de la empresa.

<sup>lxii</sup> CHACÁRTEGUI, C. (1998), Ob. cit. Pág. 36

<sup>lxiii</sup> MESQUITA, L.J. (1951). “El Poder disciplinario Laboral”. Cuadernos de Política Social. N° 9. Pág. 13; citado por CHACÁRTEGUI, C. (1998), Ob. cit. Pág. 36-37

<sup>lxiv</sup> LÓPEZ, L. (1979). La facultad de Dirección. Revista de Política Social. N° 122, Págs. 19 y sgts; citado por CHACÁRTEGUI (1998), Ob. cit. Pág. 38

<sup>lxv</sup> ALONSO GARCÍA, M. (1987). Curso de Derecho del Trabajo. Editorial Ariel. Barcelona. Pág. 341; citado por CHACÁRTEGUI, C. (1998), Ob. cit. Pág. 37

<sup>lxvi</sup> HERNÁNDEZ, R.L. Poder de Dirección del Empleador. SITIO WEB: <http://www.biblio.juridicas.unam.mx> Visitado el 14-7-14

<sup>lxvii</sup> MURGAS, T, R. (1982) “La empresa, aspectos económicos, laborales y sociales”; en Estudios Laborales. Pág. 51

<sup>lxviii</sup> TORRES DE LEON, V. 1997. Poderes empresariales y cambio de condiciones de trabajo en la reforma laboral de 1995 (Ley 44 de 1995); en Papeles Laborales. Impresora de la Nación. Panamá. Revista Panameña de Jurisprudencia y Doctrina laboral, Abril – julio 1996, pp. 59-78

<sup>lxix</sup> HOYOS, A. (1982). Derecho Panameño del Trabajo. Vol. I. Impreso por Litografía e Imprenta LIL, S.A. Costa Rica, pp. 140-142

<sup>lxx</sup> MOLINA, R.J. (2002). La Subordinación de los Trabajadores. Editorial “Intelligent Business Services” IBS. Panamá. República de Panamá. Págs. 58-59

<sup>lxxi</sup> VARGAS, V. O. (1998). Derecho del Trabajo. Relación Individual. Editorial Varen. Panamá. Págs. 34-35

<sup>lxxii</sup> Cfr. ROMAN DE LA TORRE, M. D. (1992). Poder de Dirección y Contrato de Trabajo. Editorial Grapheus, Valladolid. Pág. 369 Para esta autora el contrato de trabajo y las fuentes laborales a él reconducidas aparecen como el único punto de referencia que objetivamente define la regularidad de una orden, dejando al margen con ello las definiciones subjetivas de ninguna de las partes.

<sup>lxxiii</sup> PLA RODRIGUEZ, A. (2000). “La Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo”. en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Fundación de Cultura Universitaria Primera Edición. Montevideo. Uruguay. Pág. 12

<sup>lxxiv</sup> MARTIN VALVERDE, A. (1990). “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje a Manuel Alonso Olea. Madrid. 1990. Pág. 225, citado por PLA RODRIGUEZ (2000), Ob. cit. Pág. 13.

<sup>lxxv</sup> CRUZ VILLALON, J. (1994). Descentralización Productiva y Sistema de Relaciones Laborales; en la Revista de Trabajo y Seguridad Social, N° 13 Enero- Marzo. Madrid. Págs. 8-9

<sup>lxxvi</sup> RIVERO LAMAS, J. (1999). “La Descentralización Productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”. Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de España. Zaragoza.

---

<sup>lxxvii</sup>KAHALE CARRILLO, T. (2011). Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral. Un Estudio sobre la Contratación Externa de Actividades Descentralizadas. Primera Edición. Editorial Aranzadi S.A. Navarra. España. Pág. 46.

<sup>lxxviii</sup>Con relación a esta hipótesis, en España, el Alto Tribunal, mediante STS de 27 de octubre de 1994, se pronunció, por primera vez, de forma expresa, sobre la licitud de los procesos de descentralización productiva puesto en marcha por empresas que con anterioridad desarrollaban sus actividades de forma directa. En concreto, el de la segregación de una unidad productiva de la empresa principal mediante la constitución de una filial, a la cual se transfiere los medios necesarios para el desarrollo de la actividad y el personal encargado de su realización, tanto la decisión de proceder a la externalización como la opción de hacerlo a través de la creación de una filial.

<sup>lxxix</sup>ARCE (2013). Derecho del Trabajo: La invención del Porvenir. Primera Edición. Editorial Aranzadi S.A. Navarra. España. Págs. 65-66

<sup>lxxx</sup>(ARCE, 2013), comenta que el Outsourcing integra todos los procesos consistentes en la externalización de actividades que no sean consideradas competencias básicas de la organización independientemente de que aquellas sean desarrolladas o no previamente por la empresa. La empresa matriz (...) no pasa de ser una estructura vacía en recursos personales; alrededor de ella se dibuja una línea tenue de empresas denominadas con frecuencia empresas filiales y que, al especializarse en distintas líneas de negocio o actividad, contratan normalmente un volumen muy corto de trabajadores.

<sup>lxxxi</sup> 1. Concepto de propia actividad. STS UD 20 de julio de 2005: la noción de “propia actividad” ha sido precisada por la doctrina de la Sala en las sentencias de 18 de enero de 1995 (RJ 1995, 514), 24 de noviembre 1998 (RJ 1998, 10034) y 22 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 510), en el sentido de que lo que determina que “propia actividad” de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo. En ese sentido, la sentencia de 24 de noviembre de 1998 señala que en principio caben dos interpretaciones de este concepto: a) La que entiende que propia actividad es la “actividad indispensable”, de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que solo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán “propia actividad” de ella. En el primer caso se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas tareas no nucleares quedan excluidas del concepto y, en consecuencia, de la regulación del artículo 42, del Estatuto de los Trabajadores. Pero, como precisa la sentencia citada, recogiendo la doctrina de la sentencia de 18 de enero de 1995 “si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier de actividad empresarial. Es obvio, que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42, del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente y, por ello, se concluye que “ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente”. STS UD 11 de mayo de 2005: “para delimitar lo que ha de entenderse por propia actividad de la empresa, la doctrina mayoritaria entiende que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa” y que “también la doctrina señala que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial” Tal doctrina, ha sido seguida en sentencias de 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 10034) (rec Núm. 517/98) y de 22 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 510) (rec. Núm. 3904/2001)

<sup>lxxxii</sup>AGUILERA, GARCÍA Y OTROS (2011). 100 preguntas laborales sobre Descentralización Productiva. Primera Edición. Mayo. Madrid. España. Págs. 21-22

<sup>lxxxiii</sup> **RASO DELGUE, J. (2000). OUTSOURCING: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay.**

<sup>lxxxiv</sup> **FERNANDEZ, B. H. (2000). Las Actuales formas de la Descentralización Productiva. Criterios de Identificación y Modalidades Contractuales: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Págs. 67-77.**

<sup>lxxxv</sup> **RACCIATTI, O. C. (1997). Tercerización: exteriorización del empleo y descentralización productiva; en Revista Derecho Laboral, Tomo XL, N° 185, Pág. 140**

<sup>lxxxvi</sup> **KAHALE CARRILLO, T. D. (2011). Descentralización Productiva y Ordenamiento laboral. Un Estudio sobre la Contratación Externa de Actividades Descentralizadas. Primera Edición. Editorial Aranzadi S.A. Navarra. España. Págs. 34-38**

<sup>lxxxvii</sup> **CORIAT, B. (1979). El Taller y el Cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo y el fordismo y la producción en masa. Editorial Siglo XXI. Madrid; citado por (KAHALE CARRILLO, 2011), Ob. cit. Pág. 37.**

<sup>lxxxviii</sup> **KAHALE CARRILLO, T.D. (2011). Ob. cit. Pág. 38**

<sup>lxxxix</sup> **VALDEZ DAL-RE, F. (2002). La Externalización de actividades laborales un fenómeno complejo: en .A.A.V.V. La Externalización de actividades laborales (outsourcing) una visión interdisciplinar. Editorial Lex Nova. Valladolid. Pág. 30.**

<sup>xc</sup> **APARICIO, T. J. (2007). La Transnacionalización del Derecho del Trabajo: en A.A.V.V. Globalización Laboral y de la Seguridad Social. Primera Edición. Editorial Universidad Del Rosario. Bogotá, D.C. Págs. 13-28.**

<sup>xcii</sup> **ERMIDA & CASTELLO (2000). Las Empresas de Trabajo Temporal: en Cuarenta y Dos estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Editorial Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay.**

<sup>xciii</sup> **Ibidem, Pág. 416**

<sup>xciiii</sup> **GARCÍA MAYNEZ, E. (2009). Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa. Decimoséptima Edición. México. Pág. 270**

<sup>xcv</sup> **RECASENS SICHES, L. (2008). Tratado General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa S.A. Decimonovena Edición. México. Págs 548-549**

<sup>xcvi</sup> **ERMIDA & CASTELLO, Ob. cit.**

<sup>xcvii</sup> **CHACÁRTEGUI, J., C. (1998). El Contrato de Trabajo y Empresas de Trabajo Temporal. Tesis Doctoral. Universitat Pompeu Fabra Barcelona, Junio. Sitio Web: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7293/tccj>**

<sup>xcviii</sup> **CAMPS RUIZ, L.M. Concepto y Régimen Jurídico de las Empresas de Trabajo temporal: en A.A.V.V. Descentralización Productiva y Relaciones Laborales. Edita CISS, Grupo Walters Kluwer España, S.A.**

<sup>xcviii</sup> CHACÁRTEGUI, Ob. cit. Pág. 50

<sup>xcix</sup> MONTOYA MELGAR, A. (1965). El Poder de Dirección del Empresario. Editorial Aranzadi. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Pág. 197, citado por CHACÁRTEGUI, C. (1998), Ob. cit. Pág. 53.

<sup>c</sup>OLMO GASCÓN, A.M. (1996). "Alteración sustancial del contrato laboral desarrollado a través de empresas de trabajo temporal". Revista Actualidad Laboral, N° 46, Pág. 883.

<sup>ci</sup>ROMAN DE LA TORRE, M.D. (1992). Poder de Dirección y Contrato de Trabajo. Editorial Graphus. Valladolid. Pág. 369

<sup>cii</sup>CHACÁRTEGUI, C. (1998). Ob. cit. Pág.66

<sup>ciii</sup>Cfr. RASO DELGUE, J. (2000), Ob. Cit. Pág. 14: refiriéndose al modelo de relación de trabajo, vigente en la primera revolución industrial, señala que éste determinaba que el trabajador no se apropiaba del producto de su trabajo, sino que ese producto pertenecía al dueño de las máquinas quien pagaba un precio al obrero por la tarea realizada. La distancia entre el empresario/dueño de los medios de producción y el trabajador que enajena su trabajo por un precio caracterizará la relación de trabajo subordinado desde el siglo XVIII, hasta nuestros días: por un lado, el capital, que asume los riesgos y la conducción de la empresa, beneficiándose con el lucro que ésta produce; por el otro los trabajadores que han cedido su fuerza de trabajo por un precio y tratarán que ese precio sea cada vez más alto, más estable y más seguro. La confrontación "capital/lucro – trabajo/salario" constituirá la esencia del conflicto entre empresas y trabajadores.

<sup>civ</sup> Cfr. AMEGLIO, E.J. (2000). Vicisitudes del Proyecto de Convenio Internacional sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación: en Cuarenta y Dos estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Editorial Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. Págs. 405-412.

<sup>cv</sup>RASO, D. J. (2000). Ob. cit. Pág. 238

<sup>cvi</sup>BRONSTEIN, A. (1999). "La Subcontratación Laboral": en Revista de Derecho Laboral. Tomo XLII, N° 195, Págs. 428-429.

<sup>cvi</sup>GAUTHIER, PRATT&GARI (2000). Subcontratación e Intermediación: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios de Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Editorial Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. Págs. 341-343; Cfr. AMEGLIO, E (2000). "La Subcontratación Laboral: un intento para delimitar su marco jurídico". Tribunal de Abogado, N° 115, enero-marzo. Pág. 11: citado por BAFICO & FERNÁNDEZ, Ob. cit. Pág. 358

<sup>cvi</sup>BAYLOS, G. A. (1990), "La información trimestral sobre previsiones de contratación y supuestos de subcontratación. Algunas reflexiones" en Revista de Trabajo N° 100, 1990, Págs. 357 y 358; citado por GAUTHIER, PRATT & GARI, Ob. cit. Pág. 343.

<sup>cix</sup>VALVERDE, M. A. (1990). "La información al personal sobre subcontratación y sobre previsiones de empleo" en Revista de Trabajo, N° 100, 1990, Pág. 644; citado por GAUTHIER, PRATT & GARI, Ob. cit. Pág. 344.

<sup>cix</sup>ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE. Derecho del Trabajo. 13 Edición. Servicios de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense Madrid. Pág. 108 sostiene este argumento, desde la perspectiva del derecho laboral español: citado por GAUTHIER, PRATT & GARI, Ob. cit. Pág. 343

---

<sup>cxI</sup>GRZETICH, A., “El Concepto de Subcontratación y algunas de sus consecuencias jurídicas”, en Revista Derecho Laboral, Tomo XXXV, N° 166, Págs. 413-414, citado por GAUTHIER, PRATT & GARI, Ob. cit. Pág. 345.

<sup>cxII</sup>BAFICO&FERNÁNDEZ (2000). Subcontratación: en .A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Editorial Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. Págs. 357

<sup>cxIII</sup>Cfr.BRONSTEIN, Arturo. “La Subcontratación Laboral”, Ponencia presentada ante el Seminario Internacional sobre el Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio, celebrado en Santo Domingo, República Dominicana en abril de 1999, Pág. 11, citado por BAFICO & FERNÁNDEZ, Ob. cit. Pág. 356.

<sup>cxIV</sup>FERRO, V. “La Subcontratación o Intermediación Laboral”, Pág. 76, citado por BAFICO & FERNÁNDEZ, Ob. cit. Pág. 357

<sup>cxV</sup>RASO, D.J. (2000). Ob. cit. Pág. 223

<sup>cxVI</sup>CASTELLO (2009). La Subcontratación y las Relaciones Laborales: en Revista Latinoamericana de Derecho Social. Número 9, Julio – Diciembre de 2009. Págs. 53-87

<sup>cxVII</sup>CASTELLO, Ob. cit. Pág. 74

<sup>cxVIII</sup>Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1994 (Rec. 3724/93); esta doctrina ha sido reafirmada, entre otras, por la SSTS u.d. de marzo de 2008 (Rec. 1310/07) y, además, por la de 25 de junio de 2009 (Rec. 1605/08)

<sup>cxIX</sup>RONCERO, F. C. (2011), Ob. cit. Pág. 14

<sup>cxXX</sup>Cfr. Además con la Sentencia u.d. de 20 de julio de 2005, 18 de enero de 1995 (Rec. 514/95), de 24 de noviembre de 1998 (Rec. 517/1998) y de 22 de noviembre de 2002 (Rec. 3904/2001).

<sup>cxXXI</sup>Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988. Rec. 10335/1988.

<sup>cxXXII</sup>Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1994. Rec. 13732/1994.

<sup>cxXXIII</sup>Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo u.d de 14 de septiembre de 2001. Rec. 16531/2002

<sup>cxXXIV</sup>DONO, L. (1997). “Subcontratación en materia laboral”, Ponencia oficial en las IX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizadas en Minas, Lavalleja, en diciembre de 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, N° 14, Págs. 62 y sgts.

<sup>cxXXV</sup>AMEGLIO, E. (2000), Ob. cit. Pág. UBICAR ESTA CITA

<sup>cxXXVI</sup>AMEGLIO, E. (2000), Ob. cit. Pág. 409

<sup>cxXXVII</sup>Ídem

<sup>cxXXVIII</sup>Ídem

<sup>cxXXIX</sup>MURGAS & TORRES (2002). La Relación de Trabajo en Panamá. Versión revisada de un Estudio para la Organización Internacional del Trabajo, 2001-2002, Pág. 87

<sup>cxxx</sup>Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Trabajo, de 26 de febrero de 1996, que mantuvo igual criterio; en igual sentido, Cfr. Sentencia de 1º de abril de 1977, dictada por la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Ricardo Valdés. Isaías Díaz – vs – Diez y Diez, S.A.

<sup>cxxxI</sup>MURGAS, R. “Las Situaciones de Fraude en la Relación de Trabajo. Doctrina. Derecho Comparado y Situación en el Derecho Panameño”. Sitio Web: [http://www.academiaiberoamericana.com/publicaciones/Ponencia\\_libro\\_homenaje\\_Dr\\_caldera.pdf](http://www.academiaiberoamericana.com/publicaciones/Ponencia_libro_homenaje_Dr_caldera.pdf)

<sup>cxxxII</sup>ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. Derecho del Trabajo. 13ª Edición. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid. Pág. 108; citado por GAUTHIER, PRATT y GARI (2000), en Subcontratación e Intermediación: A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo, Ob. cit. Pág.343. Dentro de la posición restringida, y con una lectura laboralista del fenómeno tales autores han señalado que el elemento distintivo e imprescindible para considerar la existencia del subcontrato es la presencia de un encargo base, puesto que la regulación del artículo 42 del ET, no pretende que el empresario responda por todos con los que tenga relación a través de la miriada de contratos de suministros, servicios, transportes, compraventas, mque forman la trama de las relaciones interempresariales.

<sup>cxxxIII</sup> Convención Colectiva de Trabajo SUNTRACS – CAPAC, 2014 – 2017. Edición, Diagramación y Arte Silverlaser. Primera Edición. Marzo – 2015. Sindicato Único Nacional de Trabajadores de la Industria de la Construcción y Similares (SUNTRACS), Págs. 19 y sgts.

<sup>cxxxIV</sup>GONZÁLEZ, M. y LÓPEZ J.E (1999). “El Teletrabajo y la Privacidad del Trabajador”. Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza. España.

<sup>cxxxV</sup>PÉREZ, T. C. y XALAMBRI, M.A (2000). El Teletrabajo y los Problemas que plantea: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Págs. 149-162.

<sup>cxxxVI</sup>RASO, D. J. (2000). La Contratación Atípica del Trabajo. Editorial y Librería Jurídica Amalia M. Fernández. Pág. 277

<sup>cxxxVII</sup>CAMPS RUIZ. L.M. (2011). Descentralización Productiva a través del Trabajo a Domicilio y el Teletrabajo: en A.A.V.V. Descentralización Productiva y Relaciones Laborales. Ediciones CISS. Colección TODO. Grupo Wolters Kluwer. Pág. 497.

<sup>cxxxVIII</sup>GONZÁLEZ, M. M.D. y LÓPEZ AHUMADA, J.E. (1999). El Teletrabajo y la privacidad del trabajador. Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza, 28 y 29 de mayo. Pág. 3

<sup>cxxxIX</sup>MARTÍN FLORES, L. (1995). Outsourcing y Teletrabajo. Revista Española de Derecho del Trabajo, Nº 71. Págs. 401-425; citado por BLANCO, C.E. (2011). El Teletrabajo en el Derecho Laboral Venezolano. Tesis de Especialidad en Derecho del Trabajo. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Sitio Web: [saber.ucv.ve/xmlui/bitstream/123456789/3459/T026800002806-0-trabajoespecial20blancoe-000.pdf](http://saber.ucv.ve/xmlui/bitstream/123456789/3459/T026800002806-0-trabajoespecial20blancoe-000.pdf). Visitado: 20 de noviembre de 2015

<sup>cl</sup>BELZUNEGUI, E. A. (2001). Diversificación de las Condiciones de Trabajo y Cambios Organizativos en las Empresas: un estudio sobre el Teletrabajo. Sitio Web: <http://hdl.handle.net/10803/5108> Visitado: 20 de noviembre de 2015

<sup>clI</sup>LACHMAN, R. et al (2002). “El Teletrabajo”: en Contratos y Regímenes Especiales de Trabajo. Primera Edición. Editorial JURIS TEXTOS S.A. Panamá Págs. 23-41.

<sup>cxlii</sup> Cfr. DIMARTINO, V. y WIRTH, L. (1990). **“Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y de vida”**, en Revista Internacional del Trabajo. Vol. 109, N° 4, Pág. 471: estos autores centran sus argumentos en el **aislamiento del trabajador** respecto a sus compañeros de trabajo y consideran como teletrabajo “cualquier trabajo efectuado en un lugar donde, lejos de las oficinas o talleres centrales, el trabajador no mantiene contacto personal con sus colegas, pero puede comunicarse con ellos a través de las nuevas tecnologías”; citado por PÉREZ & XALAMBRI, Ob. cit. Pág. 151.

<sup>cxliii</sup> BLANCO, C. E. (2011). Ob. cit. Sitio Web: [saber.ucv.vu/xmlui/bitstream](http://saber.ucv.vu/xmlui/bitstream).: Visitado: 20 de noviembre de 2015

<sup>cxliv</sup> KAHALE, C. D.T. (2003). **Teletrabajo: regulación jurídico-laboral**. Gaceta Laboral de diciembre, Volumen 9, N° 3. Pág. 401

<sup>cxlv</sup> PÉREZ, T. C. y XALAMBRI, M. A. (2000). **El Teletrabajo y los problemas que plantea: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo**. Primera Edición. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 150

<sup>cxlvi</sup> CAMPS RUIZ, L.M. (2001). Ob. cit. Pág. 497

<sup>cxlvii</sup> *Ibidem*, Pág. 499

<sup>cxlviii</sup> IZQUIERDO, F.J. (2006). **El Teletrabajo**. Editorial Difusión Jurídica y Temas de actualidad, S.A. Madrid. España. Pág. 23

<sup>cxlix</sup> BELZUNEGUI, E. A. (2001). **Diversificación de las Condiciones de Trabajo y cambios organizativos en las Empresas: un estudio sobre el Teletrabajo**. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona

<sup>cl</sup> PÉREZ, T. C. y XALAMBRI, M. A. (2000), Ob. cit. Pág. 153-154.

<sup>cli</sup> SIERRA, B. E.M. (2011). **El Contenido de la Relación Laboral en el Teletrabajo**. Primera Edición. Consejo Económico y Social de Andalucía. Edita Junta de Andalucía. Sevilla. España. Pág. 299. Sitio Web: <http://www.juntadeandalucia.es> Visitado: 20 de noviembre de 2015

<sup>clii</sup> Cfr. FERNANDEZ, O. F. J. (1999). **“El uso del Teletrabajo como relación laboral y su conexión con la actuación de la Inspección del Trabajo, a la luz del artículo 18 de la Constitución”**. Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, España, Mayo 1999. citado por (PÉREZ & XALAMBRI, 2000), Ob. cit. Pág. 154

<sup>cliii</sup> Un estudio respecto a este tema se verificó por MARTINEZ LÓPEZ, Fº J., INFANTE MORO, A. et al (2003), **“Los Sistemas de Control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones**. RL, N° 12, 2003. Págs. 95 a 115.

<sup>cliv</sup> Cfr. SALA FRANCO, T. (1999). **El Derecho a la Intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral**, en Trabajo y Libertades Públicas. Editorial La Ley. Actualidad. Págs. 220-221; citado por NÚÑEZ, P. S. A. (2009). **El Correo Electrónico Laboral**. Primera Edición. Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres. Lima Perú. Págs. 42-43

<sup>clv</sup> IZQUIERDO, F. J. (2006), Ob. cit. Pág. 31

<sup>clvi</sup> SIERRA, B. E.M. (2011), Ob. cit. Pág. 34

<sup>cliv</sup> **ORTIZ CHAPARRO, F. (1995). El Teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de tecnología**. Editorial Mc Graw Hill. Madrid. Pág. 41

<sup>clvii</sup> **NILLES, J. (1973). The Telecommunications transportation tradeoff. Optios for tomorrow and today**. Jala International. California: citado por SIERRA, B. E.M. (2011). Ob. cit. Pág. 29

<sup>clix</sup> Cfr. **GONZÁLEZ MEDINA, M. y LÓPEZ AHUMADA, J. (2000). “El Teletrabajo y la privacidad del trabajador”**: en A.A.V.V. **Descentralización Productiva y nuevas formas organizativas del trabajo**. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. MTAS. Madrid. Pág. 914.

<sup>clx</sup> Con relación al tema ver las reflexiones aportadas por **FERNÁNDEZ DE VILLALTA, J. (2000). “Teletrabajo y discapacidad. Un debate para el sentido común”**: en A.A.V.V. **Nuevas Tecnologías de la infocomunicación, turismo y teletrabajo**. 2º Congreso de Turismo y Teletrabajo, celebrado en Islantilla, los días 25 y 26 de febrero de 2000. Material multicopiado. ISBN: 84-607-0157-3.

<sup>clxi</sup> **GARCÍA VIÑA, J. (2001). “Relaciones Laborales e Internet**. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Nº 223. Pág. 18; en **ORTIZ CHAPARRO, F. (1995). El Teletrabajo. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología**. Ob. cit. Págs 43-44

<sup>clxii</sup> Una recopilación de definiciones adoptadas en el seno de la Unión Europea y por expertos internacionales en: **DE ANDRÉS GIL, J., OLANO, O. M. y LETE MURUGARREN, A. (2001). Perspectiva Internacional del Teletrabajo: nuevas forma de trabajo en la sociedad de la información**. MTAS. Madrid. Págs. 23-34

<sup>clxiii</sup> Entre éstos podemos mencionar a **SELLAS, I. B. R. (2001). El Régimen Jurídico del Teletrabajo en España**. Editorial Aranzadi. Elcano (Navarra). Pág. 27, quien comienza por destacar las modalidades del teletrabajo para, con posterioridad, elaborar el concepto por derivación.

<sup>clxiv</sup> **BANPLAIN, R. (1995). The Legal and contractual situation of teleworker in the member states of the European Union, European Foundation for the improvement of Living and Working Conditions**. Dublin; citado por SIERRA, B. E. M. (2001), Ob cit. Pág. 33.

<sup>clxv</sup> **GRAY, M., GORDON, G. et all (1995). El Teletrabajo**. Fundación Universidad – Empresa. Madrid. Pág. 63

<sup>clxvi</sup> Incluimos en este grupo a **BANPLAIN, R. (1997). “The Legal and contractual situation of teleworkers in European Union**. Consolidated Report. EFILAWC. Working paper WP/97/28; en Dublin, 1997. Pág. 5; citado por **XALAMBRÍ & PÉREZ (2000). El Teletrabajo y los problemas que plantea**. Ob. cit. Pág. 151; consideramos, a diferencia de estas autoras, que este autor pone el énfasis en el aspecto locativo del teletrabajo, al definirlo como “aquél que desarrolla una persona (trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia) **principalmente o en su mayor parte en lugar distinto al tradicional lugar de trabajo**, para un empresario o cliente y mediante el empleo de las telecomunicaciones”

<sup>clxvii</sup> Cfr. **THIBAUT, A. X. (1998). Aspectos Jurídicos del Teletrabajo** Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales Nº 11. Pág 94.

<sup>clxviii</sup> **XALAMBRÍ & PÉREZ (2000) El Teletrabajo y los problemas que plantea**, en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Ob cit Pág. 151

<sup>clxix</sup> **GAETA, L. (1996) “Teletrabajo y Derecho. La experiencia italiana”**. DL, Nº 49. Págs. 38-44; elabora cinco calificaciones jurídicas de teletrabajo: el teletrabajador empresario, teletrabajador autónomo y

teletrabajador parasubordinado, correspondientes al área del trabajo independiente – autónomo; el trabajador subordinado a domicilio y el trabajador subordinado en la empresa, éstos correspondientes al área del trabajo subordinado.

<sup>clxxx</sup>Un estudio de estos indicios, en especial, los relacionados con la dependencia ver en: LUJAN ALCARÁZ, J. (1994). La Contratación Privada de Servicios y el Contrato de Trabajo, contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del derecho del trabajo. MTSS. Madrid.

<sup>clxxxi</sup>STS de 22 de abril de 1996 (RJ 2006/3334); “es una de las pocas resoluciones del Tribunal Supremo en las que se plantea el problema de la calificación de la dependencia de la relación a través de técnicas informáticas de control del trabajo”, en DESDENTADO, BONETE, Aurelio “¿Qué hacer con el derecho del trabajo? Una reflexión sobre el futuro desde la práctica judicial: en HERNÁNDEZ, V. M.J., TORRES, A. J.M. (2007). Derecho Laboral del siglo XXI. Estudios de Derecho Judicial 118. CGPJ. Madrid. Pág. 43; citado por MERCADER UGUINA, J. R. (2002). Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información. Editorial Lex Nova. Valladolid. Pág. 83

<sup>clxxxii</sup>MONTOYA, M. A. (1999). “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, citado por CRUZ VILLALON, J. (1999). Trabajo Subordinado y Trabajo Autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán. Editorial Tecnos. Madrid. Pág. 63

<sup>clxxxiii</sup>SAGARDOY, B. J.A. (2004). Los Trabajadores Autónomos. Hacia un nuevo derecho de trabajo. Ediciones Cinca. Madrid. Pág. 161.

<sup>clxxxiv</sup>PÉREZ DE LOS COBOS, O. F. (1990). Nuevas Tecnologías y relación de trabajo. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 39-40

<sup>clxxxv</sup>DEL REY GUANTER, S. (2000). “Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia”. Revista Relaciones Laborales. Monográfico dedicado al trabajo autónomo. N° 7/8. Pág. 72

<sup>clxxxvi</sup>ALARCÓN, C. M. R. (1986). “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”. Revista Española de Derecho del Trabajo. N° 28. Págs. 533-534.

<sup>clxxxvii</sup>RODRIGUEZ PIÑERO, R. M. C (1992). “La Huida del Derecho del Trabajo”. Revista Relaciones Laborales. Tomo I. Pág. 90.

<sup>clxxxviii</sup>MARTÍN VALVERDE, A. (1990). “El Discreto retorno del arrendamiento de servicios”; en A.A.V.V. Cuestiones actuales del derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea. MTAS. Págs. 209 y sgts. Afirma que otro fenómeno de huida son los contratos autónomos o independientes “auténticos”.

<sup>clxxxix</sup>Con relación a la filialización como estrategia de organización empresarial, Cfr. DE LOS COBOS, O. F. (2000). “Filialización. Grupos de Empresa”, en A.A.V.V. Descentralización Productiva y Nuevas formas de organización del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza. 28 y 29 de mayo MTAS Madrid. Págs. 630-637

<sup>clxxx</sup>RODRIGUEZ PIÑERO, R. M. C. (1992). “La Huida del Derecho del Trabajo”. Ob. cit. Pág. 90

<sup>clxxxvi</sup>SANGUINETI, R. W (1997) Contrato de Trabajo y nuevos sistemas productivos. Editores ARA. Perú. Págs. 64 y 65.

<sup>clxxxvii</sup>IZQUIERDO, F.J. (2006), Ob. cit. Pág. 23

<sup>clxxxiii</sup>IZQUIERDO, F.J. (2006), Ídem

<sup>clxxxiv</sup>DE LA VILLA, G. L.E. (1999). “La Condición Jurídica del Teletrabajador: en A.A.V.V. Trabajar en la Sociedad de la Información. El Teletrabajo: problema o solución. Cómo contratarlo. Colección Fórum Universidad – Empresa. Madrid. Pág. 190; citado por (SIERRA, 2011), Ob. cit. Pág. 35

<sup>clxxxv</sup>RODRIGUEZ-SAÑUDO, G. F. (1999). La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral: en CRUZ VILLALÓN, J. (1999), Trabajo Subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán. Editoriales Tecnos. Madrid. Pág. 106; citado por SIERRA, B. E. M. (2011), Ob. cit. Pág. 36

<sup>clxxxvi</sup>SERRANO, O. R. (2000). Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica. Editorial CES. Madrid. Pág. 271

<sup>clxxxvii</sup>ESCUDERO, R. R. (1999). “Teletrabajo”: en A.A.V.V. Descentralización Productiva y Nuevas Formas Organizativas del Trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. MTAS. Madrid.

<sup>clxxxviii</sup>Cfr. RIVEROLAMAS, J. (2001). El Teletrabajo en España: un nuevo yacimiento de empleo en los sectores público y privado. Revista Aragonesa de Administración Pública. Monografía IV.

<sup>clxxxix</sup>ESCUDERO, R.R. (1999), Ob. cit. Pág. 771, y THIBAUT, A. J. (2000). El Teletrabajo. Análisis Jurídico laboral. Editorial CES. Madrid. Pág. 30: citan, como ejemplos, el Acuerdo de implantación del Teletrabajo en Telefónica de España, S.A.U. de 14 de febrero de 2006, en el cual se contempla que el tiempo mínimo de teletrabajo será con carácter general de dos días o en tiempo de jornada equivalente, en el artículo 34 III CC de Nutricia, S.R.L. y el artículo 31 III CC de Numil Nutrición, S.R.L., se establece un número máximo de ocho horas de teletrabajo a la semana que se pueden distribuir en una jornada completa, o dos medias jornadas, según acuerdo entre empleado y el director, en otros casos. Artículo 51 VI CC de BP OIL España, S.A.U., se pacta el teletrabajo con carácter exclusivo donde el trabajador desarrolla la totalidad de la jornada pactada en el domicilio.

<sup>cxc</sup> Sobre el particular se muestran a favor ESCUDERO, R.R. (1999), Ob. cit. Pág. 774; CALVO, G. J. (2001). “Teletrabajo”: en CARDENAL C. M (2001). Vademécum de Contratación Laboral. Editorial Laborum. Murcia. Pág. 364, que sostiene que tal opción es aceptada tácitamente; mientras que SELLAS, B. R. (2001), El Régimen Jurídico del Teletrabajo en España. Editorial Aranzadi. Pamplona, Pág. 39, asume la posición contraria, sosteniendo que de admitirse el porcentaje señalado como una medida objetiva, optaría por calificar la relación como ordinaria o en régimen de teletrabajo en función de cuál fuera de entre ambas la dominante, en proporción al tiempo de dedicación, por lo que si se desarrollara la actividad a distancia con tan sólo un veinte por ciento de la jornada laboral, habría que entender, a su juicio, que nos encontramos ante una situación de trabajo ordinario. Una posición similar sostiene MELLA, M. L. (1998). Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo AS, N° 11, Pág. 40, citados por SIERRA, B. E. M. (2011), Ob. cit. Pág. 38, para quien la estancia en las instalaciones de la empresa no debe perder su carácter ocasional y excepcional, no debiendo exceder el tiempo dedicado a la misma, en ningún caso, de la mitad de la jornada semanal, pues de lo contrario sería difícil calificar la situación como de teletrabajo

<sup>cxc1</sup>SEMPERE, N. A.V y SAN MARTÍN, M. C. (2002). Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales. Editorial Aranzadi. Navarra. Pág. 116

<sup>cxcii</sup>MELLA, M. L (1998) Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo. AS. N° 11 Pág. 41

<sup>cxciii</sup>SIERRA, B. E. M. (2011), Ob. cit. Pág. 38-39

<sup>cxciv</sup> Al respecto ver: El Libro Blanco del teletrabajo en Colombia. Corporación Colombia Digital. Versión 2.0. Págs. 26-27. Sitio Web: [www.colombiadigital.net](http://www.colombiadigital.net)

<sup>cxcv</sup> GAETA, L. y PASCUCCI, P. (2000). El Teletrabajo en el ordenamiento italiano. Revista Gallega de Empleo, N° 1, citado por SIERRA, B. E. M. (2011), Ob. cit. Pág. 40.

<sup>cxcvi</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, O. F. y THIBAUT, A. J. (2001). El Teletrabajo en España. Perspectiva Jurídico – Laboral. MTAS. Madrid. Pág. 19

<sup>cxcvii</sup> ORTIZ, C. F. (1995). El Teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología. Editorial Mc Graw-Hill. Madrid. Pág. 39

<sup>cxcviii</sup> RIVERO LAMAS, J. (2001). El Teletrabajo en España (En el contexto de la innovación tecnológica y de la empresa innovadora): en A.A.V.V. Innovación y empresa innovadora: aspectos económicos y jurídicos. Universidad de Zaragoza. Huesca. Pág. 94

<sup>cxcix</sup> IZQUIERDO, C. F. J. (2006), Ob. cit. Pág. 24

<sup>cc</sup> Cfr. ESCUDERO, R.R. (1999). Teletrabajo, Ob. cit, Págs. 776-777; CALVO, G. J. (2001) Teletrabajo, Ob. cit. Pág. 363, quienes agregan a los periodistas, agentes de ventas, representantes de comercio que se relacionan ocasionalmente con la empresa.

<sup>cci</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, O. F. (2005). La Subordinación Jurídica frente a la innovación tecnológica. RL. Tomo I. Pág. 1328.

<sup>ccii</sup> Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, suscrito el 16 de julio de 2002, en Bruselas por los interlocutores sociales UNICE/UEAPME, CEEP y CES – incluyendo representantes del Comité de Enlace CEC/Eurocuadros.

<sup>cciii</sup> DE LA PUEBLA, P. A. (2007). Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo. Revista Relaciones Laborales, N° 20. Pág. 69

<sup>cciv</sup> Con relación al tema se cita la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1996 (RJ 1996/334).

<sup>ccv</sup> GAETA, L. y PASCUCCI, P (2000) “El Teletrabajo en el ordenamiento italiano. Ob. cit. Pág. 194

<sup>ccvi</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Asturias, de 16 de marzo de 2001 (AS 2001/335), la cual sostuvo que en tales casos “su aportación no invalida la existencia de un trabajo por cuenta ajena. En igual sentido ver STS de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997/3578); y STSJ de Canarias de 16 de marzo de 2006 (AS 2006/1671). En discrepancia con este criterio, ver STSJ de Asturias, de 25 de abril de 2003 (JUR 2003 204342), mediante la cual se consideró como indicio de autonomía, la aportación de medios o útiles de trabajo.

<sup>ccvii</sup> RIVERO LAMAS, J. (2001). “El Teletrabajo en España. Un nuevo yacimiento de empleo en los sectores público y privado”. Revista Aragonesa de Administración Pública. Monografía (IV). Pág. 310

<sup>ccviii</sup> ACKERMAN, M. E. (2004). “El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo”. Revista Relaciones Laborales N° 3. Pág. 29

<sup>ccix</sup> MOLINA, N. C. (2007). Trabajadores en la frontera: comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo. Revista de Trabajo y de Seguridad Social. Pág. 102

<sup>ccx</sup>SUPIOT, A. (1999). “Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa. Revista Internacional del Trabajo, Volumen 118, N° 1, Pág. 39, este autor propugna por la extensión del campo de aplicación del derecho laboral y de un derecho común del trabajo, sin perjuicio de que algunas de sus ramas se adapten a las diversas situaciones.

<sup>ccxi</sup>LORENZO MEMBIELA, J. B. (2007). Permisos y Licencias de los Servidores Públicos: adaptada a la Ley 7/2007. Estatuto Básico del Servidor Público. Editorial Aranzadi. Navarra. Pág. 67

<sup>ccxii</sup>GAETA, L. y PASCUCCI, P. (2000). “El Teletrabajo en el ordenamiento italiano. Ob. cit. Pág. 191

<sup>ccxiii</sup>GAETA, L. y PASCUCCI, P. (2000). “El teletrabajo en el ordenamiento italiano. Ob. cit. Pág. 207

<sup>ccxiv</sup>MAP. Libro Electrónico. Plan Concilia. Horarios y Teletrabajo. Septiembre. 2006. ([www.map.es](http://www.map.es)). Pág. 139

<sup>ccxv</sup>CABEZA, P. J. (2005). “La Conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa”. Revista de Derecho Social, N° 31. Pág. 38

<sup>ccxvi</sup>SERRANO, G. J. M. (2003). “La Negociación Colectiva europea y los Acuerdos libres: la vinculabilidad del Acuerdo europeo sobre el Teletrabajo”: en BAYLOS GRAU, A. (2003). La Dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva. Bomarzo. Albacete. Pág. 102

<sup>ccxvii</sup>Al respecto ver SIERRA, B. E. M. (2011). El Contenido de la relación laboral. Ob. cit. Pág. 144; esta autora enuncia algunos convenios colectivos a través de los cuales se ha implantado el teletrabajo en España.

<sup>ccxviii</sup>JURADO, S. A. (2004). “Algunas consideraciones en torno al acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo. Temas Laborales. Pág. 43: sobre el particular este autor señala, refiriéndose al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo que su naturaleza “se asimila a un pacto entre caballeros.

<sup>ccxix</sup>HERNANDO, D.L. A. (2003). “Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo. Revista Relaciones Laborales. N° 21. Pág. 87

<sup>ccxx</sup>SERRANO, G. J.M. (2003). La Negociación Colectiva Europea y los Acuerdos Libres: la vinculabilidad del Acuerdo europeo sobre el Teletrabajo. Ob. cit. Pág. 104

<sup>ccxxi</sup>SERRANO, G. J. M. (2003). *Ibidem*, Pág. 211

<sup>ccxxii</sup>Ver, además, STS de abril de 2005 (RJ 2005); SAN de 31 de mayo de 2004 (AS 2004/2637).

<sup>ccxxiii</sup>Ver, además, STS de 23 de mayo de 2001 (AL 2001/1194); STSJ País Vasco, de 15 de julio de 2008 (JUR 2009/253497)

<sup>ccxxiv</sup>Ver además: SSTSJ de Cataluña, de 16 de mayo de 2000 (AS 2000/1928); Asturias de 16 de marzo de 2001 (AS 2001/335), de 14 de abril de 2000 (AS 2000/1003), relacionada con los colaboradores periodistas que teletrabajan;

<sup>ccxxv</sup>ALONSO OLEA, M (1981). Introducción al Derecho del Trabajo. Editorial Tecnos. Madrid. Pág. 23, este autor se refiere a la ajenidad en los frutos del trabajo

<sup>ccxxvi</sup>BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA (1974). Manual de Derecho del Trabajo. 12ª Edición Editorial Marcial Pons. Madrid. Pág 23 y sgts, abordan la ajenidad con relación a los riesgos del trabajo.

<sup>ccxxvii</sup> **ALARCÓN, C. M. R.** (1986). La Ajenidad en el Mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo. Revista Española de Derecho del Trabajo, N° 28. Pág. 495; hace referencia al elemento ajenidad en el mercado.

<sup>ccxxviii</sup> En igual sentido: SSTs de 9 y 14 de mayo de 1990 (RJ 1990/4154 y AS 1990/4314); STC de 25 de enero de 1983, RTC 1983/3.

<sup>ccxxix</sup> Cfr. SSTSJ de Asturias, de 16 de marzo de 2001 (AS 2001/335) y de 14 de abril (AS 2000/10003); SSTSJ de Cataluña, de 10 de marzo de 2000 (AS 2000/940) y de 10 de julio de 2006 (JUR 2007/47812)

<sup>ccxxx</sup> **MELLA, M. L.** (2003). Comentario General al Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo. Revista Relaciones Laborales. N° 1, Pág. 29

<sup>ccxxxi</sup> **GALLARDO, M. R.** (2006). Sobre la decisión unilateral del empresario y los acuerdos en el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo para imponer el teletrabajo a domicilio. Revista de Derecho Social, N° 33. Pág. 173.

<sup>ccxxxii</sup> Ver Sentencia de 11 de abril de 2005 (RJ 2005/4060), dictada por el Tribunal Supremo

<sup>ccxxxiii</sup> **MELLA, M. L.** (2003). Comentario General al Acuerdo Marco sobre teletrabajo. Ídem.

<sup>ccxxxiv</sup> Íbidem, Pág. 45

<sup>ccxxxv</sup> **BELZUNEGUI, E. A.** (2002). Teletrabajo, Estrategias de flexibilidad. CES. Madrid. Pág. UBICAR ESTA CITA

<sup>ccxxxvi</sup> **THIBAUT, A. J. y JURADO, S. A.** (2003). Algunas consideraciones en torno al Acuerdo marco Europeo sobre el Teletrabajo. TL. N° 72. Pág. 62.

<sup>ccxxxvii</sup> Cfr. **SERRANO, G. J. M.** (2002). Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo – Marco europeo de 16 de julio de 2002. Revista Relaciones Laborales, N° 20. Pág. 39

<sup>ccxxxviii</sup> El Acuerdo Implantación de Teletrabajo en Telefónica de España SAU, contempla la necesidad de potenciar una formación específica en esta materia que será facilitada por la empresa, tanto para los teletrabajadores como para sus responsables directos. Este plan tienen como objetivo garantizar una formación adecuada y de calidad que capacite al empleado para el uso de las herramientas básicas del teletrabajador (correo electrónico) en los entornos de trabajo "corporativos" y de cara a las cuestiones psicosociales precisas para una correcta adecuación al nuevo entorno laboral.

<sup>ccxxxix</sup> **PÉREZ DE LOS COBOS, O. F.** (2005). La Subordinación Jurídica frente a la innovación tecnológica, Ob. cit. Pág. 1331.

<sup>ccxl</sup> Ver contenido del VII CC de ECA, Entidad colaboradora de la Administración, SAU (BOE N° 153, de 25 de junio de 2008), artículo 33.

<sup>ccxli</sup> **MELLA, M. L.** (2003). Comentario general al Acuerdo marco sobre el teletrabajo, Ob. cit. Pág. 34

<sup>ccxlii</sup> **THIBAUT, A. J. y JURADO, S. A.** (2003) Algunas consideraciones en torno al Acuerdo marco Europeo sobre Teletrabajo, Ob. cit. Pág. 54

<sup>ccxliii</sup> En el Acuerdo Implantación de Teletrabajo en Telefónica de España, SAU, de 14 de febrero de 2006, la empresa se comprometió a establecer un programa de dotación progresiva de los medios necesarios a los

teletrabajadores, en donde el suministro de equipo para teletrabajo se debe articular de manera que no exista duplicidad de equipos propiedad de la empresa. En el **Acuerdo SHS Polar, de 21 de mayo de 2007**, se pacta que la empresa proporcionará al trabajador los medios necesarios para desarrollar su trabajo, salvo que el trabajador manifieste su deseo expreso de utilizar su propio equipo.

<sup>ccxliii</sup> **BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS, D. B. (2004). "Efectos de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo"; en ALARCÓN, C. M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R. (2004). Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y derecho del trabajo. Editorial Bomarzo. Albacete. Pág. 141**

<sup>ccxliv</sup> **ESCUADERO, R. R. (2000). "Teletrabajo", Ob. cit. Pág. 841**

<sup>ccxlv</sup> Ver a **BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS, D. B. (2004). "El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo. Ob. cit. Pág. 145: este autor sostiene que "...el no poner obstáculos a la comunicación", implicaría adoptar medidas como ampliar el crédito horario de los representantes en empresas con teletrabajadores, en función del tiempo de desplazamiento requerido y/o sustituirlo por parte del crédito horario por "crédito de mensajería electrónica o, incluso, videoconferencias, garantizar un tablón virtual, y en general aquellos medios informáticos que faciliten las labores representativas.**

<sup>ccxlvi</sup> **RUBIO MEDINA, M. D. (2003). El Despido por utilización personal del correo electrónico. Editorial Bosch S.A., Primera Edición. Barcelona. Págs. 22-23**

<sup>ccxlvii</sup> Cfr. **NUÑEZ, S.A. (2009). El Correo Electrónico Laboral. Límites en su uso y control. Primera Edición. Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres Lima. Perú. 91-92, quien señala que en el caso del Derecho Francés se ha dado prioridad a los denominados derechos inespecíficos frente a las facultades de dirección y fiscalización del empleador protegidos por el derecho español.**

<sup>ccxlviii</sup> **HERNANDO, L. A. (2003). "Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo". Revista Relaciones Laborales, N° 21. Pág. 85**

<sup>ccxlix</sup> **MORALO GALLEGO, S. (2003). "El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva"; en FALQUERA, B. M.A. (2003). Derecho Colectivo. Cuadernos de Derecho Judicial, III-2003. CGJP. Madrid. Págs. 218 y 219**

<sup>cccl</sup> **ESTEBAN, L. R. (2000). "Teletrabajo y Derecho Colectivo del Trabajo"; en A.A.V.V. Descentralización Productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. MTAS. Madrid. Pág. 1021**

<sup>cccli</sup> **MORALO GALLEGO, S. (2003) "El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva. Ob. cit. Pág. 233**

<sup>ccclii</sup> **Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2005 (BOE de 16 de marzo de 2005, N° 64), prorrogado para el año 2006 (BOE de 10 de febrero de 2006, N° 35). Este acuerdo integra, en forma sucinta y actualizada, los criterios sobre una serie de materias (empleo, contratación, flexibilidad y seguridad en el empleo, etc.) contenidas en la Declaración para el Diálogo Social 2004 sobre Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social, suscrita el 8 de julio, entre el Gobierno y las Conferencias Sindicales y Empresariales. Su propósito fundamental era expresar una visión compartida por las Organizaciones firmantes respecto a la necesidad de fortalecer la competitividad económica en España.**

<sup>cccliii</sup> **En el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007 (BOE de 24 de febrero de 2007, N° 48) se recoge la necesidad de tener en cuenta el conjunto de normas y de nuevos criterios del proceso de negociación, desarrollado en cumplimiento de la Declaración para el Diálogo Social sobre Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social, suscrita el 8 de julio de 2004, entre Gobierno y las Confederaciones**

Empresariales y Sindicales. En la misma se recoge como objetivo común que la sociedad española alcance unos mayores niveles de desarrollo económico, de calidad en el empleo, de bienestar social, de cohesión territorial y de sostenibilidad ambiental. Para ello se hizo hincapié en la necesidad de apostar por un modelo de crecimiento económico equilibrado y duradero, basado en la mejora de la competitividad de las empresas y en el incremento de la productividad.

<sup>cciv</sup> Cfr. VALDÉS DAL-RE, F. (2007). El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007. RL, N° 7. Pág. 7, Con relación a este acuerdo, afirma que las recomendaciones u orientaciones enunciadas en el Capítulo V, se han elaborado mediante la técnica de la acumulación, es decir, manteniendo la mayor parte de las formuladas en ediciones anteriores y las obtenidas mediante el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo incorporado en la Ley 43, de 29 de diciembre de 2006.

<sup>cciv</sup> En una comunicación de la Comisión de 27 de junio de 2007 (COM 2007, 359 final, Bruselas, Pág. 5), relativo a la flexibilidad y la seguridad, y dirigida a diversos organismos regionales europeos, se sostuvo que “la flexibilidad hace referencia a los avances logrados en el curso de la vida (...) alude a la progresión de mejores empleos, a la movilidad ascendente y al desarrollo óptimo del talento”. Es característica de “una organización de trabajo flexible, capaz de responder rápida y eficazmente a nuevas necesidades y de dominar las capacidades necesarias para aumentar para aumentar la producción, y es la que facilita la conciliación del trabajo y las responsabilidades privadas”. En cuanto a la seguridad, “no sólo se alude a la seguridad de conservar el propio puesto de trabajo, se trata de equipar a las personas con las capacidades que les permitan progresar en su vida laboral y ayudarlas a encontrar un nuevo empleo(...) e incluye oportunidades de formación para todos los trabajadores, especialmente los poco cualificados y los de más edad”

<sup>ccviii</sup> BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J. (2006). “Sobre el Libro Verde: modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, en Cuadernos de la Fundación, N° 5, 2006. Pág. 8 ([www.fundacionsindicaldeestudios.org](http://www.fundacionsindicaldeestudios.org))

<sup>ccviii</sup> LOY, G. (2007). Apuntes sobre el Libro Verde “Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”, Especial Monográfico, RL, N° 15-16. 2007 Pág. 8

<sup>cclix</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. y BRAVO FERRER, M. (2007). “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”. Especial Monográfico, RL. N° 15-16. 2007. Pág. 9

<sup>cclix</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (2008). “Para una crítica del modelo de Flexiseguridad – liberal: Flexiseguridad y garantismo jurídico – social (Primera Parte)”. Tribunal Supremo. N° 206. Pág. 13

<sup>ccxii</sup> SERRANO, G. J. M. (2002). Tratamiento del Teletrabajo en el Acuerdo Marco Europeo de 16 de julio de 2002. RL. N° 20 Pág. 20

<sup>ccxiii</sup> MARTINEZ, B.M. (2005). Trabajo Autónomo y Trabajo subordinado. Delimitación, análisis y propuestas de reforma. RTYSS N° 273. Pág. 121

<sup>ccxiii</sup> Cfr. ORTIZ, C. F. (1995) El Teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología Ob. cit. Págs. 129 y sgts. En igual sentido señala las ventajas de la práctica del teletrabajo.

<sup>ccxiv</sup> ESCUDERO, R R (2000) “Teletrabajo”, en A.A.V.V. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo X Congreso Nacional de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza. 28 y 29 de mayo de 1999 MTAS. Madrid

<sup>cclxv</sup>CAMPS RUIZ, L. M. (2011). “Descentralización productiva a través del Trabajo a Domicilio y el Teletrabajo”; en A.A.V.V. Descentralización Productiva y Relaciones Laborales. Editores CISS, Walters Kluwer España S.A. Valencia. Págs. 485-514: este autor señala que es habitual la distinción entre tres modalidades de teletrabajo, atendiendo a la intensidad de la conexión proporcionada por la tecnología de información empleada, distinguiendo así; la modalidad sin conexión permanente, modalidad con conexión permanente unidireccional y la modalidad con conexión permanente bidireccional o total.

<sup>cclxvi</sup>GALLARDO, M. R. (1998). El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador. Ibídem Ediciones. Madrid. Págs. 59-62; adopta la clasificación o tipología del teletrabajo, según el lugar de la prestación, distinguiendo: teletrabajo a domicilio, en centros de teletrabajo y móvil.

<sup>cclxvii</sup>MELLA, M. L. (1998). “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo. AS, N° 11, Págs. 42-47; esta autora sugiere una tipología que enfatiza el aspecto locativo, así distingue el teletrabajo: en centro de teletrabajo compartido, centro satélite, centros de trabajo distribuido, teletrabajo móvil, teleempresa, teletrabajo off shore, teletrabajo a domicilio.

<sup>cclxviii</sup>THIBAUT, A. J. (2000). El Teletrabajo: análisis jurídico laboral. Editorial CES. Madrid. Págs. 32-39; propone la tipología del teletrabajo: teletrabajo a domicilio, telecentros, móvil y teletrabajo, según tipo de enlace.

<sup>cclxix</sup>Cfr. BLANCO, C. E. V. (2011). El Teletrabajo en el Derecho Laboral Venezolano. Universidad Central de Venezuela. Trabajo especial para optar por el Título de Especialista en Derecho del Trabajo. Pág. 21

<sup>cclxx</sup>CAMPS RUIZ, L. M. (2011). Descentralización Productiva a través del Trabajo a Domicilio y el Teletrabajo. Ob. cit. Pág. 499

<sup>cclxxi</sup>CAMPS RUIZ, L.M. (2011). “Trabajo a Domicilio y Teletrabajo”, Ídem

<sup>cclxxii</sup>SELLAS, I. B. R. (2001). El Régimen Jurídico del Teletrabajo en España. Ob. cit. Pág. 35- 36

<sup>cclxxiii</sup>ESCUADERO, R.R. (2000). “Teletrabajo”, Ob. cit. Pág. 769

<sup>cclxxiv</sup>THIBAUT, A. J. (2000). El Teletrabajo: análisis jurídico – laboral, Ob. cit. Pág. 28

<sup>cclxxv</sup>PÉREZ, T. C. y XALAMBRÍ, M. A. (2000). El Teletrabajo y los problemas que plantea. Ob. cit. Pág. 153

<sup>cclxxvi</sup>RASO, D. J. (2000). La Contratación Atípica del Trabajo. Ob. cit. Pág. 280

<sup>cclxxvii</sup>Denominación adoptada por NÚÑEZ, P. S.A. (2009). El Correo Electrónico Laboral. Límites en su uso y control. Primera Edición. Fondo Editorial San Martín de Porres. Lima. Perú.

<sup>cclxxviii</sup>NÚÑEZ, P. S. A (2009). El Correo Electrónico Laboral. Límites en su uso y control. Ob. cit. Págs. 26-27

<sup>cclxxix</sup>PÉREZ, T. C y XALAMBRÍ, M. A. (2000). El Teletrabajo y los problemas que plantea. Ob. cit. Pág. 154

<sup>cclxxx</sup>Cfr. ESCUDERO, R R (2000). Teletrabajo. Ob. cit. Pág. 769

<sup>cclxxxi</sup>MELLA, M. L (1998). Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo. AS. N° 11 Pág. 45

- 
- ccclxxxii **RASO, D. J. (2000), La Contratación Atípica del Trabajo. Ob. cit. Pág. 281**
- ccclxxxiii **IZQUIERDO, C. F. (2006). El Teletrabajo. Editora Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A. Barcelona. Pág. 30**
- ccclxxxiv **RASO, D. J. (2000). La Contratación Atípica del Trabajo. Ob. cit. Pág. 280**
- ccclxxxv **PÉREZ DE LOS COBOS, O. F. (1990). Nuevas Tecnologías y relaciones de trabajo. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 72; citado por RASO DELGUE, J. (2000), Ob. cit. Pág. 280**
- ccclxxxvi **CAMPS RUIZ, L. M. (2011). Descentralización Productiva a través del Trabajo a Domicilio y el Teletrabajo: en A.A.V.V. Descentralización Productiva y Relaciones Laborales. Ob. cit. Pág. 499**
- ccclxxxvii **En igual sentido, se pronuncia MELLA, M. L. (1998). Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo. Ob. cit. Pág. 46**
- ccclxxxviii **AGIS DASILVA, M. (1999). El lugar de trabajo, fijación y modificación. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Págs. 98-99**
- ccclxxxix **GAETA, L. (1996). Teletrabajo y Derecho: la experiencia italiana. DL. N° 49**
- ccxc **ESCUDERO, R. R. (2000). "Teletrabajo", Ob. cit. Pág. 778**
- ccxc1 **MORGADO, P. P. (2004). El Teletrabajo nueva forma de prestación de servicios. (Avance jurisprudencial). AL. N° 16. Pág. 1915**
- ccxcii **SANCHEZ, R. C. (2003). Trabajo en común. Contrato de Grupo Auxiliar Asociado: en OJEDA AVILÉS, A. (2003), Modalidades del contrato de trabajo: comentarios a la legislación. Editoriales Tecnos. Madrid. Pág. 25**
- ccxciii **Cfr. SIERRA, B. E. M. (2000). "Teletrabajo: una aproximación al concepto y regulación jurídico – laboral": en A.A.V.V. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. MTAS. Madrid. Pág. 882.**
- ccxciv **PURCALLA, B. M. y BELZUNEGUI, E. A. (2003). Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo. AS, N° 18. Pág. 66**
- ccxcv **Cfr. GALLARDO, M. R. (1998). El Viejo y el Nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador. Ediciones. Madrid. Pág. 82**
- ccxcvi **Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social) de 11 de mayo de 2007.**
- ccxcvii **CRUZ VILLALÓN, J. (2000). El Trabajo a Domicilio. (En torno al artículo 13). Número Monográfico, El Estatuto de los Trabajadores veinte años después REDT, N° 100. Pág. 459**
- ccxcviii **PURCALLA, B. M. y BELZUNEGUI, E. A. (2003) Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo Ob. cit. Pág. 66**
- ccxcix **Ver además, en igual sentido, RODRIGUEZ SAÑUDO, G. F. (1999). La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral. Ob. cit. Pág. 113**

<sup>ccc</sup>Al respecto ver en GAETA, L. y PASCUCCI, P. (2000). El Teletrabajo en el ordenamiento italiano. Revista Gallega de Empleo. N° 1. Pág. 197

<sup>cccI</sup>GALLARDO, M. R. (1998). El viejo y el nuevo trabajo a domicilio. De la máquina de hilar al ordenador. Ob. cit. Pág. 102

<sup>cccII</sup>RODRIGUEZ PIÑERO, R. M. (2001). Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva. MTAS. Madrid. Pág. 268

<sup>cccIII</sup>MATEO, J. M. (2000). Presente y Futuro del teletrabajo: razones para la creación de un marco jurídico regulador de su prestación. AEIPE. N° 13. Pág. 36-38

<sup>cccIV</sup>RODRIGUEZ-SAÑUDO, G. F. (1999). La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral. Ob. cit. Pág. 121

<sup>cccV</sup>DE LA HAZA, P. (1988). Observaciones a una Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas. Editorial La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía. N° 3. Pág. 813

<sup>cccVI</sup>CASAS VALLES, R. (1987). Inviolabilidad y derecho a la intimidad. Revista Jurídica de Cataluña. Volumen 86. N° 1. Pág. 191

<sup>cccVII</sup>ESCUDERO, R. R. (2000). Teletrabajo. Ob. cit. Pág. 781

<sup>cccVIII</sup>QUERALT, J. (1990). La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos, especial referencia a la de las empresas. Revista Española de Derecho Constitucional. N° 30. Pág. 53

<sup>cccIX</sup>ESCUDERO, R. R. (2000). Teletrabajo. Ob. cit. Pág. 783

<sup>cccX</sup>Cfr. GONZALEZ, B. E. (1999). La inspección de trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral. Editorial Aranzadi. Pamplona. Pág. 179

<sup>cccXI</sup>PURCALLA, B. M. A. y BELZUNEGUI, E. A. (2003). “Marcos Jurídicos y experiencias prácticas de Teletrabajo”. AS. N° 18. Págs. 51-52

<sup>cccXII</sup>MARTÍNEZ, L. F. J., LUNA, H. P. y ROCA, P. J.C. (2001). “El Teletrabajo en España: Análisis comparativo con la Unión Europea”. Revista Relaciones Laborales N° 18, Pág. 1225

<sup>cccXIII</sup>SERRANO, O. R. (2000) “El elemento locativo en el ámbito de las contrata y subcontratas de obras y servicios”. Revista Relaciones Laborales, N° 18. Pág. 330

<sup>cccXIV</sup>THIBAUT, A.J. (2000). “El Teletrabajo: análisis jurídico- laboral”. Ob. cit. Pág. 32

<sup>cccXV</sup>SANGUINETI, R. W. (2003) Teletrabajo y Globalización. MTAS Madrid. Págs 23-25

<sup>cccXVI</sup>PÉREZ GUERRERO, M. L. y RODRIGUEZ-PIÑERO, R. M. (2005). “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores” MTAS, N° 58, Pág. 219

<sup>cccXVII</sup>MELLA, M.L (1998) “Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo. Ob. cit. Pág 44

<sup>cccXVIII</sup>DI MARTINO, V. y WIRTH, L (1990). “Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y vida” Revista Internacional del Trabajo, N° 4, Volumen 109, Págs. 477- 478

<sup>cccxxx</sup>**HIERRO, H. F.J. (2002). “Las nuevas perspectivas laborales en la sociedad de la información: el teletrabajo (un ejemplo a tener en cuenta)”. *Scripta Nova*. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, Volumen VI, N° 119. Pág. 6. Sitio Web: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn119-73.htm> Visitado: 20 de noviembre de 2014**

<sup>cccxi</sup>**SERRANO, O. R. (2001). “Jurisdicción Competente y Ley aplicable al Teletrabajo Transnacional”. Revista Relaciones Laborales, N° 23, Pág. 107**

<sup>cccxii</sup>**SELLAS, I. B. R. (2001). El Régimen Jurídico del Teletrabajo en España. Ob. cit. Págs. 113-125.**

<sup>cccxiii</sup>**SANGUINETI, R.W. (2003). Teletrabajo y Globalización. Ob. cit. Pág. 65.**

<sup>cccxiv</sup>**SANGUINETI, R.W. (2003), Ibidem, Pág. 68**

<sup>cccxv</sup>**MORENO, M.A. (2005). “Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones”, Revista de Comercio Electrónico, N° 58, Pág.11**

<sup>cccxvi</sup>**SELLAS, I. B. R. (2001). El Régimen jurídico del teletrabajo en España. Ob. cit. Pág. 124-125**

<sup>cccxvii</sup>**MARCHAL, E.N. (2004). “Lugar en que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo: ayer, hoy y mañana”. Diario La Ley, N° 5986, de 30 de marzo de 2004. Pág. 11. Esta autora cita, en sede jurisprudencial, entre otras, la SSTJCE de 13 de julio de 1993; de 9 de enero de 1997; de 27 de febrero de 2002.**

<sup>cccxviii</sup> Cfr. **GARCIMARTIN, A.F.J. (2008). “El Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?” Diario La Ley, N° 6957. Pág. 20-21.**

<sup>cccix</sup>**SERRANO, O.R. (2001). “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”. Ob. cit. Pág. 135**

<sup>cccxi</sup>**MORENO, M.A. (2005). “Ley aplicable al teletrabajo transnacional: problemas existentes y posibles soluciones”, Ob. cit. Pág. 41**

<sup>cccxii</sup>**SERRANO, O.R. (2001). “Jurisdicción competente y ley aplicable al teletrabajo transnacional”, Ob. cit. Pág. 136. Cfr. **SANGUINETI, R.W. (2005). “El Derecho del Trabajo frente al desafío de la Transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social”. Revista Valenciana de Economía y Hacienda, N° 13. Pág. 123****

<sup>cccxiii</sup>**OJEDA AVILÉS, A. (2009). “Derechos Fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿en la ecuación imposible?”, TS, N° 217, Pág. 26**

<sup>cccxiv</sup>**SIERRA, B.E M. (2001). “El Contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, .Ob. cit. Pág. 96**

<sup>cccxv</sup>**ESCUDERO, R.R. (2005) El Poder de Dirección del empresario. Nuevas perspectivas. Ob. cit. Pág. 186**

<sup>cccxvi</sup> En el teletrabajo *Off Line* no existe contacto directo entre el ordenador central y ordenadores externos, y en el teletrabajo *One Way Line*, existe una conexión unívoca que no incide en la configuración del poder directivo.

<sup>ccccxxv</sup> **THIBAUT, A.J.** (2001). “El Teletrabajo: análisis jurídico – laboral”. Editorial CES. Madrid. Págs. 45-46

<sup>ccccxxvi</sup> Cfr. **GALA DURÁN, C.** y **PASTOR, M. A.** (2005). “La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva: en DEL REY, G.S. (2005). “La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)”. Revista de Derecho del Trabajo. N° 133, Págs. 5-34

<sup>ccccxxvii</sup> **MONEREO, P.J.L.** y **MORENO, V.M.N.** (2005). “El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo”. Editorial Tirant lo Blach. Valencia. Págs. 203-211

<sup>ccccxxviii</sup> **RODRIGUEZ PIÑERO, R.** y **BRAVO FERRER, M.** (2005). “Poder de dirección y derecho contractual”; en **ESCUDERO, R.R.** (2005). “El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas”. Editorial La Ley. Madrid. Págs. 21-17

<sup>ccccxxix</sup> **APARICIO, T. J.** y **BAYLOS GRAU, A.** (1992). “Autoridad y Democracia en la empresa”. Editorial Trotta. Madrid. Pág. 32

<sup>ccccxli</sup> **PALOMEQUE, L. M.C.** (1991). “Los derechos laborales en la Constitución Española”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. Pág. 31

<sup>ccccxlii</sup> Cfr. En este sentido. **SAGARDOY, B.J.A.** (2005). “Los Derechos Fundamentales y el Contrato de Trabajo”. Editorial Civitas. Madrid. Págs. 51-52

<sup>ccccxliii</sup> **FERNÁNDEZ, V.L.A.** (2003). “Las facultades empresariales de control de la actividad laboral”. Editorial Aranzadi, Cizur menor. Págs. 30-33

<sup>ccccxliv</sup> **MERCADER, U.J.R.** (2001). “Derechos Fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías ¿hacia una empresa panóptica?” Revista de Relaciones Laborales, N° 10, Pág. 13

<sup>ccccxlv</sup> **MARTÍNEZ, L.F.J., LUNA, H.P.** y otros (2003). “Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones”. Revista de Relaciones Laborales, N° 12, Págs. 95-115

<sup>ccccxlvi</sup> **FARRIOLS, S.A.** (2006). “La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo”. Ediciones Cinca. Madrid. Págs. 33-34.

<sup>ccccxlvii</sup> **MARTÍNEZ FONS, D.** (2002). “El Poder de control del empresario en la relación laboral”. Editorial CES. Madrid. Pág. 37

<sup>ccccxlviii</sup> Al respecto, véase la **STDH de 3 de abril de 2007** (asunto Copland) que declaró la aplicación del artículo 8, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales a “la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet”; y la **STS de 26 de septiembre de 2007 (Rec. UD 966/2006)**, declarando que “esos archivos pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida en que pueden incorporar informaciones reveladoras sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc.)

<sup>ccccxlviii</sup> **SÉMPERE, N.A V** (2005). “Contratación Laboral y Libertad de Empresa”; en **PÉREZ DE LOS COBOS** (2005). “Libertad de Empresa y relaciones laborales en España” Instituto de Estudios Económicos. Madrid Págs. 126-130

<sup>ccclix</sup>Cfr. En este mismo sentido: **FERNÁNDEZ, V.L.A. (2003). Las Facultades empresariales de control de la actividad laboral**. Editorial Aranzadi. Editorial Cizur Menor. Págs. 177-178

<sup>ccccl</sup>**GARCÍA, S.J.A. (2002). "Intranets wireless: colaboración y teletrabajo desde terminales móviles"**, /world, Enero 2002, Pág. 42-50

<sup>ccccli</sup>**CRUZ VILLALON, J. (2005). "Poder de Dirección y nuevas estructuras empresariales"**; en **ESCUDERO, R.R. (2005). El Poder de Dirección del empresario: nuevas perspectivas**. Editorial La Ley. Madrid. Pág. 237.

<sup>cccclii</sup>**MONTOYA, M. A. (1985). "Dirección y Control de la actividad laboral"**; en **BORRAJO DACRUZ, E. (1985). El Estatuto de los Trabajadores**. Tomo V. Arts. 19-25, Editorial Revista de Derecho Privado. Edersa. Madrid. Pág. 143

<sup>ccccliii</sup>El criterio contenido en esta Sentencia fue reiterado en **las SSTC 6/1995 de 10 de enero**, la cual señaló que se trata de "una ponderación adecuada, que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que puedan modularlo"; y **136/1996 de 23 de julio**, la cual estableció que era "preciso acreditar que la restricción del derecho del trabajador es el único medio razonable para el logro del legítimo interés empresarial".

<sup>ccccliv</sup>Al respecto, ver las SSTC 20/1990; 171/1990 y 240/1992

<sup>cccclv</sup>El principio aparece, además, en el contenido de la **SSTC 98/2000, de 10 de abril**, en la cual se aplica "el principio de la proporcionalidad" precisando que las modulaciones al ejercicio de los derechos fundamentales que la relación laboral impone "tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas más agresivas y afectantes"; y **SSTC 186/2000, de 10 de julio**, en la cual el principio de proporcionalidad se delimita en la necesidad de constatación de tres requisitos: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (**juicio de idoneidad**); si, además, es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (**juicio de necesidad**); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (**juicio de proporcionalidad en sentido estricto**)".

<sup>cccclvi</sup>**MATEU CARRUANA, M.J. (2005). "Facultades de control fuera del centro de trabajo: medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador"**, en TS, N° 169, Pág. 268

<sup>cccclvii</sup>**MELLA, M.L. (2003). "Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo"**. Revista de Relaciones Laborales, N° 1, Pág. 39

<sup>cccclviii</sup>**ALVAREZ-CIENFUEGOS, S.J.M (2001) "Libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución"**. Diario La Ley. Lunes 22 de enero de 2001, N° 5230.

<sup>cccclix</sup>Este pronunciamiento fue reiterado posteriormente, mediante las SSTC 143/1994; 11/1998; 94/1998 y 2002/1999.

<sup>cccclx</sup>**GOÑI SEIN, J.L. (2007). La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales**. Ediciones Cizur Menor (Navarra) Thomson-Civitas, Nota a pie N° 2, Pág. 61

<sup>cccclxi</sup>**OJEDA AVILÉS, A. (2006) "Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa"** Revista de Derecho Social, N° 35, Pág. 29.

<sup>cccixii</sup>LAFONT, N.L. (2004). "El Teletrabajo desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales del teletrabajador". IL, Legislación y convenios colectivos, N° 9, Pág. 17.

<sup>cccixiii</sup>MARÍN, A.I. (2003). "El correo electrónico como manifestación del art. 18.3 CE en el ámbito de la empresa: supervivencia de la configuración del derecho pese al poder de dirección del empresario". Comunicación presentada al Congreso Internacional de Derecho Constitucional, 4 y 5 de diciembre de 2003. Sevilla. Pág. 3

<sup>cccixiv</sup>Ibidem, Pág. 11

<sup>cccixv</sup>Ibidem

<sup>cccixvi</sup>MARTÍNEZ, F.D. (2002). El Poder de Control del Empresario en la Relación Laboral. Editorial CES. Madrid. Pág. 140

<sup>cccixvii</sup>Cfr. Con relación a la libertad de empresa como derecho fundamental con contenido esencial, ver, entre otros pronunciamientos judiciales: SSTC 46/83, de 27 de mayo; 109/2003, de 5 de junio. Y respecto, a la limitación al poder de control empresarial sobre los bienes de su propiedad: ver STC 281/2005, de 7 de noviembre, que declara que el empresario no goza de un poder omnímodo ni indiscriminado sobre los bienes propiedad de la empresa (por ejemplo, el ordenador).

<sup>cccixviii</sup>ARAGÓN, R.M. (2005). "El Contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa", en PÉREZ DE LOS COBOS, O.F. (2005), "Libertad de empresa y relaciones laborales en España". Instituto de Estudios Económicos. Madrid. Pág. 32.

<sup>cccixix</sup>PÉREZ DE LOS COBOS, O.F. (2005). "La Descentralización productiva y Libertad de Empresa", en PÉREZ DE LOS COBOS, O.F. (2005), "Libertad de empresa y relaciones laborales en España", Ob. cit. Pág. 192-193.

<sup>cccixxx</sup>MARÍN, A.I. (2005). El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa: su limitación en base al secreto de las comunicaciones. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 206

<sup>cccixxxi</sup>MARTÍNEZ CAYOSO, M.N. (2007). "Relación de trabajo y nuevas tecnologías: algunos aspectos problemáticos del uso del correo electrónico por parte de los trabajadores en la empresa", TS, N° 203, Pág. 40.

<sup>cccixxxii</sup>GARCÍA, V.J. (2001). La buena fe en el contrato de trabajo: especial referencia a la figura del teletrabajador. Editorial CES. Madrid. Pág. 290

<sup>cccixxxiii</sup>El Tribunal Constitucional, a través de varias decisiones, destaca el carácter recíproco de la buena fe, señalando que vincula tanto al trabajador como al empresario, puesto que no cabe entenderla de forma unilateral. Al respecto, ver las SSTC 90/1999, de 26 de mayo y 213/2002. De 11 de noviembre.

<sup>cccixxxiv</sup>RIVAS, J (2004). "Actos desleales de trabajadores usando sistemas usando sistemas informáticos e Internet". Revista de Relaciones Laborales, N° 21, Pág. 103-119

<sup>cccixxxv</sup>MIÑARRO, Y.M (2005) "Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo: especial referencia a las condiciones de su ejercicio y límites", en GARCÍA, N.J.I. (2005). El Control Empresarial en el ámbito laboral. Editorial CISS. Valencia. Pág. 58

- <sup>ccclxxxvi</sup> **MONTOYA, M.A.** (2001). La buena fe en el derecho del trabajo. Editorial Tecnos. Madrid. Pág. 80
- <sup>ccclxxxvii</sup> **GIL y GIL, J.L.** (2003). Principio de buena fe y poderes del empresario. CARL. Sevilla. Págs. 196-197
- <sup>ccclxxxviii</sup> En igual sentido, ver STSJ Cataluña de 3 de junio de 2008 (Rec. 2818/2008)
- <sup>ccclxxxix</sup> **SERRANO, G.J.M.** (2002). Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco Europeo de 16 de julio de 2002. Revista de Relaciones Laborales, N° 20, Pág. 28
- <sup>ccclxxx</sup> **ESCRIBANO, G.J.** (2001). El derecho a la intimidad del trabajador (A propósito de la STC 186/2000, de 10 de julio). Revista Relaciones Laborales. N° 1. Pág. 87
- <sup>ccclxxxxi</sup> **LÓPEZ, A.J.E.** El Derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección; en ESCUDERO, R.R. (2005). El Poder de Dirección del empresario: nuevas perspectivas. Ob. cit. Pág. 320-322.
- <sup>ccclxxxii</sup> **DE VICENTE, P.F.** (2005). Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo. TS, N° 157. Pág. 34
- <sup>ccclxxxiii</sup> **GOÑI, S.J.L.** (2005). Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad. Revista de derecho Social. N° 32. Pág. 94
- <sup>ccclxxxiv</sup> **FRAGALE, F.R.** y **JEFFERY, M.** (2003). Información y Consentimiento; en **JEFFERY, M.** (2003). Tecnología informática y Privacidad de los trabajadores, número monográfico, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, N° 1, Pág. 383
- <sup>ccclxxxv</sup> *Ibidem*, Pág. 380
- <sup>ccclxxxvi</sup> El artículo 8.1 del Convenio Europeo consagra un derecho al respeto a la privacidad que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que no se limita al hogar, sino que se aplica también al lugar de trabajo (asuntos Niemitz, de 23 de noviembre de 1993 y Halford, de 25 de junio de 1997).
- <sup>ccclxxxvii</sup> **GOÑI, S.J.L.** (2005). Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisura del principio de proporcionalidad, Ob. cit. Pág. 89-101
- <sup>ccclxxxviii</sup> **THIBAUT, A.J.** (2001). El Teletrabajo: análisis jurídico – laboral, Ob. cit. Pág. 147.
- <sup>ccclxxxix</sup> **GOÑI, S.J.L.** (2005). Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad, Ob. cit. Pág. 92
- <sup>cccc</sup> **TASCÓN, L.R.** (2005). El Tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores: análisis del estado de la cuestión. Editorial Thomson – Civitas Cizur Menor (Navarra). Pág. 86
- <sup>cccci</sup> Ver STSJ Cantabria de 18 de enero de 2007 (AS 2007/1030): esta se refirió al supuesto de un empresario que informa a los trabajadores de la empresa del establecimiento de un sistema de control destinado a la verificación del uso de Internet, pero sin respetar las garantías contempladas en los arts. 6 y 7 de la Directiva 46/1995, entre las que merece destacar el respeto a los principios de causalidad,

indispensabilidad, proporcionalidad y la garantía de la presencia de un representante de los trabajadores en el momento de registro físico.

<sup>cccxcii</sup> **DEL REY GUANTER, S.** (1993). “Tratamiento de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Revista Relaciones Laborales, Tomo II, Pág.148

<sup>cccxciii</sup> En la doctrina jurisprudencial ver, entre otras, la SSTC 99/1994, de 11 de abril; 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre; 37/1998, de 17 de febrero.

<sup>cccxciv</sup> **GOÑI, S.J.L.** (2005). “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad”, Ob. cit. Pág. 93

<sup>cccxcv</sup> **CARDENAL, C.M.** (2004). “El abuso de Internet en el trabajo”, ¿vamos bien? AS, N° 12.

<sup>cccxcvi</sup> **BOUCHET, H.** (2006). “De la confidencialidad de los datos personales en los lugares de trabajo”; en **FARRIOLS, I. S.A.** (2006). “La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo. Ediciones Cinca, Madrid. Pág. 174

<sup>cccxcvii</sup> **GOÑI, S.J.L.** (2007). La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales. Editorial Cizur Menor (Navarra) Thomson – Civitas. Págs. 75-81

<sup>cccxcviii</sup> **TASCÓN, L.R.** (2005). “El poder de control empresarial en la era tecnológica: visión panorámica de una cuestión inacabada”, Revista de Trabajo y de Seguridad Social (Estudios Financieros). Pág. 42

<sup>cccxcix</sup> **MARTÍNEZ, F.D.** (2002). El Poder de control del empresario en la relación laboral. Ob. cit. Pág. 170

<sup>cd</sup> **ACUT, G.C.** (2004). “Las facultades empresariales de vigilancia y control sobre útiles y herramientas de trabajo y otros efectos de la empresa”, TS, N° 163, Pág. 31

<sup>cdi</sup> **CAMAS, R.F.** (2004). “La intimidad y la vida a del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en **ALARCÓN, C.M.R.** y otros (2004). Nuevas tecnologías de la información y derecho del trabajo. Editorial Bomarzo, Albacete, Pág. 170

<sup>cdii</sup> Ver contenido de la STS, de 5 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 313).

<sup>cdiii</sup> **TASCÓN, L.R.** (2005). El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores: análisis del estado de la cuestión Ob. cit. Págs. 116-117

<sup>cdiv</sup> *Ibidem*, Pág. 108

<sup>cdv</sup> **THIBAUT, A.J.** (2006) Control multimedia de la actividad laboral. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, Págs. 131-132

<sup>cdvi</sup> **GOÑI, S.J.L.** (2005) “Los criterios básicos de enjuiciamiento constitucional de la actividad de control empresarial: debilidad y fisuras del principio de proporcionalidad, Ob. cit. Pág. 101

<sup>cdvii</sup> **GALDÓS, JM** (2003). Correo Electrónico, Privacidad y Daños. Revista de Derecho de Daños. Volumen N° 3. Buenos Aires. Pág. 171

<sup>cdviii</sup> **NÚÑEZ, P. S.A** (2009). El Correo Electrónico Laboral. Límites en su Uso y Control. Primera Edición. Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres. Facultad de Derecho. Lima Perú Pág. 26

---

<sup>cdix</sup>FERNÁNDEZ, D.H. (2001). Internet. Su Problemática Jurídica. Editorial Abeledo-Perrot, LexisNexis, Argentina S.A, Bs. As. Pág. 23.

<sup>cdx</sup>SAPARRAT, M.E. El E-mail Laboral. Derecho a la Intimidad e Inviolabilidad de la Correspondencia del Trabajador vs Poder de Dirección y Organización Empresaria. Tomo III, F° 231, CALP. Sitio Web: [www.calp.org.ar](http://www.calp.org.ar) Visitado: 20 de junio de 2016

<sup>cdxi</sup> CNTrab., Sala VII, 2003/03/27, en autos “Pereyra, Leandro R. c/Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos S.A.”. DT, 2003-B, 1524, con nota de Martín I. De Virgiliis; LNL, 2003, fasc. N° 8, p. 546; TySS, 2004, p.22.

<sup>cdxii</sup> CNTrab., Sala X, 2003/08/13, en autos “García Delia M. c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. LA LEY, 2003-E, 926; TySS, 2004, p. 29.

<sup>cdxiii</sup> Artículo 3, del Anteproyecto de Ley de Protección Jurídica del Correo Electrónico, puesto a consulta pública por resolución N° 331/01 de la Secretaría de Comunicaciones, de fecha 10/09/01

<sup>cdxiv</sup>NIETO, M.B. y URBANO, S.M. (2008). El Uso del Correo Electrónico Laboral y el Derecho a la Intimidad del Empleado: en Revista Jurídica Argentina La Ley/ La Ley, Vol. A. Buenos Aires, P. 604.

<sup>cdxv</sup>EKMEKDJIAN, M. A. (1994). Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II, Segunda Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. Pág. 354.

<sup>cdxvi</sup>NÚÑEZ, P.S.A. (2009), Ob. cit. Pág. 28

<sup>cdxvii</sup>SAPARRAT, M.E. El E-mail Laboral. Derecho a la Intimidad e Inviolabilidad de la Correspondencia del Trabajador vs Poder de Dirección y Organización Empresaria. Tomo III, F° 231, CALP. Sitio Web: [www.calp.org.ar](http://www.calp.org.ar) Visitado: 20 de junio de 2016

<sup>cdxviii</sup>NÚÑEZ, P.S.A. (2009). Ob. cit. Págs. 29-31

<sup>cdxix</sup>Al respecto, ver Sitio Web: [www.urosario.edu.co](http://www.urosario.edu.co)), Visitado el 12-1-14

<sup>cdxx</sup>CARVALLO M., C. (2001). Delimitación del Contrato de trabajo. Caracas: Publicaciones UCAB. Pág. 16

<sup>cdxxi</sup>BLANCO C., E. V. (2011). El Teletrabajo en el derecho Laboral Venezolano. Universidad Central de Venezuela. Caracas: Editorial El País, Pág. 277

<sup>cdxxii</sup>PLA RODRIGUEZ, A (2000). “La Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo”; en A.A V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Fundación de Cultura universitaria. Primera Edición. Montevideo. Uruguay. Pág. 17

<sup>cdxxiii</sup>KAHALE, C T.D (2011). Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral. Ob. cit. Pág. 105

<sup>cdxxiv</sup> VALDÉS DAL-RE, F. (2007). **“La Legitimación negocial en los grupos de empresa: anomía legislativa e incertidumbre jurisprudencial”**. Revista Relaciones Laborales, N° 17. SITIO WEB: [www.laleylaboral.com](http://www.laleylaboral.com) Visitado 28-4-16

<sup>cdxxv</sup> Mantienen este criterio, entre otras: las SSTS de 7 de marzo y 12 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1989, 17 de enero de 1991, 17 de febrero de 1993 (Rec. N° 2099/1991).

<sup>cdxxvi</sup> Las hipótesis de indicios descritos han sido recogidas, entre otras, por las: SSTS de 16 de junio de 2003 (Rec. N° 3054/2001); 20 de septiembre de 2003 (Rec. N° 1741/2002) y la de 3 de octubre de 2005 (Rec. N° 3911/2004).

<sup>cdxxvii</sup> LLANO SÁNCHEZ, M. (2006), citada por (TARABINI-CASTELLANI, 2011, Pág. 145), **100 Preguntas sobre Descentralización Productiva**. Editorial La Ley. Primera Edición. Madrid. España.

<sup>cdxxviii</sup> SERRANO, A. M. (2002). **“La Confusa línea divisoria entre la contrata de obras y servicios y la cesión de trabajadores”**. AS, Número 19, págs. 73-74.

<sup>cdxxix</sup> Vid. SSTS de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002, 16 de junio de 2003, 3 de octubre de 2005, 30 de noviembre de 2005 y 14 de marzo de 2006.

<sup>cdxxx</sup> TARABINI-CASTELLANI, A.M. (2011). **“Configuración jurídica de la cesión ilícita de trabajadores”**; en PEREZ DE LOS COBOS, O. F. (2011). **100 Preguntas Laborales sobre Descentralización Productiva**. Editorial La Ley. Primera Edición. Madrid. España. Págs.134-136

<sup>cdxxxi</sup> PLA RODRIGUEZ, A. (2000). **“La Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo**. Ob. cit. Pág. 19

<sup>cdxxxii</sup> ALFONZO, G., R.J. (1985). **Estudio Analítico de la Ley de Trabajo Venezolana**. Tomo I. Contemporánea de Ediciones. Caracas. Venezuela. Pág. 468

<sup>cdxxxiii</sup> ERMIDA, U. O. (1987). **La Protección contra los Actos Antisindicales**. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo. Uruguay. Pág. 42

<sup>cdxxxiv</sup> VALDEOLIVAS, G. Y (1994). **Antisindicalidad y Relaciones de Trabajo**. Editorial Civitas, S.A. Madrid. Pág. 48.

<sup>cdxxxv</sup> NADAL, V. S.M. (1983). **La Empresa Transnacional en el marco Laboral** Ediciones de Cultura Hispánica. Madrid. Pág. 29

<sup>cdxxxvi</sup> UZUNIDIS, D. (2002). **La Naturaleza Financiera y economía de las Transnacionales y el Ordenamiento Jurídico Global**. Alternativas Sur. Vol. I, Numero 2. Pág. 239

<sup>cdxxxvii</sup> Cfr. MARTIN – ORTEGA, O. (2008). **Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional**. Editorial J. M. Bosch. Barcelona. Págs. 27-77

<sup>cdxxxviii</sup> JIMENEZ SANCHEZ, J.J (2006). **“Marcos de las relaciones laborales en las empresas multinacionales: las directrices de la OCDE”** en Empresas Multinacionales. su incidencia en las relaciones sociales. Cuadernos de Derecho Judicial Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Pág. 44

<sup>cdxxxix</sup> JARILLO&ECHEZARRAGA (1998) **Estrategia Internacional**. Editorial Mc Graw Hill. México. Pág. 127

<sup>cdxi</sup> **CARRASCOSA, J. (2004). Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 22. Pág. 29**

<sup>cdxli</sup> **PASTOR, J. (2007b). Globalización, nuevo imperialismo y choque de civilizaciones. Un balance de los principales análisis y discursos sobre el actual (des) orden mundial. Viento Sur. Sección Web. [www.vientosur.info](http://www.vientosur.info), Pág. 4**

<sup>cdxlii</sup> **PASTOR, J. (2007b). Globalización, nuevo imperialismo y choque de civilizaciones. Un balance de los principales análisis y discursos sobre el actual (des) orden mundial. Viento Sur. Sección Web. [www.vientosur.info](http://www.vientosur.info),**

<sup>cdxliii</sup> **OSFAM INTERNACIONAL. Fuera de Juego. Derechos Laborales y producción de ropa deportiva en Asia. Sitio Web: <http://www.intermonoxfam.org/UnidadesInformacion/anexos/7535/060524>**

<sup>cdxliv</sup> **CAMPUZANO, A. J. (2007). Globalización, Pluralismo Jurídico y Ciencia del Derecho: en Dimensiones Jurídicas de la Globalización. Editorial Dikynson. Madrid. Pág. 17**

<sup>cdxlv</sup> Cfr. **SOUSA SANTOS, B. (1998). Ob. cit. 104-110: El Derecho Comercial Global ha sido denominado como la nueva *LexMercatoria*, la cual reinterpreta y formaliza el poder de las multinacionales mediante la utilización de las normas de las organizaciones internacionales, fundamentalmente de ámbito económico – financiero, contratos tipo de las empresas multinacionales y laudos arbitrales. Los usos y principios internacionales universales – tales como la equidad, de buena fe -, los usos mercantiles, el enriquecimiento injusto, *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus*, tienen un carácter informador, pero subordinado a la dinámica de los intereses comerciales.**

<sup>cdxlvi</sup> **CAPELLA, J.R. (1999). “Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales. Transformaciones del derecho en la mundialización”. Estudios de Derecho Judicial, Nº 76. Escuela Judicial. Consejo del Poder Judicial. Pág. 108**

<sup>cdxlvii</sup> **FARIA, E.F. (2001). El Derecho en la economía globalizada. Editorial Trotta. Madrid. Pág. 22**

<sup>cdxlviii</sup> **MURGAS, T.R. (2008), Ob. cit. Pág. 344**

<sup>cdxlvi</sup> **DUQUE, B., K. E. Origen y Causas de la Evolución de las Empresas Multinacionales. Sitio Web: [www.gestiopolis.com](http://www.gestiopolis.com)**

<sup>cdli</sup> **DUQUE, B., K.E. , Ob. cit. ([www.Gestiopolis.com](http://www.Gestiopolis.com))**

<sup>cdli</sup> **DUQUE, B., K.E. , Ob. cit. ([www.Gestiopolis.com](http://www.Gestiopolis.com))**

<sup>cdlii</sup> **PÉREZ DEL CASTILLO, S. (2000). Conjunto Económico o Grupo de Empresas: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo Uruguay. Pág. 176**

<sup>cdliii</sup> **BUENO MAGANO, O. (1982). “Grupos económicos nacionales e internacionales. Su responsabilidad en cuanto a los derechos de los trabajadores”; en A.A.V.V. Los Grupos de Empresas nacionales y multinacionales y el Derecho del Trabajo México. UNAM Pág. 49**

<sup>cdliv</sup> **NADAL, S. M (1983). La Empresa Transnacional en el Ámbito Laboral Ob. cit Pág. 41.**

<sup>cdlv</sup> **SAGARDOY, B. J.A (1977) “La Temática Laboral del Grupo de Empresas”. en A.A.V.V. Empresa Multinacional y Derecho Positivo Español Coordinado por Bernardo Cremades Pág. 767**

<sup>cdlvi</sup>MARTINEZ, J. (1999). “Los Grupos de Empresas” en Trabajo y Seguridad Social. Relaciones. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Pág. 65 y sgts: citado por PÉREZ DEL CASTILLO, Ob. cit. Pág. 178

<sup>cdlvii</sup>PÉREZ DEL CASTILLO, S. (2000). “Conjunto Económico o Grupo de Empresas”. Ob. cit. Págs. 182-185.

<sup>cdlviii</sup>PÉREZ DEL CASTILLO, S. (2000), Ob. cit. Pág. 183, hace referencia a la Sentencia del Tribunal Superior Español del 30 de enero de 1990, art. 233, Pág. 92.

<sup>cdlix</sup>PÉREZ DEL CASTILLO, S. (2000). Ob. cit. Pág. 183

<sup>cdlx</sup>CAMPS RUIZ, L.M. (1994). “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos” en Antonio Baylos y Luis Collado, Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo. Madrid. Editorial Trotta. Pág. 87; citado por PÉREZ DEL CASTILLO, Ob. cit. Pág. 185.

<sup>cdlxi</sup>DUQUE, B., K.E. , Ob. cit. (www.Gestiopolis.com)

<sup>cdlxii</sup>DUQUE, B., K.E. , Ob. cit. (www.Gestiopolis.com)

<sup>cdlxiii</sup>En el ámbito internacional puede citarse, además, la regulación de 7 de noviembre de 1973, elaborada por la Comunidad Económica Europea, en la cual se establecen medidas de carácter fiscal, monetario, de suministro, protección de los accionistas y de los trabajadores; en igual sentido, en junio de 1976, se aprueba en París, el Código de Conducta de la OCDE sobre Empresas Multinacionales, cuyos destinatarios son exclusivamente los países desarrollados.

<sup>cdlxiv</sup>APARICIO, J. (1997). El Derecho del Trabajo ante el fenómeno de la internacionalización Contextos, N° 1.

<sup>cdlxv</sup>RODRIGUEZ-PIÑERO, M. (2002). El Derecho del Trabajo en la era de la globalización. Gaceta Sindical. N° 2.

<sup>cdlxvi</sup>GÓMEZ ISA, F. (2006). “Empresas Transnacionales y derechos humanos: desarrollos recientes”; en HARREMANAK, L. (2006). Responsabilidad Social Corporativa. Revista de Relaciones Laborales, N° 14, Universidad del País Vasco.

<sup>cdlxvii</sup>BAYLOS GRAU, A. (2006). La Responsabilidad Legal de las Empresas Transnacionales. Revista de derecho Social Latinoamericano, N° I, Bomarzo latinoamericana.

<sup>cdlxviii</sup>BAYLOS GRAU, A. (2007). “Globalización y Empresas transnacionales. La problemática de la responsabilidad”; A.A.V.V. Globalización y Derecho. Una aproximación desde Europa y América latina. Editorial Dilex. Madrid.

<sup>cdlxix</sup>HEININGER, H. (1989). Las Empresas Transnacionales y la lucha por el establecimiento de un nuevo orden económico internacional. en A.A.V.V. Empresas Multinacionales, Finanzas, Mercados y Gobiernos en el siglo XX. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. Pág. 461

<sup>cdlxx</sup>NADAL, S.M. (1983) La Empresa Transnacional en el Marco Laboral. Ob. cit. Pág. 44

<sup>cdlxxi</sup>VON POTOBOSKY, G.W. y BARTOLOMÉ DE LA CRUZ, H.G. (1990). La OIT. El Sistema Normativo Internacional. Los Instrumentos sobre Derechos Fundamentales. Editorial Astrece. Buenos Aires

<sup>cdlxxxii</sup>LANDA ZAPIRAIN, J. P. (2005). Eficacia y Efectividad del Derecho en las relaciones laborales internacionales. Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social. Universidad de Castilla La Mancha. Pág. 2

<sup>cdlxxxiii</sup>Al respecto se hace referencia a la 96ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, durante la cual se evidenció la complicidad de empresarios y gobierno de Colombia, en la exclusión de este país, de la lista de casos graves en la Comisión de Normas, teniendo antecedentes de violaciones que ameritaban su inclusión.

<sup>cdlxxxiv</sup>FRAILE, L. et al (2014). Atenuar el Neoliberalismo. Tripartismo y Reformas Económicas en el Mundo en desarrollo. Primera Edición. Editores Plaza y Valdés. Madrid. Págs. 30 - 31

<sup>cdlxxxv</sup>ARAGÓN, J., ROCHA, E. (2005). “La Dimensión Laboral de la RSE en España. Un análisis de casos” en A.A.V.V. La Dimensión Laboral de la responsabilidad social de las empresas. Cuadernos de Información Sindical de CCOO, N° 63, Pág. 49

<sup>cdlxxxvi</sup>BONET, J. (2007). Mundialización y Régimen Jurídico Internacional del Trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como referente político-jurídico universal. Editorial Atelier. Barcelona. Pág. 200

<sup>cdlxxxvii</sup>ARAGÓN J., ROCHA, E. (2004), Ob. cit. Pág. 43

<sup>cdlxxxviii</sup>CRUZ VILLALÓN, J (2000). “Outsourcing y Relaciones laborales”, en A.A.V.V.: Descentralización Productiva y nuevas formas de organización del trabajo. Madrid, Pub. del MTAS, Pág. 257.

<sup>cdlxxxix</sup>GARCÍA MAYNEZ, E. (2009). Filosofía del Derecho. Decimoséptima Edición. Editorial Porrúa S.A. México. Págs. 269-270

<sup>cdlxxx</sup>RECASENS SICHES, L. (2008). Tratado General de Filosofía del Derecho. Decimonovena Edición. Editorial Porrúa S.A. México. Pág. 611

<sup>cdlxxxxi</sup>RAWLS, J. (2006). Teoría de la Justicia. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. Pág. 19.

<sup>cdlxxxii</sup>BUENO MAGANO, O. (1989). “La Determinación de la Norma más Favorable”, en X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo. Tomo I. Pág. 1; citado por METALLO, M. (2000). Los Principios del Derecho del Trabajo y el Proceso de Descentralización en: A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre Descentralización Productiva y el Derecho del Trabajo. Editorial Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 26

<sup>cdlxxxiii</sup>METALLO, M. (2000). Ob. cit. Pág. 26

<sup>cdlxxxiv</sup>CALDERA, R. (1989). El Derecho del Trabajo del Siglo XXI; en el X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Panel sobre el futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo. Uruguay. Pág. 50

<sup>cdlxxxv</sup>METALLO, M (2000), Ob. cit. Pág. 28

<sup>cdlxxxvi</sup>Ibidem, Pág. 30

<sup>cdlxxxvii</sup>MAYER, U (1999). “Situación actual del tema de la pseudo-independencia” en el derecho y el mundo del trabajo. Estudios en homenaje del Prof. Wolfgang Däubler, Frankfurt; Bund Verlag Traducido por Mercedes Metallo. Pág. 80

<sup>cdlxxxviii</sup>HERBERT, M.M. y SILVEIRA, J. (2000). “Repercusión de la Descentralización en el Problema del Empleo” en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y Derecho del Trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 61

<sup>cdlxxxix</sup>ECHEVERRÍA, M. y URIBE, V. (1998). Condiciones de Trabajo en Sistemas de Subcontratación. OIT. Chile. Pág. 22. Estas autoras elaboraron un estudio de la realidad chilena, en la que concluyeron que la descentralización puede incidir favorablemente en los índices de empleo. Se realizó en el sector de la minería y luego de diez años de introducción de la descentralización (subcontratación) se dictaminó que a la vez que resulta una creciente disminución de los trabajadores de las empresas mandantes, se extrae un aumento en la cantidad total de trabajadores ocupados.

<sup>cdxc</sup>ZAPIRAIN, H. (2000). La Descentralización y su Repercusión en el Derecho Colectivo: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 450

<sup>cdxci</sup>MANTERO, O. (2000). “Descentralización Empresarial y Actos Antisindicales” en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Págs. 472-475

<sup>cdxcii</sup>En Canadá, la Ley prohíbe cerrar, reubicar o amenazar con cerrar una empresa durante una controversia con los trabajadores

<sup>cdxciii</sup>El párrafo 151, de la National Labor Relations Act señala que “la experiencia ha probado que la protección por la Ley del derecho de los trabajadores a organizarse y negociar colectivamente, salvaguarda el comercio de los daños, perjuicios e interrupciones y promueve el desarrollo del comercio, al suprimir algunas fuentes reconocidas de conflicto e intranquilidad. “(...) se declara que es política de los Estados Unidos eliminar las causas de ciertas obstrucciones sustanciales al libre flujo del comercio y eliminar esas obstrucciones promoviendo la práctica y los procedimientos de negociación colectiva, protegiendo el ejercicio por los trabajadores de la plena libertad de asociación, autoorganización y designación de representantes de su propia elección, con el propósito de negociar los términos y condiciones de su empleo u otras formas de ayuda mutua o protección”

<sup>cdxciv</sup> Al respecto pueden consultarse los siguientes informes del Comité de Libertad Sindical: Queja contra el gobierno de los Estados Unidos de América, presentado por la Federación Americana del Trabajo y el Congreso de Organizaciones Industriales (AFL-CIO) Informe N° 256, Caso N° 1437; Queja contra el gobierno de Haití presentada por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), la Confederación Mundial del Trabajo (CMT) y la Central Latinoamericana de Trabajadores (CLAT), Informe N°, 300, Casos Nos 1682, 1711 y 1716, Quejas contra el gobierno de Perú presentada por el Sindicato de Trabajadores de la Planta Siderúrgica del Perú (SIDERPERU), la Federación de Trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos S.A.(FENTENAPU), la Federación de Trabajadores de Luz y Fuerza del Perú, la Coordinadora de Centrales Sindicales y la Confederación Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT), Informe N° 304, Caso N° 1796; Queja contra el gobierno de la República de Corea, presentada por la Confederación de Sindicatos de Corea (KCTU), la Federación Sindical de la Industria Automotriz de Corea (KAWF) y la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), Informe 306, Caso 1865, Reclamación contra el gobierno de Francia presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, por la Confederación General del Trabajo (CGT) y la Unión Sindical Internacional de Trabajadores del Textil, Vestido, Cuero y Piel, Informe N° 25, Caso N° 1364.

<sup>cdxcv</sup>ERMIDA, U.O. (1987). La Protección contra los actos antisindicales. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 42, citado por MANTERO, O. (2000) en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo Ob. cit Pág. 484.

<sup>cdxcvi</sup>MUNIVE, P. M.A. (2013). **“Creación del Tribunal Interamericano de Competencias Judiciales”**: en A.A.V.V. **Globalización, Derecho Supranacional e Integración americana**. Primera Edición. Editorial Porrúa S.A. México. Pág. 355

<sup>cdxcvii</sup>ROSENBAUM, R.J. (2000). **“Descentralización Empresarial y Negociación Colectiva”**: en A.A.V.V. Cuarenta y dos Estudios sobre Descentralización Empresarial y el derecho del Trabajo. Ob. cit. Pág. 506.

<sup>cdxcviii</sup>ROSENBAUM, R.J. Ob. cit. Pág. 508

<sup>cdxcix</sup>SOTELO, M. A.I y MOREIRA, R. D. (2000). **“Descentralización y Conflicto Colectivo”**: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo, Ob. cit. Págs. 526-527.

<sup>d</sup>RASO, D.J. (2000). Ob. cit. Pág. 19

<sup>d<sup>i</sup></sup>RASO, D.J. (2000). Ob. cit. Pág. 27

<sup>d<sup>ii</sup></sup>ARCE, J.C (2013). **Derecho del Trabajo y Crisis Económica**. Ob. cit. Pág. 232

<sup>d<sup>iii</sup></sup>BARRETO, G. H. (2000). **Los Sindicatos en la Descentralización Empresarial**: en A.A.V.V. Cuarenta y Dos Estudios sobre Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo. Primera Edición. Editorial Fondo de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. Pág. 456. Refiere una entrevista periodística, realizada el 28 de febrero de 2000, aparecida en el Diario “El Observador”, a J.M. Rodríguez, el cual señaló que ese fenómeno se concretó en el caso de Maltería Oriental, en un pueblo de Abayubá: “como parte de la reestructura de esa empresa los puestos de redujeron y en la mayoría de los casos se formó microempresas y el sindicato representó a los microempresarios”. Además, cita el caso del Centro Unión de Obreros Papeleros y Celulosa (CUOPYC), sindicato de empresa de Fábrica Nacional de Papel, la cual celebró una negociación colectiva, obteniendo ciertas garantías en el proceso de tercerización implementado por la empresa: derecho a información relativa a la reducción de lugares de trabajo para lograr alternativas a los trabajadores tercerizados; involucramiento en el proceso de tercerización, participando y asesorando a las pequeñas empresas tercerizadas ante FANAPEL y afiliarse a los titulares de esas empresas y sus dependientes al sindicato, obligándose éstos a acatar las decisiones emanadas de las asambleas del sindicato y a aportar la cuota sindical a través de la retención que haga la empresa del precio que pague por el servicio a la tercerizada.

<sup>d<sup>iv</sup></sup>GARCÍA, J. L. (2010). **Los Argumentos del Neoconstitucionalismo y su Recepción**: en A.A.V.V. **El Canon Neoconstitucional**. Editorial Trotta S.A.. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Madrid. Edición de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo. Pág. 208

<sup>d<sup>v</sup></sup>GUASTINI, R. (2007). **Estudios de Teoría Constitucional**. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM – FONTAMARA, Pág. 153; citado por CARBONELL, M. (2010). **“Neoconstitucionalismo: significado y Niveles de análisis”** en A.A.V.V. **El Canon Neoconstitucional**. Ob. cit. Pág. 158.

<sup>d<sup>vi</sup></sup>CARBONELL, M (2010). **“El Neoconstitucionalismo: significado y nivel de análisis”**: en A.A.V.V. **El Canon Neoconstitucional**. Ob. cit. Pág. 161

<sup>d<sup>vii</sup></sup>HESSE, K. (1996) **“Significado de los derechos fundamentales”**: en E. Benda et al. (eds.), **Manual de derecho constitucional**. Madrid. Editorial marcial Pons Pág. 93, citado por (CARBONELL, 2010), Ob. cit. Pág. 161

---

<sup>dviii</sup>ERMIDA, U.O. "Diálogo Social. Teoría y Práctica." Sitio web: <http://www.oit.cinterfor.org>. Visitado: 12 de agosto de 2016.

<sup>dx</sup>LEGAZ y LECAMBRA, L. (1975). Filosofía del Derecho. Cuarta Edición. Editorial Barcelona. Pág. 793; citado por METALLO, M. (2000). Ob. cit. Pág. 35

<sup>dx</sup>FERRO ASTRAY, J. (1992). Personalidad Jurídica; en Jornadas Interdisciplinarias laboral – comercial. Montevideo. Fondo de Cultura Universitaria. Pág. 96.