

**UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**

TEMA

**“LA SUBORDINACIÓN JURÍDICA COMO ELEMENTO DELIMITANTE
FRENTE A LAS NUEVAS FORMAS CONTRACTUALES”**

**Ensayo presentado a la
Universidad Estatal a Distancia
Para optar al grado de Master
en Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

Sustentante

LICDA. ANA GABRIELA MORA ELIZONDO

AGOSTO, 2003

AGRADECIMIENTO

Serían largas y tediosas páginas las que debería emplear para mostrar mi agradecimiento a tantas personas bellas que fueron protagonistas de este ensayo; pero a grandes rasgos y primero que nada quiero dar mi especial agradecimiento a Dios, quien me otorgó la vida, quien me ha permitido y obsequiado tantas cosas lindas a través de mi vida y ha puesto “ángeles” en mi camino, mismos que en múltiples ocasiones no permitieron que cayera en el tortuoso camino que esta vida en ocasiones nos presenta; infinitas gracias al Lic. Randall Rubén Sánchez Mora, mi impulsor y mentor, quien de no ser por él y por su apoyo, jamás hubiera logrado el gran sueño de haber iniciado y finalizado esta maestría, una experiencia enriquecedora tanto personalmente como profesionalmente, así como él me lo inculcó y que me ayudará a recompensarle tanta ayuda; al Dr. Alexander Godínez Vargas, mi querido tutor, fuente de inspiración para cualquier profesional, quien nos encaminó tanto a mí como a mis compañeros a través de estos dos años de estudio, nos cedió sin egoísmo parte de sus conocimientos, nos aconsejó y motivó a ser cada vez más fuertes y mejores en lo que hagamos.

Doy gracias a mi familia quienes me han soportado a través de toda esta maestría y han brindado apoyo, a mis amigos incondicionales y especialmente a uno de esos “Angelitos”...vos Xioma, te quiero mucho y gracias por tu ayuda incondicional.

Por último, gracias a la Universidad Estatal a Distancia por brindarnos esta gran oportunidad, por facilitarnos el camino en estos dos años y a Max Araya, elemento importantísimo que nos ha asistido en esta maestría, sin pereza y con total disposición a ayudarnos, Max, es otro Angel de la Guarda que nos cuidó tanto a mí como a nuestros compañeros y una persona ejemplar; gracias también a la UNED porque el grupo de profesionales que puso a nuestra disposición y que nos instruyeron fueron ejemplares, de una gran talla y sin comparación, nos enriquecieron con sus conocimientos, pero también gracias a ellos, porque en

ningún momento nos negaron ni una sola parte de esos conocimientos y quienes fueron y son también una gran fuente de inspiración.

A mis compañeros de la maestría; fuimos y somos y grupo muy unido y nos apoyamos unos a otros, gracias a ellos por su amistad y colaboración.

GABRIELA MORA ELIZONDO

TABLA DE CONTENIDOS

Página

JUSTIFICACIÓN DEL	
TEMA.....	3
CAPITULO I:	
<i>LA SUBORDINACIÓN: ¿UN CONCEPTO EN CRISIS ?</i>	
Sección I:	
La crisis del contrato de trabajo.....	6
Sección II:	
Problemática de la subordinación.....	11
1.- El principio de la subordinación en el Derecho de Trabajo.....	11
2. Caracteres de la Subordinación.....	11
3. Importancia de la Subordinación en el Contrato de Trabajo.....	20
4. Los términos de dirección y dependencia.....	22
5. Dispersión de la Subordinación jurídica típica.....	23
Sección III:	
La línea existente entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente.....	26
1. Dilema que se plantea.....	28

Sección IV

Las nuevas tecnologías y el concepto de subordinación.....32

CAPITULO II

*LA SUBORDINACIÓN Y UNA NUEVA REALIDAD ECONÓMICA PRODUCTIVA:EL CONTRATO DE
OUTSOURCING.....36*

Sección I

La subordinación en las nuevas formas de empleo: trabajo descentralizado y el contrato de outsourcing.

1. Trabajo descentralizado.....36

2. Outsourcing40

3. Concepto de outsourcing.....41

4. Las causas de la externalización del trabajo.....43

5. Las actividades objeto de outsourcing.....46

6. Relaciones de trabajo y derecho del trabajo:Outsourcing.....48

7. La otra cara del outsourcing: la precarización del trabajo.....52

CONCLUSIONES.....55

BIBLIOGRAFÍA.....56

“LA SUBORDINACIÓN JURÍDICA COMO ELEMENTO DELIMITANTE FRENTE A LAS NUEVAS FORMAS CONTRACTUALES”

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Las transformaciones económicas, tecnológicas y productivas –también hay que decirlo, el reposicionamiento de los paradigmas ideológicos –someten al Derecho del Trabajo a duras pruebas. No es sólo la función tutelar misma, en especial sus técnicas y niveles, lo que se ha puesto en cuestión. Sucede también que categorías básicas del área, diseñadas para denotar conceptualmente los fenómenos que prevalecían cuando se les construyera, sufren hoy los embates de aquellos cambios y levantan nuevos interrogantes: ¿ conservan esos conceptos su aptitud para enmarcar el substrato fáctico y contractual que se proponen expresar?. Si así no fuera, ¿implica ese desajuste sólo una cuestión de recalificación y reclasificación teórica de las categorías tradicionales o importa, por el contrario, una redefinición sustantiva del objeto y contenidos del propio ordenamiento laboral.

Por su virtual condición –si así se le puede llamar- de “llave maestra” que habilita la aplicación efectiva de las normas del Derecho de Trabajo a las relaciones concretas que le contienen, el instituto de la **dependencia o subordinación** laboral es uno de los que a mi juicio, se le debe dar el más cuidadoso seguimiento.

Con el presente trabajo, se pretende averiguar qué correspondencia guarda con los modos dominantes en los que hoy y en los inmediatos tiempos

por venir se contrata y se despliega el trabajo humano, si todos ellos tienen cabida en aquel molde tradicional y, en consecuencia, si encuentran respuesta a sus específicas necesidades de regulación y amparo; si en todo caso, la categorización universalizadora del concepto tradicional de la dependencia, deja espacio suficiente para la diversificación regulatoria que demanda la creciente heterogeneidad productiva.

Con la lectura de este trabajo, es válido preguntarse, no obstante, cuál es la importancia de esta reflexión teórica en países como los de América Latina, cuyos sistemas de protección laboral están seriamente lastimados por una creciente incidencia de “clandestinidad” laboral (trabajo no registrado o en negro), altas tasas de desempleo, fraude y elusión, descalificación ideológica, demandas siempre inacabadas de flexibilidad y desregulación. ¿ No basta en semejante contexto, cabría preguntarse, servirse de la tradicional idea de la dependencia para encuadrar de modo satisfactorio “lo que queda” del trabajo protegido?

Simultáneamente, el tema se referirá a los fenómenos de descentralización productiva y la fuerte tendencia a la externalización de funciones, junto a la aparición o generalización de prácticas que de diversa forma implican directa o indirectamente la contratación de trabajo humano (subcontratación, servicios eventuales, y otras formas de intermediación, franchising, engineering, outsourcing, suministro de mercaderías, concesión, distribución, etc.) los cuales plantean un desafío adicional al tradicional concepto de la dependencia. Esas modalidades implican, en efecto, una creciente segmentación de atributos y responsabilidades propios de la condición del empleador, por obra de la cual el poder de dirección, la apropiación de los frutos, la determinación del lugar del trabajo, la titularidad

del interés económico a cuyo servicio se aplica la prestación, la facultad de organizar el trabajo, la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación, entre otros atributos y responsabilidades, aparecen repartidos o fragmentados entre diversos sujetos contractuales, siendo todo lo anterior los alcances que tuvo este trabajo.

CAPITULO I

LA SUBORDINACIÓN: ¿ UN CONCEPTO EN CRISIS ?

Sección I

La crisis del Contrato de Trabajo tradicional

En España, el Estatuto de los Trabajadores, al delimitar su ámbito de aplicación en su artículo primero, recoge una definición moderna del contrato de trabajo. «La presente Ley -reza el precepto- será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». En puridad, lo que la ley está diciendo es de aplicación a los contratos de trabajo, pues los trabajadores que voluntariamente prestan sus servicios por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario, son los sujetos a un contrato de trabajo.

La Ley, en efecto, alude explícitamente a los que tradicionalmente se ha denominado presupuestos sustantivos o notas definitorias del contrato de trabajo, a saber: la voluntariedad, la dependencia o subordinación y la ajenidad.

Los servicios se prestan «voluntariamente». El contrato de trabajo, como cualquier otro contrato, nace del acuerdo de voluntades entre trabajador y empresario, los servicios que en cumplimiento del mismo se prestan son consecuencia de la previa manifestación de su consentimiento, manifestación que puede hacerse de forma expresa o tácita.

Las actividades que se realicen con carácter forzoso u obligatorio, por obligación legal o imposición de otro no serán nunca objeto de un contrato de trabajo.

El trabajo objeto del contrato de trabajo es el trabajo dependiente, es decir, el que se presta bajo las órdenes e instrucciones del empresario, sometido al poder de organización y dirección de éste. Esta nota, que se manifiesta con distinta intensidad en función de la cualificación del trabajador y el modo de organización del trabajo, no puede hoy interpretarse, como hace sólo unas décadas, como sujeción estricta a las órdenes e instrucciones del empresario, pues las transformaciones tecnológicas y económicas -piénsese en el teletrabajo, outsourcing, etc- exigen una lectura más dúctil y flexible, de hecho la jurisprudencia española reciente, la define como la inserción en «el círculo rector y organizativo del empresario» (S.T.S. 27 de mayo de 1992 [A/3.678] y S.T.S. 26 de enero de 1994 [A/380]).

El Estatuto de los Trabajadores, español, ha hecho suya esta visión moderna y flexible de «dependencia». al aludir al explícitamente «ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario».

El trabajo objeto del contrato de trabajo es un trabajo por cuenta ajena, lo que significa, en primer lugar, que los frutos del trabajo realizado se atribuyen directamente al empresario (ajenidad en los frutos) y, en segundo término, que el trabajador es ajeno a los riesgos de la actividad empresarial

(ajenidad en los riesgos), de suerte que, con independencia de los resultados de la empresa, tiene garantizada su retribución.

Las notas definitorias del contrato de trabajo, se manifiestan en la práctica a través de una serie de indicios que la jurisprudencia ha construido en atención a la figura del trabajador, socialmente prevalente. Así, la jurisprudencia ha considerado indicios de dependencia la asistencia continuada y regular al lugar de trabajo, el cumplir una jornada laboral, el someterse a un horario preestablecido, el trabajar exclusivamente para un empresario, el sometimiento al poder director y disciplinario del empresario, el utilizar las dependencias de la empresa, el carácter personalísimo de la prestación, entre otras.

Han sido considerados indicios de ajenidad el modo de retribución -si la retribución es fija o variable, su periodicidad, se paga por tiempo o resultado-, la ausencia de participación en beneficios o pérdidas de la empresa, la normalidad de la retribución, la aportación o no de medios de trabajo que supongan aportación económica relevante y otros. Pues bien, a la hora de calificar una determinada relación jurídica, lo que los jueces han hecho y hacen es realizar un juicio de aproximación entre el tipo normativo perfilado conforme al sistema de indicios y el caso concreto, de suerte que es calificado como trabajador subordinado el que a la luz del sistema de indicios se constata que presta sus servicios de forma subordinada y por cuenta ajena. La sabia y si se quiere impresionista utilización jurisprudencial del sistema de indicios orientado en función de lo que se ha dado en llamar el ángulo de la duda (SALA), es decir, las alternativas posibles en la calificación jurídica, es, en la práctica, el verdadero instrumento calificadorio.

Las transformaciones económicas, tecnológicas y organizativas que han erosionado el modelo de trabajador fordista han llevado a algunos a afirmar la crisis de la subordinación como categoría jurídica, de suerte que ésta sería hoy poco menos que inútil a efectos de calificar los nuevos trabajos. No creo que tal tesis pueda suscribirse. Si, como se apuntaba más arriba, la operación de calificación consiste en un juicio de aproximación entre el caso concreto y el tipo normativo abstracto, la inutilidad de la misma sólo podrá afirmarse cuando el juicio de aproximación resulte impracticable. Pues bien, no parece que tal cosa pueda concluirse.

En punto a la calificación del trabajo subordinado la jurisprudencia las ha visto de todos los colores y las dificultades que plantean las nuevas formas de organización del trabajo y las nuevas profesiones no son distintas de las que ha superado en el pasado. Los nuevos trabajos, en efecto, no han puesto en entredicho tanto la categoría de la subordinación como alguno de los indicios hasta ahora utilizados para desvelarla, fundamentalmente la relevancia del elemento temporal y la inserción del trabajador en la unidad productiva.

¿Podría llegar a recomponerse el sistema indiciario adaptándolo a la nueva realidad ?; ¿ podrían construirse indicios nuevos que, a la postre, resultarían tan significativos como los hoy utilizados ?. Y es que si las nuevas tecnologías, los nuevos modos de organización del trabajo están poniendo en crisis alguno de los indicios tradicionales de la subordinación, también están contribuyendo a perfilar otros. Así la obsolescencia de un criterio como el de la inserción material del trabajador en la unidad productiva, puede compensarse atendiendo al modo en el que el trabajador se inserta en el sistema informático y telemático de la empresa. La relevancia tradicionalmente otorgada al

sometimiento del trabajador al poder directivo y de control del empresario, puede atribuirse ahora al programa informático que determina, encauza y controla la prestación de trabajo.

La dependencia tecnológica, por su parte, se configura como un indicio cada día más relevante de subordinación, en detrimento de la significación ahora atribuida a la propiedad y medios de trabajo. En fin, la recomposición del sistema indiciario va a reevaluar la virtualidad calificadora de elementos como la continuidad jurídica de la prestación o el riesgo de empresa.

Sección II

Problemática de la subordinación

1.- El Principio de Subordinación en el Derecho de Trabajo

Definir qué se entiende por estado de subordinación es uno de los problemas más difíciles y en relación al cual se encuentra más dividida la doctrina.

Dentro de la tesis por nosotros sostenida, en relación a su naturaleza jurídica, se entiende por subordinación el estado de limitación de la autonomía del trabajador, el cual se encuentra sometido en sus prestaciones, por razón de su contrato, el que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte, en orden al mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa.

2.- Caracteres de la subordinación

El estado de subordinación permite que el patrono tenga el derecho de dirigir y dar órdenes al trabajador que se encuentra bajo su dependencia, el que está en la obligación de acatar y cumplir esas órdenes, tanto en lo que se refiere a la forma de ejecutar el trabajo, como el tiempo en que éste debe ser cumplido. Del estado de subordinación surge la potestad que el patrono tiene de mandar, de disponer de la fuerza, energía y capacidad del trabajador en la ejecución del contrato de trabajo.

El derecho o prerrogativa que el patrono tiene de ejercer su autoridad mediante órdenes o instrucciones de servicio, como manifestación de voluntad unilateral, que permite al patrono utilizar la fuerza de trabajo del asalariado en la forma más adecuada para los intereses de la empresa, imprime a las relaciones de trabajo su marca distintiva; ya que en otros contratos el acreedor fija solamente, de acuerdo con el deudor, el objeto de la obligación, en tanto que en el del trabajo el patrono adquiere un derecho de continua dirección sobre la actividad del trabajador durante el curso del contrato.

Como apuntadamente lo plasma Cabanellas¹ en su obra Tratado de Derecho Laboral: "...La subordinación concebida en otros tiempos como uno de los aspectos depresivos de la personalidad humana, representa en su evolución, actualmente, una equivalencia de protección manifestada doblemente: a) por su razón de amparo de la personalidad humana; b) a causa de su misión protectora de la función económica de la vida social. Pero no ofrece siempre iguales caracteres, pues su intensidad y valoración varían..."

Sería además de importancia, tomar como referencia la resolución número 377 del tres de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, la cual en el Considerando quinto, al respecto en lo que interesa indica: "...:

Pero ello no es así en lo referente al requisito de la dependencia. Sobre la subordinación jurídica, se han dado muchos conceptos en doctrina. De acuerdo con ellos, se define como un estado de dependencia real, surgido del derecho general del patrono de dirigir, de dar órdenes, de fiscalizar la labor del trabajador, ya sea por sí o por medio de su representante, y, por consiguiente, la obligación de aquel de someterse. Colin entiende por subordinación jurídica (un estado de dependencia real, producido por un derecho, del empleador de dirigir, de dar ordenes, de donde surge la obligación correlativa del empleado de someterse a esas órdenes; trátase de un derecho general de fiscalizar la actividad de otro, de

1 Cabanellas, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral, Tomo II. Editorial Eliasta S.R.L. Buenos Aires, 1988

interrumpirla o hacerla cesar a voluntad, de trazar sus límites, sin que sea necesario controlar continuamente el valor técnico de los trabajos efectuados. Dirección y fiscalización, tales son los dos polos de la subordinación jurídica. (COLIN citado por J. RUPRECHT (Alfredo) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Driskill S.A, 1984, Tomo IV, pp. 426-427). No consta elemento probatorio alguno con base en el cual se pueda tener por acreditada una relación de jerarquía, por la que el señor Fernández Godínez estuviera subordinado a un superior, dentro de la estructura orgánica de la demandada. No se acreditó, ni siquiera, que se emitieran hacia él directrices mínimas, para el desempeño de la labor contratada.²

De conformidad con los artículos 1, 2, 4 y 18 del Código de Trabajo, la existencia de un contrato de trabajo constituye la esencia del proceso donde se pretende la aplicación de la normativa proteccionista del derecho laboral. La calidad de patrono y trabajador –sujetos vinculados por un contrato de ese tipo-, es presupuesto necesario para la aplicación de las normas laborales, consecuencia directa y necesaria de la celebración de un acuerdo material de voluntades, de esa particular naturaleza. Es decir, una persona deviene en titular de los derechos y de los deberes inherentes a la condición de trabajador, sólo cuando ha nacido a la vida jurídica el vínculo laboral que se origina del contrato de trabajo.

La prueba plena de su existencia, sólo puede hacerse con documento escrito (contrato de trabajo), cuya emisión constituye, con marcadas excepciones, un deber legal de los contratantes (artículo 23 del Código de Trabajo). La falta de ese elemento probatorio, se imputa siempre al patrono, resultando procedente, entonces recurrir a cualesquiera de los medios generales de prueba admitidos, por la legislación procesal, para acreditar tanto la relación como que su naturaleza laboral.

Desde hace ya algún tiempo, la cuestión de la subordinación se encuentra en el centro de atención de la doctrina, interesada en la evolución del derecho laboral desde ordenamiento exclusivamente protector del trabajador hasta derecho (también) de la organización productiva y de la ocupación, por lo que se considera que la tradicional relación de trabajo subordinado ha entrado en crisis, produciéndose en nuestra época una verdadera deslaborización de la relación de trabajo.

2 Res: 1999-00377. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas diez minutos del tres de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

El tema, que bajo diversos aspectos, y a veces sin completa conciencia, se asoma cada vez más a menudo en el debate de los juslaboralistas, puede ser expresado sencillamente de este modo: ¿cuál es el sujeto del derecho del trabajo? ¿Quién está protegido y por qué, por este sector del ordenamiento jurídico, que ha fundado su autonomía en la especificidad que asume, en el amplio número de los fenómenos de la producción la relación social de quien trabaja para otros a cambio de un salario, o bien, en términos más globales, la experiencia individual y colectiva de los trabajadores como clase social?

Hoy se encuentra un progresivo desarrollo de un posterior proceso, si se puede decir de derivación legislativa y contractual, la cual, muy bien lo indica Ghera ³, "...tiende a la revisión de un cierto garantismo denominado "rígido" y a la introducción de instrumentos flexibles de control sindical y/o administrativo acerca de las condiciones de empleo y, por consiguiente, para la tutela de los derechos del trabajador...". Lo anterior, sobre todo, porque existe una fase más reciente de la llamada "legislación de la flexibilidad" la cual ha visto la introducción de una tipología diversificada de relaciones laborales llamadas flexibles (de vencimiento fijo, de horario reducido y de tiempo parcial, con finalidades formativas), motivada sobre todo por la finalidad de promover las ocasiones de empleo y el dinamismo del mercado laboral y cuyo rasgo dominante es dado por lo temporáneo de la ocupación y por la elasticidad de la duración y de la cantidad de la prestación laboral (y, consecuentemente de la retribución) en el tiempo.

Ahora, justamente la introducción de tales elementos de flexibilidad en los contenidos y en el mismo objeto del contrato de trabajo ha vuelto a llamar la atención sobre la característica tradicional de la subordinación, sujeta a una especie de verificación o prueba de elasticidad. En efecto, las teorías dominantes –la de la subordinación técnico-funcional, caracterizada por la implicación de la persona del trabajador en la relación laboral y la de la subordinación socio-económica, caracterizada por la alienación o exclusión del trabajador de la propiedad de los medios de producción y en general de la gestión de los procesos productivos –formulan acerca de la subordinación una noción unificadora de las distintas figuras sociales y profesionales de trabajadores subordinados, subrayando de este modo, casi por contraste, las diferencias presentes ya sea en el mercado de trabajo, ya sea en la organización productiva y en la misma estratificación social.

Con base a las anteriores consideraciones, en la doctrina general, ha madurado la conciencia de que, junto al tradicional problema de la distinción entre trabajo autónomo y trabajo subordinado, se plantea el problema de la distinción, que más bien está en primer plano, o (como de igual manera se ha dicho) del articulado o graduación de las tutelas en el mismo universo del trabajo subordinado.

Partiendo de una más exacta visualización de las problemáticas reales del mercado laboral (los casos límite como el llamado "teletrabajo" u "outsourcing", el jurista reconoce ante todo, también desde el punto de vista técnico y no simplemente sociológico, una importante modificación de la realidad del mercado laboral, cuya estructura no se agota ya en la dicotomía tradicional entre el trabajo subordinado regular –tendencialmente fijo- y trabajo subordinado denominado sumergido –irregular o precario- sino que es caracterizada por una creciente

3 Ghera, Edoardo. "La cuestión de la Subordinación entre modelos tradicionales y nuevas proposiciones". Publicado en la Revista Laboral Italiana número 48, El Progetto, p. 49

segmentación de la ocupación, determinada por la difusión de las prestaciones denominadas flexibles tanto en el área del trabajo dependiente como en el área del trabajo independiente autónomo o asociado.

El elemento de la dependencia o de la subordinación es puesto en evidencia como característico de la "*locatio operarum*" en la pandectística la cual, además, recurre a ella con el fin de reconocer el objeto mismo del contrato y distinguiendo entre obligación de *mera actividad u operae* en vez que el resultado u *opus* (y ya no solamente para definir los límites de la responsabilidad contractual del deudor de trabajo).

La subordinación en esta perspectiva, es un reflejo de la repartición del denominado riesgo del trabajo (o de la dificultad técnica y económica de la prestación) que en la *locatio operis* está a cargo del arrendador o trabajador el cual por lo tanto está obligado al resultado del trabajo entendido en sentido completo es decir comprensivo también del área de la utilidad o productividad de la prestación.

Al contrario en la *locatio operarum* o trabajo subordinado el mismo riesgo está a cargo del arrendatario o empresario: de ahí la subordinación, quedando claro que si el dador -conductor asume a su cargo el riesgo de la productividad y por ende de la organización del trabajo debe tener el poder de dirección y de control sobre la actividad laboral.

Por lo tanto la subordinación -que le ha parecido a tanto autores entre ellos Barassi⁴ el criterio idóneo para la diferenciación entre trabajo autónomo y trabajo subordinado- no es un modelo tipológico de la realidad social que se pueda utilizar para la reconstrucción de la especie fáctica normativa sino, más bien, es una síntesis de los efectos típicos (dependencia, dirección) de la obligación y por tanto del contrato laboral.

De este modo encuentra confirmación el método utilizado por la doctrina y jurisprudencia que, reconociendo en la subordinación -entendida como dependencia y esto es sujeción del prestador al poder de dirección del dador de trabajo- el principal criterio de diferenciación del trabajo autónomo, utiliza como criterios subsidiarios para la individualización en concreto de la naturaleza subordinada de la relación de algunos elementos indiciarios implícitos en el modelo normativo subtendido a la disciplina conforme al código de trabajo en la empresa, obteniéndolos de la tipología social del trabajo dependiente y comparándolos con el esquema contractual de la *locatio operarum* : el objeto de la prestación, identificado no con el resultado producido por el trabajador sino con la aplicación de las energías laborales y, por ende, con la actividad misma puesta por él a disposición del acreedor, la colaboración, entendida como inserción del trabajador en la organización productiva de la empresa; la continuidad como estabilidad en el tiempo del vínculo de disponibilidad funcional del trabajador hacia la empresa; la incidencia del riesgo de la actividad laboral y, por tanto, de la organización en el que ofrece el trabajo.

4 Citado por Edoardo Ghera, pág. 52

La verdad es que la subordinación - como contenido esencial de la obligación laboral- vincula, aún con modalidades diversas, tanto al dirigente empresarial o al campeón deportivo como al obrero, asignado a la cadena de ensamblaje. A la diferenciación de las tutelas -y de los tratamientos- en el plano legislativo y contractual, no corresponde por lo tanto una distinta intensidad del vínculo de la subordinación sino, más bien, una diversidad de la necesidad de protección social y, por ende, de la posición de debilidad contractual a su vez asimilable al estado de subprotección y por tanto de inferioridad social del trabajador. No es la subordinación interna a la relación laboral sino la situación (o estado) de subprotección social externa -típica pero no exclusiva del trabajo dependiente y, sobre todo, no distribuida de manera uniforme⁵ en el universo o clase de los trabajadores subordinados - la que constituye la raíz de la tutela inderogable dispuesta para los derechos del trabajador en su calidad de contrayente débil.

En efecto, el origen de la tutela inderogable de los derechos del trabajador y, por lo tanto, del mismo fenómeno de la diversificación de las tutelas no hay que buscarlo en el vínculo contractual de la subordinación (y, por ende, en una supuesta diversidad del mismo) sino en el estado de subprotección social del trabajador: es éste más bien el presupuesto común de las normas protectoras o también promotoras de tutela de las diversas categorías de trabajadores subordinados y parasubordinados., mientras que la subordinación como obligación primaria del prestador es el rasgo distintivo común de las distintas *especie fáctica* o relaciones de trabajo subordinado.

Bajo el manto de venerables conceptos, en realidad, el procedimiento de clasificación de la relación de trabajo subordinado (y de discriminación del mismo de otras figuras contractuales) procede pragmáticamente por vía de indicios: es trabajador subordinado quien por indicios demuestra ser utilizado como un típico trabajador subordinado, es decir, como un obrero o empleado de una empresa (que es heterodirigido, inserto en la organización empresarial, trabaja con horario completo y a tiempo indefinido, es retribuido en medida fija, está sujeto a una disciplina y a una jerarquía empresarial, etc.). No se requiere la identidad completa, basta con la existencia de cierto tratado familiar. Y como se sabe, en todas las familias las opiniones sobre las semejanzas son subjetivas, de modo que la "tendencia expansiva" del derecho laboral, observada bajo el ángulo de las orientaciones jurisprudenciales, viene a ser un caleidoscopio de juicios caso por caso que, a nivel adjunto, muestran una inclinación para el sí más que para el no.

5 Raso Delgue Juan. http://www.relabor.fder.edu.uy/Raso_2.htm

3.- Importancia de la subordinación en el contrato de trabajo

Se concede tal importancia a la subordinación, que se ha llegado a intentar sustituir la denominación de contrato de trabajo por la de relación de trabajo subordinado; y la de Derecho del Trabajo, por la del Derecho de Trabajo Subordinado. Para ello se tiene presente que las leyes laborales tratan de proteger, en forma exclusiva, no al trabajador en sí, sino al trabajo subordinado; por lo cual se considera que allí donde no hay subordinación, no existe tampoco contrato de trabajo. Entre las personas que realizan un trabajo se distinguen, en esa forma, dos grupos caracterizados por la existencia o ausencia de un estado de subordinación. Se afirma así, que el derecho del Trabajo gobierna el trabajo subordinado, el trabajo dependiente; o sea, las relaciones jurídicas nacidas del cumplimiento de un trabajo por cuenta de otro, cada vez que la ejecución del trabajo se acompaña de una subordinación respecto del patrono o empresario.

La subordinación constituye, además, elemento principal que sirve para determinar la verdadera naturaleza jurídica de las prestaciones de servicio. La importancia que tiene la aplicación de las leyes laborales, por los derechos y obligaciones conferidos a las partes contratantes en la relación de trabajo, exige que el contrato de trabajo se determine en su estructura jurídica por elementos propios y requiere evitar la confusión con otros convenios muy similares. La realidad es que todo trabajador trata de obtener trabajo como medio de vida. Pero no todo trabajo constituye objeto del contrato del mismo nombre, sino solamente el prestado en determinadas condiciones. Tal situación provoca la necesidad de definir el contrato de trabajo; y en toda definición se encuentra la nota de dependencia o subordinación de una parte con respecto a la otra. De ahí surge una presunción *juris tantum* que permite considerar, siempre por efecto de la ley, cuál trabajador, como sujeto del contrato de trabajo, a todo aquel que realiza un trabajo o presta un servicio bajo la dependencia de otro; y más aún cuando su ocupación principal consista en ejercer una profesión u oficio. La habitualidad en la realización del

trabajo, el vivir de un salario, la prestación de servicios subordinados correspondientes al oficio o profesión desempeñados por el trabajador y la calidad de patrono del contratante, manifestada por el empleo periódico o permanente de trabajadores a su cargo, fundamentan aquella presunción.

El contrato de trabajo presupone, que el trabajador se encuentra en la relación de subordinación con quien contrata sus servicios y a quien presta éstos, siendo en este punto coincidente la doctrina. Pero esta idea, que se ha generalizado, ofrece no pequeñas dificultades para encontrar, en su desarrollo, la necesaria uniformidad en los principios esenciales que permitan la fijación de una doctrina admisible sin oposición.

4.- Los términos de dirección y dependencia

Se ha intentado distinguir entre los términos subordinación y dependencia, estimando que es preferible adoptar este último por ser más amplio, más flexible y por permitirle al juez moverse con mayor soltura; ya que además la subordinación, por su raíz latina (sub: bajo, y ordinare: ordenar), sugiere la idea de inferioridad jerárquica. Con independencia de ser el término subordinación aceptado con unanimidad por la doctrina y la jurisprudencia, vienen usándose como sinónimos uno y otro; por más que por subordinación se puede considerar un estado – el del trabajador en relación con el empresario o patrono-, en tanto que la consecuencia de dicho estado sea la dependencia.

En la definiciones que se han reproducido , dadas por la legislación laboral hispanoamericana, no se habla como norma

de subordinación, empléanse indistintamente como sinónimos los términos de dependencia y dirección, o la frase adverbial: bajo las órdenes. De tales vocablos o expresiones ha deducido la doctrina el estado de subordinación del trabajador con respecto al patrono.

A juicio de Guillermo Cabanellas⁶ “...dirección y dependencia constituyen términos diferentes, pero no antagónicos. Dirigir es conducir a determinado fin, aconsejar, enseñanza con que se encamina a uno a lo mejor; depender es sinónimo de subordinación, reconocimiento de mayor poder o autoridad, sujeción a la orden, mando o dominio de otro...”

Los términos de subordinación y sujeción no son sinónimos. Sujeción indica acción de sujetar, de someter al dominio, señorío o disposición de alguno. Cabría hablar de sujeción en quien se encuentra sometido a la patria potestad; y aún, forzando el término, existe sujeción en el contrato de aprendizaje. Pero no es posible que se dé en el contrato de trabajo; pues la situación de igualdad en que se encuentran ambos contratantes impide admitir cualquier dominio o señorío.

5.- Dispersión de la subordinación jurídica típica:

La subordinación ha sido probablemente uno de los temas al que más se ha hecho referencia y menos se profundiza en la disciplina. El Derecho de Trabajo clásico se ha construido en torno al concepto de subordinación, que en términos “industriales” efectivamente constituye el núcleo central de la relación individual. Debe, sin embargo, recordarse que el contrato de trabajo es un fenómeno histórico cuyos orígenes no se remontan más allá de la época del primer maquinismo en el siglo XVIII. Esto significa que contrato de trabajo y subordinación, en los términos tradicionalmente aceptados, pueden sufrir modificaciones y hasta llegar a su extinción como tipología del trabajo.

⁶ Cabanellas, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral, Tomo II. Editorial Eliasta S.R.L. Buenos Aires, 1988

La revolución tecnológica, con sus nuevos sistemas de producción, de algún modo interviene en aspectos esenciales de la subordinación y promueve nuevas relaciones laborales fuera del marco tradicional de la subordinación típica. La “exteriorización del trabajo, la microempresa, las diversas formas de trabajo periférico semi-dependiente, los nuevos ejemplos de la subcontratación están indicando como mero dato de la realidad laboral que se ha producido un proceso de flexibilización de la subordinación; ésta, en su expresión tradicional, convive con una amplia gama de situaciones en las que el vínculo de dependencia se va dispersando hasta desaparecer casi totalmente.

La diversa intensidad de la subordinación se proyecta, además, en una amplia diversificación de la condición laboral. Nuevas figuras (trabajadores autónomos, subcontratados, empresas individuales, outsourcing, etc) aparecen en el escenario laboral, allí donde hace algunos años el trabajador subordinado era el principal actor.

La polémica puede plantearse, como lo indica Raso Delgue⁷ en su obra “Flexibilización: Desregulación o adaptación del derecho del Trabajo?”, en lo siguiente: “...en torno a sí con las tendencias flexibilizadoras las que han producido la disgregación de la relación subordinada o si ella se deriva del nuevo modo de producción...”

No se ha dudado que la flexibilización ha favorecido el proceso, pero se considera que a la base existen nuevas realidades productivas; más allá de la regulación o desregulación del Derecho del Trabajo, es la nueva tecnología la que ha permitido modificar las reglas tradicionales de trabajo. El Derecho –al igual que otras formas del conocimiento- podrá acelerar o frenar, regular o desregular el proceso, pero el proceso en sí seguirá recorriendo el rumbo que el avance tecnológico indique.

7 Raso Delgue, Juan. Flexibilización: ¿Desregulación o adaptación del derecho de Trabajo”. Pág. 135. Artículo citado en la Antología perteneciente a la Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social: Curso “Tendencias actuales de Flexibilización laboral. Universidad Estatal a Distancia.

Sección III

La línea existente entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente

Conceptualmente, las características del contrato de trabajo dependiente (*locatio operarum* o actividad laboral puesta a disposición del empleador) frente a la locación de servicios (*locatio operis* o ejecución de obra o servicio), separaban el derecho laboral y el civil, y por consiguiente las consecuencias jurídicas y económicas del trabajo individual en cada caso. No había mayor dificultad para jueces y académicos en discernir los casos límite, contando con las características propias de cada prestación, más aún por el carácter expansivo del derecho del trabajo y la claridad de la aplicación de sus principios.

Los indicadores de la subordinación eran la relación jerárquica; la sujeción a la función organizadora y directiva del titular y a la actividad propia de la empresa; la dación de órdenes e instrucciones y la voluntad prevaleciente del empleador; la dirección y control y el ejercicio del poder disciplinario y sancionador por quien proporciona el trabajo; el carácter personal del servicio, la exclusividad, la continuidad, el horario y los controles; el marco reglamentario interno, la prestación diaria, la disponibilidad personal, el lugar específico de la prestación y la ajenidad, entre otros; *y como criterios para excluir la subordinación*, la utilización de medios de producción propios; el uso de servicios de terceros; la percepción no salarial; el cumplimiento de prestaciones sociales por el locador; la organización autónoma y la no sujeción a órdenes o instrucciones, así como la ausencia de controles; la posibilidad de sustituir al prestador del servicio; la real o relativa equiparidad jurídica; la asunción de riesgos y gastos por el prestador del servicio; la percepción de

ingresos (honorarios) usualmente mayores a los salariales para el prestador; la prestación del servicio o la ejecución de la obra por cuenta e interés propio; la no exclusividad y la temporalidad, entre otros.

Por ello, hasta hoy la línea divisoria entre el trabajo en relación de dependencia y el trabajo independiente era clara. Se delimitaba por el criterio de subordinación, el cual no representaba dificultades para ser definido, tanto en su aspecto jurídico, como en sus aspectos técnico y económico.

Sin embargo, la dependencia o subordinación han venido sufriendo cambios de enfoque que tienen que ver a su vez con cambios en la producción: "...el paradigma fordista que hacía fácil ver las diferencias entre subordinación y autonomía, ha sido superado por nuevas modalidades de relaciones personales de trabajo, no necesariamente del tipo clásico dependiente, aunque el tipo clásico no desaparezca..."⁸

En los últimos años se ha ido borrando la frontera entre el trabajo subordinado y el independiente, sus líneas se han ido desdibujando, ha crecido la duda en una zona intermedia en que el trabajo denominado "parasubordinado", puede quedar no incluido en el ámbito del derecho del trabajo. Hay muchas actividades que siendo trabajo personal, no quedan necesariamente calificadas como trabajo subordinado y, por consiguiente, comprendidas en el ámbito protector del derecho del trabajo, por ser consideradas prestaciones independientes.

⁸ Javillier, Jean Claude. Le futur de la subordination dans l'évolution du droit du travail en la transformazioni del lavoro, Milán, Italia, 1999.p. 43. <http://www.relabor.fder.edu.uy/Raso>

De ahí que, como lo apunta Raso Delgue⁹: “...no es casual la "civilización" del contrato de trabajo, es decir, la mayor frecuencia de relaciones contractuales civiles en el trabajo individual, porque éstas no generan obligaciones sociales, no se pagan con salario sino con honorarios, no están protegidas sino son autónomas, por lo cual generan autoprotección o simplemente desprotección, dependiendo de cómo se miren, no generan poder negocial colectivo sino negociación individual, caso por caso, en una relación comitente-locador, modificándose así el equilibrio de fuerzas en juego...”

Por otro lado, hay que reconocer que la flexibilización laboral, el trabajo a distancia, la necesidad de reducir los costos sociales provocada por la competitividad de la globalización, la empresa virtual a través del *outsourcing* o tercerización de servicios, los cambios tecnológicos en materia de comunicaciones, la automatización y la robótica, la decadencia del derecho colectivo por la crisis sindical, los cambios en la negociación colectiva y las nuevas características de los conflictos de trabajo, están produciendo modificaciones trascendentales a las que debemos enfrentarnos y que exigen de nosotros una definición para *afirmar la existencia, importancia y vigencia del derecho del trabajo*.

1.- Dilema que se plantea

Nos vemos pues ante un dilema: o bien entender que el derecho del trabajo tiene un marco específico que comprende la modalidad del trabajo subordinado (personal, ajeno, remunerado, dependiente, profesional y exclusivo) y que toda otra relación personal que no encaje dentro de las

⁹ Raso Delgue Juan. <http://www.relabor.fder.edu.uy/Raso 2.htm>

características de este, queda fuera; o bien, aceptar que esta realidad ha evolucionado y que hoy nos encontramos ante situaciones en que la dependencia está dada, no tanto por la subordinación jurídica, cuanto por la subordinación económica y que basta que esta se encuentre presente, para que resulte necesario extender a ella el grado de protección que requiere, por tratarse de un trabajo personal.

La realidad ha provocado que el derecho del trabajo reemprenda el camino de regreso hacia el derecho común de dónde salió para tenerlo en consideración, dando nuevamente actualidad a la locación de servicios que fue en realidad un antecedente del contrato de trabajo y ahora se ha convertido en el refugio para su deslaborización, cediendo tutela y protección a cambio de una pretendida igualdad de partes que en realidad no existe, precisamente por darse la dependencia económica a la que nos hemos referido. Esta vuelta al derecho común debería ser abarcativa y no sustitutiva de la protección.

Wilfredo Sanguinetti ¹⁰sugiere que el trabajo que carece de todas las características típicas del vínculo laboral: “...No debe conducirnos a negarles naturaleza laboral o a sostener que se trata de contratos distintos al de trabajo, sino simplemente a entender que las mismas, dada su peculiaridad no llegan a alcanzar los requisitos de goce que establecen las normas de carácter general para determinados derechos y no está previsto legislativamente un régimen o estatuto especial que las ampare, o éste es insuficiente, o carecen de relevancia a criterio del legislador, lo cual no obsta además, para que más adelante dicha situación pueda variar, dada la expandibilidad del rol protector del derecho del trabajo...”

10 Sanguinetti Raymond, Wilfredo, “Contrato de Locación de Servicios frente al derecho civil y al derecho del trabajo. Lima, Perú, Cultural Cuzco Editores, 1998, pp. 145 y 146.

Pero se podría ir más allá, ¿no habría que pensar acaso en un estatuto protector mínimo para todos aquellos casos en que exista una prestación de trabajo personal que implique dependencia económica, todo ello sin perjuicio de los derechos de protección reconocidos para aquellos que se encuentran en una relación jurídica laboral típica?

La preocupación del derecho del trabajo por la protección del trabajador subordinado o en relación de dependencia, posiblemente ha limitado su carácter expansivo y nos ha hecho olvidar la necesidad de pensar en la tutela del trabajo económicamente dependiente o del trabajo individual independiente, sea real o ficticia su independencia.

¿No será que ha llegado el momento de establecer una forma de expansión protectora a todas las formas de relación personal de trabajo en que se dé la existencia de una dependencia económica, sin que interese tanto la denominación o forma del contrato o su carácter formalmente o marcadamente civil o mercantil?

Estaríamos así fortaleciendo el principio de primacía de la realidad y podríamos encontrar una fórmula para vincular la tradicional locación de servicios personales con formas de protección del trabajo subordinado, o en todo caso, de establecer un repertorio mínimo de condiciones a todo trabajo humano individual, en que exista dependencia económica.

Vale la pena señalar que el derecho del trabajo prestó al derecho tributario este principio, que los tributaristas denominan realidad económica,

que les permite una interpretación flexible y abarcativa de los hechos económicos como hechos imponibles y por lo tanto sujetos a la norma tributaria. Esto puede servirnos para reenfocar este principio en el derecho del trabajo que más ha servido para identificar o defender su ámbito de aplicación que para extender su protección.

Sección IV

Las nuevas tecnologías y el concepto de subordinación

Las tendencias de flexibilización laboral y más específicamente las nuevas tecnologías están afectando un concepto de gran importancia en el Derecho de Trabajo cual es el de subordinación, que requiere ser examinado a la luz del marco que, como se ha visto, plantean las nuevas realidades laborales.

La innovación tecnológica no supone, al menos, como a sido de criterio generalizado- un cambio total en la noción de subordinación, pero sí requiere una revisión de los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han venido tradicionalmente empleando para determinar los supuestos de hecho que lo configuran.

La determinación de la subordinación no podrá apoyarse fundamentalmente, como indica Hernández Alvarez¹¹ “... en hechos tales como la obligación de cumplir horarios previamente establecidos por el patrono y de prestar servicios en la sede de la empresa y atendiendo a las órdenes e instrucciones emitidas por la misma a través de capataces o supervisores”...Y es que tales circunstancias se están modificando y se modificarán notablemente en un mundo industrial en el cual, cualquier nueva forma de contratación de índole tecnológica, ocuparán un importante papel, que si bien no desplazarán la tradicional fábrica de organización, creará nuevas formas laborales, en las cuales el trabajador no estará sujeto a horarios rígidos, ni obligado a asistir a la empresa o a depender de las instrucciones de un

11 Hernández Alvarez, Oscar. “La flexibilidad del Derecho del Trabajo” Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado. Barquisimeto, Venezuela. Artículo tomado de la Antología de Derecho Laboral de la UNED correspondiente al Curso Tendencias Actuales de Flexibilización Laboral”. Pág. 227

capataz para la realización de su trabajo. en esta situación, indica dicho jurista, la subordinación no desaparece, pero tiende a despersonalizarse, pues el control del trabajo es efectuado por máquinas y la verdadera fuente de instrucciones no reside en el “patrono” titular de la empresa, sino en los programas contenidos en el computador, algunos de los cuales son concebidos con una flexibilidad tal que el propio trabajador tendrá posibilidades de participar más activamente en la organización de su propia actividad tomando decisiones hasta hoy reservadas a la gerencia.

Las nuevas formas de prestación laboral suponen una “descentralización” o “exteriorización” del trabajo –términos a analizar posteriormente- y por tanto comportan, un desplazamiento del centro de gravedad geográfico de la prestación desde el corazón de la empresa hasta la periferia que lo rodea. Esta nueva realidad laboral se encuentra presente en algunos países desarrollados y no tardará en introducirse en nuestros países. Ella obliga al jurista a reconsiderar muchas de las fórmulas que ha venido utilizando para fundamentar y desarrollar la regulación de la prestación del trabajo humano.

Un primer punto a decidir es si las mismas deben entrar en el ámbito de protección del derecho del Trabajo o considerarse prestaciones autónomas que escapan a su regulación. La segunda de las alternativas parece tomar cuerpo en los países anglosajones, pero su generalización implicaría privar de tutela a un contingente de trabajadores que será mayor en la medida en que se difundan las nuevas tecnologías. Ello podría llevarnos, en el futuro a un panorama en nada conforme a los principios de Justicia Social: un mundo en el cual el trabajo es objeto de una acelerada innovación tecnológica y el trabajador de una creciente desprotección.

A raíz de todas las lecturas, base de este ensayo, se desprende que ha sido criterio de muchos autores famosos o desconocidos, que muchas de las nuevas formas de contratación laboral, pueden continuar siendo consideradas como expresiones de trabajo subordinado, sólo que, como se ha dicho anteriormente, la subordinación no puede fundamentarse más en los elementos mediante los cuales lo ha venido siendo. Un nuevo criterio para definirla debe centrarse en la inserción del trabajador en la organización de la empresa, la cual puede existir, aun cuando el trabajo sea prestado al exterior de su sede física. De este modo la presencia permanente del trabajador en un lugar preestablecido y su sujeción a un horario de trabajo, aun cuando continúe siendo circunstancia usualmente presente en una relación dependiente, no constituye requisito indispensable de la subordinación, cuya esencia se manifiesta fundamentalmente en la obligación de acatar el poder de organización cuyo titular es el patrono.

La influencia del cambio tecnológico se hace sentir, pues, sobre el concepto de subordinación, el cual como consecuencia de las nuevas formas y condiciones de trabajo, adquiere matices diferentes a los tradicionales, que enriquecen pero no eliminan la importancia de este concepto.

Los mecanismos de dependencia se ejercen de manera diferente, muchas veces a distancia y a través de los medios no recomendados aportados por la informática. La especial interrelación del Trabajador con la máquina, le permitirá ejercer más control sobre su propia actividad, al mismo tiempo que le otorga una mayor independencia en el “cómo desarrollar su trabajo, lo coloca en una actitud en la cual la subordinación tiene un contenido que se dirige más hacia la cooperación institucional en el logro de los

cometidos de la organización empresarial, que hacia la tradicional sujeción a línea de mando ejercida por el patrono o sus representantes. En todo caso la necesaria revisión del concepto podría abrir campo a otros criterios definitorios del contrato individual de trabajo. Así por ejemplo, en Italia, la Ley Procesal del Trabajo de 1973 incluye dentro del objeto de su regulación a aquellas relaciones de colaboración que se llevan a cabo a través de contratos con prestación de obra continuativa, coordinada, prevalentemente, con carácter personal, aun cuando no sea subordinada, lo cual dio lugar, en ese país, a un importante desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre el concepto de “trabajo parasubordinado. Por su parte, en España, el Estatuto de los Trabajadores centra su ámbito de aplicación en el concepto de “ajenidad”, es decir en la prestación de servicio por cuenta ajena.

CAPITULO II

LA SUBORDINACIÓN Y UNA NUEVA REALIDAD ECONÓMICA Y PRODUCTIVA: EL CONTRATO DE OUTSOURCING.

Sección I

La subordinación en las nuevas formas de empleo: trabajo descentralizado y contrato de outsourcing.

1.- Trabajo Descentralizado

En la doctrina y en la jurisprudencia, se ha presentado siempre la dificultad de determinar la real naturaleza de cierto tipo de vínculos, a los efectos de establecer si es laboral; o, por el contrario, si puede enmarcarse dentro del Derecho Civil o del Comercial; dado que, dentro del proceso de flexibilidad en la contratación, los elementos característicos de toda relación de trabajo se ven desdibujados; y, el problema es aún mayor, con el proceso de relativización de la noción de subordinación –que constituye el elemento más característico-; lo que produce mayor dificultad para establecer la frontera entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia; pues, en muchos casos, la noción de dependencia no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo por cuenta ajena, donde en muchas ocasiones las labores se desarrollan por cuenta propia, en cuanto a la forma de organizar su trabajo, pero por cuenta ajena, en cuanto al ámbito directivo y disciplinario¹². En un sentido semejante se expresa Sanguinetti, cuando señala que “...se asiste en la actualidad a una nueva fase en la evolución de las formas de organización de los procesos productivos, dentro de la cual asumen un protagonismo cada vez más amplias modalidades “externas” de inserción en los mismos, escasamente utilizadas en el pasado... es el caso de las nuevas

12 (LOPEZ GANDÍA, Juan. Contrato de trabajo y figuras afines, Valencia, Tirant lo blach, 1.999, pp. 9-12)

formas “descentralizadas” de empleo,... La cada vez más extendida puesta en marcha de estrategias de “descentralización productiva”, a través de las cuales se persigue la obtención de los objetivos de la empresa, no por la vía de la incorporación de trabajadores a su plantilla, sino a través de la combinación de aportaciones parciales llevadas a cabo por empresas auxiliares o por colaboradores externos, está dando lugar a un impulso hasta el momento desconocido de formas de trabajo autónomo, las cuales están pasando a ocupar parcelas cada vez más amplias del espectro productivo, la mayoría de las veces en desmedro del trabajo subordinado. Si bien es cierto, que esta tendencia a la “exteriorización” o “satelización” de las actividades empresariales no puede ser vista sino con cautela, puesto que es capaz de encubrir intentos elusivos de la aplicación de las normas laborales a verdaderas relaciones de trabajo, no parece que en todos los casos pueda darse este tratamiento al fenómeno. Como se ha puesto de relieve, detrás del mismo se encuadran también trabajadores autónomos auténticos, que laboran contando con su propia organización y asumiendo los riesgos y beneficios de su actividad, cuya aportación a la empresa no se realiza a través de la tradicional puesta a disposición de su fuerza de trabajo, sino por la vía de la “coordinación de actividades”...en los supuestos de coordinación de actividades la vinculación de la labor del sujeto al proceso productivo de la empresa comitente no se deriva del ejercicio por parte de su titular de poder alguno de conformación de la prestación laboral, sino de la estipulación de un específico “programa negocial”, dentro del cual se inscribe como un medio para su realización. De allí que dicha coordinación no excluya la autonomía de quien trabaja en cuanto a la elección de las modalidades de ejecución del trabajo, y sea capaz de dar lugar a relaciones en principio excluidas del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. El auge de estas formas de coordinación es, de este modo, expresión de la progresiva pérdida de centralidad del ejercicio del poder de dirección empresarial en el desarrollo de los procesos productivos. Frente a éste están apareciendo otros medios más

sofisticados que permiten al empresario asegurarse igualmente el resultado final del trabajo, que es lo que a fin de cuentas le interesa, sin necesidad de recurrir a la constitución de una relación laboral en sentido estricto.

Los nuevos trabajadores autónomos no desarrollan sus labores con destino al mercado en general, sino de forma preferente o exclusiva en beneficio de determinadas empresas, con las cuales establecen vínculos de carácter más o menos estable o duradero. Esta circunstancia, sobre todo en los casos en que el sujeto ejecuta el trabajo de manera personal, es capaz de dar lugar a una situación de dependencia económica respecto de la empresa comitente, semejante en cuanto a sus características a la que padecen los trabajadores asalariados... Los procesos de “descentralización productiva” generan, de este modo, una peculiar dinámica de sujeción económica, que normalmente aparece disimulada detrás de la independencia de los trabajadores en cuanto a la elección de los modos de ejecución de su trabajo.”¹³ Entonces, debe quedar claro, y así se ha dejado establecido en otros pronunciamientos de nuestra Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, que cada decisión dependerá siempre de las características propias de cada caso concreto; por lo que no puede adoptarse una línea invariable, sino que se han de fijar parámetros, para poder determinar, según las circunstancias dadas, si se está o no en presencia de un contrato de trabajo.

La desorganización que la descentralización productiva está ocasionando en el Derecho del Trabajo es apreciable en numerosos aspectos; y así lo deja entrever el jurista Fernando Valdés Dal-Re, cuando afirma: “...Lo que me interesa hacer notar es que, por encima de sus consecuencias, la

13 (SANGUINETIRAYMOND, Wilfredo. Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos, Perú,ARA Editores, primera edición, 1.997, pp. 65-68).

descentralización productiva está causando una deconstrucción de los tipos sociales, manejados por el ya secular ordenamiento laboral como prototipos normativos de los sujetos de las relaciones jurídicas laborales...” Sigue diciendo: “...La externalización de actividades deconstruye el paradigma normativo del empresario y, por derivación, de la organización de medios de la que es titular: la empresa. Pero también causa estragos en el paradigma normativo del trabajador, considerado no sólo en su condición de parte de una relación obligatoria sino, además y adicionalmente, como miembro de un grupo que agrega intereses comunes...”¹⁴

La descentralización, es decir, altera profundamente las reglas hasta ahora fijadas para el ejercicio de la acción colectiva. En mayor o menor medida, todas las consecuencias desorganizativas de la externalización sobre las estructuras básicas del Derecho del Trabajo pueden reconducirse a esta doble ruptura o, al menos, a esta doble destipificación de los paradigmas normativos; a la “quiebra de la validez de las nociones de trabajador y empresario con las que se han venido tejiendo las normas del Derecho del Trabajo hasta el presente.

Pero al margen del acierto o inadecuación de las respuestas de nuestro ordenamiento laboral en relación a las formas de exteriorización de actividades, la descentralización productiva, al multiplicar los centros de imputación de cargas y responsabilidades y al diversificar los poderes de organización, ha desorganizado el patrón clásico de la figura del empresario. En el sistema tradicional de relaciones laborales, en el que el empresario controla el entero productivo y, en razón de ello, la fuerza de trabajo necesaria

14 Valdés Dal-Ré, Fernando. “Descentralización Productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”. Revista de Relaciones Laborales Relacentro. Proyecto Relacentro. San José, 2002. Pág. 45.

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 nacidos del contrato de trabajo; muchas veces, éste incluso, puede ser designado con un ligero movimiento de la mano. En el sistema actual, la figura del empresario tiende a difuminarse o, al menos, a perder la transparencia que el principio de seguridad jurídica pide, a disolverse en una red de telaraña cuyo efecto social más inmediato no está siendo otro que el de acrecer la posición de fuerza de las empresas ubicadas en el epicentro de la red sobre el mercado de trabajo globalizado,

2.- Outsourcing

Hace tan solo pocos años hubiera parecido un esnobismo titular un artículo laboral con un nombre extranjero, en este caso inglés. Lo cierto es que entre tantas manifestaciones de cambio, van apareciendo expresiones, términos - generalmente de origen anglosajón - que ingresan en el nomenclador del derecho del trabajo: outsourcing, staff leasing, management, out-placement, part-time, non-standard, just in time, etc. La aparición de los nuevos anglicismos no es casual y responde - a nuestro juicio a dos motivos diferentes. El primero se vincula con la presencia cada vez más intensa de la disciplina de las relaciones laborales en todo estudio - aún jurídico - sobre el trabajo. Es sabido que las relaciones laborales (Industrial Relations) son un campo de estudio de origen anglosajón, por lo que al trasladarse al mundo latino (y el traslado implica también traslado de doctrina y de términos) conservan expresiones de la lengua original de esos estudios. El segundo motivo es que la generalización del idioma inglés - un idioma que acompaña la globalización - va imponiéndose también en el derecho de los diversos países:

desde la contractualística internacional hasta la definición de institutos o expresiones puntuales de las diversas disciplinas jurídicas. Es cierto que es posible castellanizar palabras como part-time o just in time, pero también es evidente que la terminología inglesa se ha impuesto y es hoy mundialmente usada para referirse al fenómeno del trabajo a tiempo parcial o de la producción sobre pedido o justo a tiempo.

Algo parecido acontece con la expresión outsourcing que se va imponiendo en nuestras latitudes no solo a nivel de publicaciones, sino también y fundamentalmente de las prácticas laborales.

3.- Concepto de outsourcing.

Su traducción literaria podría ser "de fuente externa", "de origen externo" (source: fuente, origen). Su significado apunta al proceso de "sacar al externo" de la empresa procesos de la producción o del trabajo, tradicionalmente desarrollados al interno de la misma. Juan Raso Delgue, define el outsourcing como "la utilización de servicios de subcontratación ofrecidos por proveedores especializados". Característica de esta modalidad es que un contratante externo realiza funciones internas de la empresa cliente y las organiza según las directivas de esta última. La expresión refiere a una fuente externa en suministro de servicios, y la empresa moderna no invierte innecesariamente en infraestructuras: "la subcontratación representa la oportunidad de dejar en manos de compañías expertas la administración y el manejo eficiente y efectivo de los procesos que no están ligados directamente con la naturaleza del negocio".¹⁵

15 Raso Delgue Juan. http://www.relabor.fder.edu.uy/Raso_2.htm

El autor Cruz Villalón, quien es citado constantemente por Juan Raso Delgue, recuerda que el término outsourcing proviene de la experiencia empresarial americana, que comienza a emplearlo a principios de la década del '90, y expresa que el mismo se refiere originalmente a la cesión a un tercero de "todos o parte de los servicios informáticos propios para que ese tercero se los preste a través de un contrato de servicios". Pero el término experimenta una significativa expansión en los años siguientes, para referirse "a la cesión a terceros de otros servicios diversos a los propiamente informáticos, con la finalidad de reforzar el objetivo de que la empresa cedente se dedique a lo que constituye su actividad nuclear, contratando la ejecución de cualquier otro tipo de funciones adicionales, por muy especiales que sean éstas".

Se puede concluir expresando que por outsourcing se entiende la transferencia al externo de la empresa de etapas de la gestión y de la producción, reteniendo ésta el control sobre las mismas. Este último aspecto diferencia el outsourcing de los contratos comerciales comunes, a través de los cuales, la empresa adquiere bienes o servicios de terceros. En la contratación común, el empresario actúa como cualquier cliente que elige bienes y servicios producidos en forma independiente por un tercero. En el outsourcing el empresario ejerce una injerencia de hecho en la producción de bienes y servicios del tercero: vigila, da indicaciones, interviene, ejerce en definitiva un verdadero poder de control emparentado con el tradicional poder de dirección y sigue reteniendo la conducción y organización de todo el ciclo productivo.

En cuanto al nombre outsourcing, si bien ha adquirido suficiente notoriedad, es frecuentemente sustituido en nuestro país y en el mundo latino, con otras expresiones como, externalización, descentralización productiva o la más vernácula "tercerización".

4.- Las causas de la externalización del trabajo.

Hoy día, el modelo clásico del relacionamiento laboral – empresa, ha entrado en crisis, generándose una huida o migración de sujetos amparados por el derecho del trabajo hacia el campo del Derecho Comercial y Civil, ámbitos tradicionalmente menos protegidos para los prestadores de servicios profesionales.

Hoy, el contrato de trabajo se debilita y es sustituido por nuevas figuras contractuales entre un prestador de servicios/ trabajador y un cliente/empresa. Se habla de un “contrato de actividad”, mientras que el concepto de trabajo diferente a la fundada en un contrato de trabajo ya se encuentra presente en diferentes instrumentos legislativos de la Unión Europea.

La empresa moderna busca una configuración magra, reservando para sí el quehacer principal del negocio. Cuando concentra su intervención directa en lo esencial, está buscando eficacia y competitividad a través de una estructura más flexible. En un mundo cada vez más necesitado de trabajo, la empresa con menor número de trabajadores, cotiza mejor en la bolsa. Por lo

tanto la antigua organización se reduce a un núcleo duro de trabajadores estables, que tienen como elemento común un gran sentido de identificación con el management. No importa si son gerentes, jefes de sección, secretarías o cadetes: todos ellos están emocionalmente y funcionalmente unidos a los fines que persigue la organización. La empresa invierte en la permanente recalificación de estos trabajadores con los cuales mantiene relaciones de confianza y de participación.

Alrededor de ese núcleo "en planilla", se forma un segundo nivel constituido precisamente por todas aquellas actividades que la empresa ha "externalizado". Dichas actividades pueden referirse a parte del proceso de producción o a funciones internas de la empresa, como por ejemplo la gestión de los recursos humanos y la administración contable. A vía de ejemplo, puedo indicar, que en las prácticas de las empresa multinacionales, una de las formas comunes del outsourcing es la de confiar a grandes estudios jurídico-contables la administración interna de sus subsidiarias en el exterior, incluyendo la contratación y gestión del personal.

¿Por qué el fenómeno del outsourcing? Básicamente cuatro son a nuestro juicio las causas que han promovido en la última década la externalización del trabajo:

a) La reducción de los costos. En una realidad globalizada y altamente competitiva, la reducción de costos se vuelve un objetivo central de toda política de gestión empresarial. El outsourcing permite reducir costos estructurales y laborales. En el primer caso, es evidente que la empresa ahorra costos fijos, como los que refieren a la inversión en infraestructura productiva. Pero también busca ahorrar costos laborales: en general el trabajo

externalizado es menos costoso que el trabajo interno. La economía "laboral" responde a dos fuentes de ahorro: a) determinados contratos permiten reducir aportes a la seguridad social y beneficios laborales (como la licencia, el salario vacacional, el aguinaldo): en nuestro país, el arrendamiento de servicios de empresas unipersonales es un claro ejemplo; b) la contratación mediata - realizada a través de intermediarios o subcontratistas - permite trasladar riesgos laborales (y sus relativos costos) a la empresa tercera.

b) La mayor flexibilidad. El modelo económico global obliga a estrategias empresariales mucho más dinámicas: las respuestas del aparato productivo deben ser rápidas. No es posible hacer previsiones a largo plazo, el "stock" se vuelve una carga costosa e inútil, hay que producir sobre demanda y la demanda exige respuestas inmediatas. Para poder producir a medida de la demanda - just in time - es necesario un modelo de empresa ágil, con mayores y más rápidas posibilidades de respuesta. 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.

c) La mayor productividad. La externalización promueve la competencia de los trabajadores independientes y de los subcontratistas para ofrecer a la empresa central mejores productos a menor costo. La externalización transforma la naturaleza misma de la empresa con relación al mundo del trabajo: el empleador pasa a ser un cliente de quienes efectúan los trabajos. En tal condición además de buscar los precios más convenientes, elimina los proveedores menos eficientes. En el outsourcing, el empresario sustituye la

producción con la adquisición y contratará lo que le asegure la mayor productividad posible.

d) Disminución o anulación del control sindical. El modelo taylorista-fordista con sus elementos rígidos - fábrica, subordinación, categoría, salario fijo - contribuyó al desarrollo y fortalecimiento de la organización sindical. La solidaridad obrera, base de la acción sindical, se construyó sobre la base de trabajadores reunidos durante jornadas completas de trabajo en un mismo lugar, con similares funciones y con las mismas recompensas. 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.

5.- Las actividades objeto de outsourcing.

Existe en el extranjero cierto consenso en cuanto a que las actividades que pueden tercerizarse son aquellas secundarias, accesorias al giro principal de la empresa. El autor, Octavio Carlos Racciati, quien es citado por otro autor de connotada trascendencia laboral, como lo es Juan Raso Delgue, al referirse a las actividades objeto de la tercerización, afirma que, desde un punto de vista abstracto y tomando en consideración la naturaleza de la actividad considerada, sólo podrían ser objeto de tercerización la "actividades-medio" o

de apoyo o no sustantivas. El empresario necesariamente debe ser empleador respecto de quienes efectúan prestaciones laborales comprendidas en el ciclo productivo ordinario. 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 también alguna parte del proceso productivo. Concluye recordando que "en nuestro derecho, no hay norma jurídica que delimite las actividades que pueden ser objeto de tercerización. No obstante, la ley establece las consecuencias en materia de responsabilidad del empleador en caso de utilización de intermediarios o subcontratistas"¹⁶

Si bien el outsourcing se refiere normalmente a actividades secundarias, no se excluye la posibilidad de tercerizar segmentos de la actividad principal de la empresa. Se cree que el criterio "actividad principal/actividad secundaria" es un criterio destinado a permitir en el tiempo y responde más a la valorada actitud de poner un dique de contención a la tercerización, que a razones jurídicas que legitimen el trazado de esa línea divisoria. Se ha planteado la hipótesis que una empresa periodística decidiera tercerizar la página de espectáculos de su diario y contratara una organización externa, especializada en ese sector de la información. "Hoy en día -expresábamos - las nuevas tecnologías facilitan este traslado de tareas, porque la organización externa podrá preparar y diagramar en sus computadoras esa sección del diario y transmitir telemáticamente a la empresa principal las "planchas" completas para su impresión final. Esta hipótesis ¿es jurídicamente inviable o responde tan solo a una nueva realidad que nos asusta y ante la cual no tenemos aún contestaciones adecuadas?"

16 Idem.

Es posible concluir que puede externalizarse cualquier tipo de actividad, en la medida en que la empresa principal conserve el control del proceso productivo. En efecto, si perdiera ese control, no estaríamos ante la hipótesis de externalización, sino ante una sustitución de empresas.

6.-Relaciones laborales y derecho del trabajo: Outsourcing.

El trabajo es la obra moral de un sujeto moral y el deber de trabajar está ínsito en la misma naturaleza humana, de este principio deriva el valor ético del trabajo. Es la persona humana la causa eficiente de todo trabajo, sea éste intelectual o manual, y son tres sus notas características: su subjetividad, intencionalidad y finalidad. Desde esta perspectiva el trabajo toma primacía sobre el capital, y sea cual fuere su modalidad, la dignidad del trabajador es siempre la misma. Esta valoración subjetiva del trabajo humano rechaza toda ideología que lo conceptúe como simple factor de producción. Pero el trabajo posee a su vez una valoración objetiva, ya que el resultado u objeto en el que concluye difiere en cada caso en particular, de allí que corresponda cualificar el trabajo y retribuirlo de acuerdo con esa objetiva distinción.

Trabajar es un medio ordinario de subsistencia, todo hombre posee el derecho de adquirir cuanto le es necesario para su conservación. Esto fundamenta el deber de trabajar fielmente y el derecho al trabajo que implica: el deber social de la propiedad de crear puestos de trabajo y la obligación del

Estado que, actuando solidaria y subsidiariamente, debe garantizar el cumplimiento de los deberes sociales que recaen sobre la propiedad y crear las condiciones favorables en orden a una política concertada de pleno empleo; estos principios fundamentan también el derecho de todo trabajador de percibir una justa remuneración por la tarea realizada, lo que no es equivalente al precio del trabajo determinado por las leyes del mercado (salario de equilibrio).

Una de las características del sistema tradicional de relaciones laborales era que el trabajo subordinado realizado en los locales de la empresa. En este modelo, el trabajador tenía asignado un determinado lugar físico, próximo a su empleador o a quien el empleador había delegado su poder de dirección, porque ello facilitaba la organización del trabajo. En torno al modelo, se construyó un contrato de trabajo, entre cuyas características figuraba precisamente el hecho de prestarse para un solo empleador en el centro de trabajo de éste. Por otra parte la relación entre el empleador y el trabajador era una relación directa, a lo sumo mediatizada a través de cuadros intermedios dependientes del empleador. No existían terceros entre el trabajador y el empresa y la eventual presencia de intermediarios era vista con desconfianza o lisa y llanamente prohibida. El rasgo típico del trabajo subordinado es el vínculo directo entre el empleador y el trabajador: la subordinación entendida como dependencia y esto es sujeción del prestador al poder de dirección del dador de trabajo¹⁷. En esa concepción, el intermediario era un tercero, que lucraba por el solo hecho de proporcionar trabajadores a un empleador: en general ese lucro constituía una renta parasitaria, que solo obedecía a cierto poder que el intermediario había adquirido de hecho, sin desarrollar ninguna función productiva. Esa intervención era conocida con una palabra también

17 Ghera, Edoardo. “La cuestión de la Subordinación entre modelos tradicionales y nuevas proposiciones”. Publicado en la Revista Laboral Italiana número 48, El Progetto, p. 52.

extranjera, marchandage, y era considerada un verdadero parásito en la contratación laboral.

En el sistema tradicional, el trabajo al externo de la empresa constituía la excepción y estaba fundamentalmente reservado a actividades secundarias y modestas como es el caso del trabajo a domicilio. Por su parte la subcontratación cubría áreas limitadas de la actividad laboral, fundamentalmente en la construcción.

Hoy la subcontratación y la intermediación se proponen como nuevas expresiones en la cadena de la producción. El lucro del tercero ya no constituye una renta parasitaria, sino que es la retribución muchas veces legítima de una agencia especializada en el suministro de determinados bienes o servicios y que responde a una organización empresarial con un know-how propio. Los subcontratistas e intermediarios no son siempre pequeñas y modestas empresas que dependen de la empresa cliente; en algunos casos se transforman en importantes proveedores - muy organizados y eficientes - y es la empresa cliente la que comienza a depender de ellos. Pensemos, a vía de ejemplo, en grandes compañías de suministro de mano de obra o en influyentes estudios jurídicos-contables (muchas veces, verdaderas multinacionales de la gestión empresarial).

De todos modos, cualquiera sea la dimensión del outsourcing y el rol y poder de la empresa cliente y del proveedor, lo cierto es que se produce una fractura en el tradicional contrato de trabajo que vinculaba al empresario principal directamente con sus trabajadores. Esta transformación genética del

vínculo laboral, produce inevitables consecuencias sobre la regulación jurídica del trabajo.

Nuestro derecho del trabajo reposa sobre una concepción "binaria": todo trabajo responde jurídicamente a la "summa divisio" trabajo subordinado/trabajo independiente. Este criterio entra en crisis frente a las nuevas modalidades contractuales que promueve la externalización. Frente a la dicotomía subordinación/independencia, aparecen zonas grises, cada vez más grises y cada vez más vastas.

Con relación al derecho del trabajo, la externalización plantea nuevos y conflictivos problemas. Las herramientas jurídicas para enfrentar las nuevas realidades son escasas y muchas veces inapropiadas. Se puede afirmar que tales herramientas son básicamente dos: a) la tradicional diferenciación en doctrina y jurisprudencia (puesto que no existen normas legales) entre los conceptos de subordinación e independencia; b) el art. 3 de la Ley !0.449 sobre Consejos de Salarios, que establece la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal por las obligaciones salariales del subcontratista y del intermediario.

7.- La otra cara del outsourcing: la precarización del trabajo.

La mundialización, la revolución tecnológica y la búsqueda incesante de una mayor eficiencia y competitividad, desvinculan al empleo de la producción y del crecimiento económico. La *Tercera Revolución Industrial* (Robots-

Ordenadores) afecta la fuerza de trabajo global; las tecnologías de información, las comunicaciones, la biotecnología y las actuales fuerzas del mercado, polarizan cada vez más la sociedad: un emergente elite cosmopolita, analistas simbólicos o trabajadores del conocimiento (ingenieros, científicos, profesionales, educadores, elite de empresarios, técnicos, programadores), y por otro lado, una gran masa de desempleados y subempleados.¹⁸

Otras realidades afectan también las relaciones laborales y las posibilidades de empleo: la preocupación de los Estados nacionales por la estabilidad económica, aún a costa de la generación de empleos (limitación del gasto público); la precarización del trabajo, mayor número de trabajadores periféricos, ocasionales, temporarios y con dedicación parcial; las posibilidades empresarias de subcontratación en el extranjero con menores costos laborales; la transformación operada en la organización del trabajo (equipos polivalentes y calificados); la crisis de representación de las organizaciones empresarias y sindicales, ocasionada por las grandes mutaciones (trabajadores estables y desempleados, pymes y multinacionales).

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo en su reciente Informe sobre el Empleo expresa "...preocupa cada vez más que no se pueda conseguir el objetivo del pleno empleo, al tiempo que el rápido ritmo de la mundialización y del progreso tecnológico parecen presentar un obstáculo más a la generación de empleos ... los mejores resultados se conseguirán mediante la creación de un entorno general que promueva el crecimiento y la adopción de decisiones en estrecha consulta entre el gobierno, los empleadores y los trabajadores." (OIT, Informe sobre el empleo en el mundo 1998-99).

En torno al contrato de trabajo típico, el derecho del trabajo había construido una serie de "seguridades", que componían el cuadro de tutelas del trabajador. En el cotidiano "cara a cara" con el empleador, en ese territorio que es la empresa, el trabajador construye una autonomía colectiva que le

¹⁸ <http://www.mundodeltrabajo.org.ar/Pistas/pistasoct00/baylos.htm>. (DE: 13 de junio del 2003 a las 16:03 hrs).

permitirá hacer frente al poder del empleador. Es en la fábrica donde nace el derecho del trabajo, que no es un derecho inventado por el legislador, sino que es producto de hechos sociales: el sindicato, la huelga, el convenio colectivo existieron mucho antes de ser reconocidos y legalizados.

Con la disgregación de la empresa, con la externalización del trabajo, se pierden una serie de garantías y estabilidades que transforman la calidad del trabajo, volviéndolo precario e inseguro. Los trabajadores externalizados tienen una condición más precaria que los trabajadores internos. Se destaca la desigualdad entre los trabajadores situados al interno del área de la subordinación y los externos, señalando que una terminología de moda distingue en insiders y outsiders. A los primeros están reservadas todas las tutelas del derecho del trabajo, mientras que para los segundos el trabajo generalmente es precario e irregular.

El outsourcing pone en discusión los paradigmas tradicionales del derecho del trabajo y promueve un desequilibrio entre trabajadores integrados al mismo proceso productivo, excluyendo a una parte de ellos de su protección (v.g. la contratación con trabajadores independientes o pseudoindependientes) o disminuyendo las responsabilidades de la empresa principal ante ellos. Esta nueva "ideología del trabajo" propuesta por el outsourcing logra alcanzar niveles de elasticidad en la regulación del trabajo, que eran desconocidos en los planteos sobre flexibilidad de los años '80.

La flexibilidad en definitiva reconoce el derecho del trabajo y tiene como finalidad la de aligerar sus aspectos más rígidos. El outsourcing nos conduce a una era de la "postflexibilidad", porque la empresa al externalizar el proceso

productivo, en definitiva excluye al trabajador externo de la tutela del contrato de trabajo típico reservado para los trabajadores internos. A la empresa ya no le interesa "flexibilizar" la relación por el simple hecho que a través de la externalización, ha logrado "bypassear" (valga el anglicismo) al propio derecho del trabajo. Es cierto que el trabajador, como dependiente de la empresa externa, podrá recibir de ésta las tutelas del ordenamiento jurídico, pero no es menos cierto que el outsourcing revela la existencia de vínculos laborales más "débiles": trabajadores independientes, trabajadores temporales de empresas externas, asalariados dependientes de subcontratistas sin capitales, hasta alcanzar las amplias franjas de la informalidad y el trabajo negro. En efecto el outsourcing puede en algunas de sus expresiones volverse el nexo entre la informalidad y la economía formal.

Conclusiones

El fenómeno del outsourcing ha creado en los últimos años un profundo impacto en el sistema de relaciones laborales, encontrando impreparado una vez más al derecho del trabajo. Ha producido, según lo indica Jean Claude Javillier, una "división de mundos", en la que la disciplina parece ya no poder dar cuenta de todas las relaciones de trabajo.¹⁹ El proceso de externalización así como crea una fragmentación del proceso productivo y de la empresa tradicional, provoca también una disgregación del vínculo laboral. La "deslaborización" del contrato de trabajo es expresión y causa de la descentralización productiva: la cadena fabril de producción se fragmenta en unidades productivas a cargo de empresas formalmente independientes, pero económicamente dependientes de una unidad central. La disciplina jurídica está aún impreparada para responder a los nuevos cambios. El derecho del trabajo sigue un extraño destino que es responder a los cambios sociales, sin capacidad para anticiparlos. La historia de la revolución industrial y de la legislación protectora de los trabajadores, el lento surgimiento de la figura del contrato individual de trabajo como categoría jurídica del trabajo subordinado a comienzos del siglo XX, demuestran cuan lenta es la adecuación del derecho a las transformaciones rápidas de la sociedad.

Ante la expansión del outsourcing, es necesario construir un nuevo sistema de tutelas que acompañen la transformación de la organización del trabajo. He aquí un nuevo desafío para una disciplina continuamente confrontada con la realidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Raso Delgue, Juan. "Flexibilización: ¿Desregulación o adaptación del derecho de trabajo?. Artículo tomado de la Antología de la Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Curso: Tendencias actuales de flexibilización laboral.
- Cabanellas, Guillermo. "Tratado de Derecho Laboral". Tomo II. Editorial Eliasta. Argentina. 1988. Págs. 146-191.
- Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa Calpe. Madrid, 2001.
- Godínez Vargas, Alexander. "Seminario Taller: Contratación Típica y Atípica: Sus transformaciones en el actual mercado laboral. San José, 22 de octubre del 2002.

¹⁹ Javillier, Jean Claude. Le futur de la subordination dans l'évolution du droit du travail en la transformazioni del lavoro, Milán, Italia, 1999.p. 43. <http://www.relabor.fder.edu.uy/Raso>

- Buscador de Internet utilizado: www.altavista.com. En las siguientes direcciones:
- <http://www.relabor.fder.edu.uy/Raso2.htm> (DE: 31 de mayo del 2003 a las 8:46 hrs).
- <http://www.relabor.fder.edu.uy/raso3.htm> (DE: 31 de mayo del 2003 a las 8:47 hrs).
- <http://www.sii.cl/página/jurisprudencia/adminis/2002/renta/ja377.htm>. (DE: 31 de mayo del 2003 a las 8:49 hrs).
- <http://www.extora02.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/rep-vadd.htm> (DE: 31 de mayo del 2003 a las 8:53 hrs).
- <http://www.deloitte.com.mx/publicaciones/legal2.pdf>. (DE: 31 de mayo del 2003 a las 9:10 hrs)
- <http://www.aet-es.org/faqs/legal.htm> (DE: 31 de mayo del 2003 a las 9:20 hrs).
- <http://www.actualidadlaboral.org/docs/biblioteca/jurisprudenciacontrato.htm> (DE: 31 de mayo del 2003 a las 10:26 hrs).
- <http://www.oit.cr/oit/papers/subcontrat.pdf> (DE: 31 de mayo del 2003 a las 10:28 hrs).
- <http://www.editoraperu.com.pe/edc/03/04/03/der4.asp> (DE: 31 de mayo del 2003 a las 10:56 hrs).
- Sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 50-2002 de las 9:55 hrs. Tomado de Internet: http://www.poder-judicial.go.cr/scij/busqueda/jurisprudencia/jur-detalle_sentencia.asp. (DE: 06 de junio del 2003 a las 15:40 hrs).
- <http://www.laneta.acp.org/lahora/ejemplar/por25.htm>.) DE: 06 de junio del 2003. 14:10 hrs.
- <http://www.po.org.ar/po/po564/la3.htm>) DE: 06 de junio del 2003. 14:20 hrs.
- Buscador utilizado: www.google.com, Con las siguientes direcciones:
- http://www.cu.com.py/panal/03_2000/trabajo.htm. (DE: 13 de junio del 2003 a las 15:58 hrs).
- <http://www.mundodeltrabajo.org.ar/Pistas/pistasoct00/baylos.htm>. (DE: 13 de junio del 2003 a las 16:03 hrs).
- <http://www.uhu.es/ddtss/ddtss/novedades-Emi.htm>. (DE: 13 de junio del 2003 a las 16:16 hrs).
- http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/worker/eventos/vii/doc_ii/iii_a.htm. (DE: 28 de junio del 2003 a las 8:27 hrs).
- <http://www.atal.org/movimien12.htm>. (DE: 28 de junio del 2003 a las 8:46 hrs).
- <http://www.shrmglobal/publications/gestionhumana/trabajadores.htm>. (DE: 28 de junio del 2003 a las 9:39 hrs).
- <http://www.gerenciaenaccion.com/outsourcing/out1.htm>. (DE: 28 de junio del 2003 a las 9:43 hrs).