

# **UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA**

## **ESCUELA DE DERECHO**

Propuesta de Tesis para optar por el  
Grado de Licenciatura en Derecho

**La Responsabilidad Patronal frente a  
la Tercerización de Servicios desde la  
Óptica de la Reforma Procesal Laboral**

Marco Aurelio Montero Montero

Mayo 2018

DECLARACIÓN JURADA

UNIVERSIDAD  
FECHA  
LUGAR

Yo Marco Arcadio Montero Montero, mayor de edad, portador de la cédula de identidad número 1-0529-0044 egresado de la carrera de Derecho de la Universidad

Hispanoamericana, hago constar por medio de éste acto y debidamente aperebido y entendido de las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi trabajo de tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho,

juro solemnemente que mi trabajo de investigación titulado: La responsabilidad Patronal Frente a la Terrorización de Suavias desde la Óptica de la Reform Procesal Laboral

es una obra original que ha respetado todo lo preceptuado por las Leyes Penales, así como la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos número 6683 del 14 de octubre de 1982 y sus reformas, publicada en la Gaceta número 226 del 25 de noviembre de 1982; incluyendo el numeral 70 de dicha ley que advierte; artículo 70. Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes siempre que éstos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una producción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original. Asimismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante Notario Público.

en fe de lo anterior, firmo en la ciudad de San José, a los dieci novove días del mes de abril del año dos mil dieciocho.

[Firma]  
Firma del estudiante  
Cédula 1-0529-0044

## CARTA DEL TUTOR

San José, 24 de marzo de 2018

**Piero Vignoli Chessler**  
**Licenciatura en Derecho**  
**Universidad Hispanoamericana**

Estimado señor:

El estudiante Marco Aurelio Montero Montero, cédula de identidad número 1-0529-0044, me ha presentado, para efectos de revisión y aprobación, el trabajo de investigación denominado: **LA RESPONSABILIDAD PATRONAL FRENTE A LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DESDE LA ÓPTICA DE LA REFORMA PROCESAL LABORAL, 2018**, el cual ha elaborado para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

En mi calidad de tutor, he verificado que se han hecho las correcciones indicadas durante el proceso de tutoría y he evaluado los aspectos relativos a la elaboración del problema, objetivos, justificación; antecedentes, marco teórico, marco metodológico, tabulación, análisis de datos; conclusiones y recomendaciones.

De los resultados obtenidos por el postulante, se obtiene la siguiente calificación:

a)	ORIGINAL DEL TEMA	10%	10%
b)	CUMPLIMIENTO DE ENTREGA DE AVANCES	20%	20%
c)	COHERENCIA ENTRE LOS OBJETIVOS, LOS INSTRUMENTOS APLICADOS Y LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION	30%	30%
d)	RELEVANCIA DE LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	20%	20%
e)	CALIDAD, DETALLE DEL MARCO TEORICO	20%	20%
	TOTAL		100%

En virtud de la calificación obtenida, se avala el traslado al proceso de lectura.

Atentamente,



**Enrique Porras Torres**

**Cédula identidad Número:** 1-546-925

**Carné Colegio Profesional Número** 15419

 UNIVERSIDAD  
HISPANOAMERICANA

DOCUMENTO RECIBIDO

Por:

Fecha:

29/04/2018

## CARTA DE LECTOR

San José,  
Universidad Hispanoamericana  
Sede Tibás  
Carrera

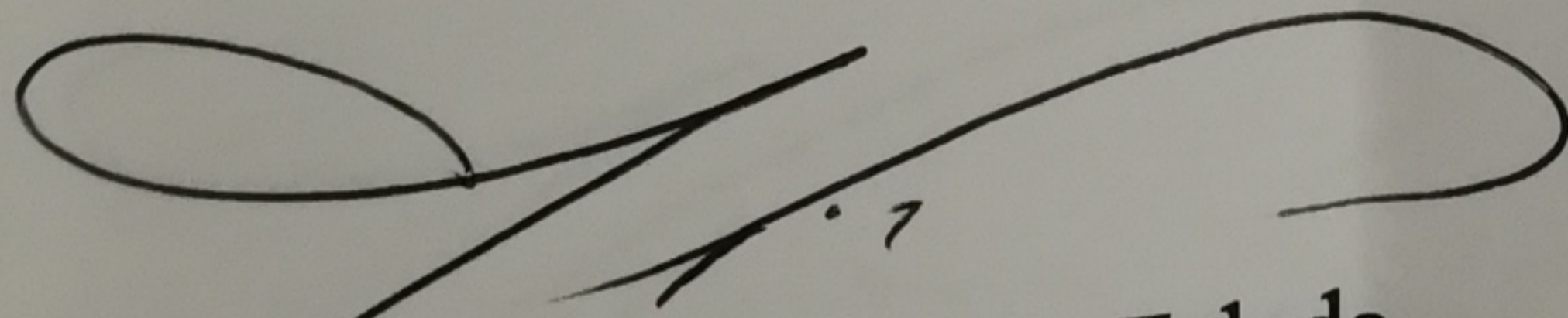
Estimado señor

El estudiante MARCO AURELIO MONTERO MONTERO cédula de identidad 1-0529-0044, me ha presentado para efectos de revisión y aprobación, el trabajo de investigación denominado "*LA RESPONSABILIDAD PATRONAL FRENTE A LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DESDE LA ÓPTICA DE LA REFORMA PROCESAL LABORAL*", el cual ha elaborado para obtener su grado de LICENCIATURA.

He revisado y he hecho las observaciones relativas al contenido analizado, particularmente lo relativo a la coherencia entre el marco teórico y análisis de datos, la consistencia de los datos recopilados y la coherencia entre éstos y las conclusiones; asimismo, la aplicabilidad y originalidad de las recomendaciones, en términos de aporte de la investigación. He verificado que se han hecho las modificaciones correspondientes a las observaciones indicadas.

Por consiguiente, este trabajo cuenta con mi aval para ser presentado en la defensa pública.

Atte.



Firma  
Nombre MSc. Froylán Alvarado Zelada.  
Cédula 1-0965-0759  
Carné 10594

San José, 05 de junio de 2018

Señores  
Universidad  
Hispanoamericana  
Escuela de Derecho

Estimados señores:

El sustentante Marco Aurelio Montero Montero, cédula de identidad 1-0529-0044 carné LL14006304 presentó, para efecto de corrección de estilo en mi calidad de profesional graduada en Filología Española e incorporada al Colegio de Licenciados y Profesores en Letras, Filosofía, Ciencias y Artes de Costa Rica, el informe escrito denominado **La Responsabilidad Patronal frente a la Tercerización de Servicios desde la Óptica de la Reforma Procesal Laboral**, el cual ha elaborado para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

Por lo tanto, he revisado de acuerdo con los lineamientos de la corrección de estilo señalados por la Institución, los aspectos de estructura gramatical, acentuación, ortografía, puntuación y los vicios de dicción, que se trasladan al escrito.

Por consiguiente, este trabajo puede ser presentado oficialmente a la Universidad.

Atentamente,



Rocío Montero Montero

Cédula: 1-0501-0027

No. Colegiado: 6702

## **Contenido**

DEDICATORIA.....	viii
AGRADECIMIENTOS .....	ix
INTRODUCCIÓN .....	10
Capítulo 1 .....	12
Planteamiento del problema.....	12
Capítulo 2.....	26
Teorías de la Administración .....	26
2.1 Historia.....	28
2.2 Teorías Clásicas de la Administración .....	33
2.2.1 Teoría de la Administración Científica .....	33
2.2.2 Teoría General de la Administración:.....	35
2.3 Teoría Humanista de la Administración .....	37
2.4 Teoría Neoclásica de la Administración .....	38
2.5 Teoría Cuantitativa (Matemática) de la Administración.....	40
2.6 Reingeniería.....	41
Capítulo 3.....	43
Teorías de la Administración y el Derecho Laboral .....	43
Capítulo 4.....	47
Outsourcing (Tercerización) .....	47

4.1 Descripción .....	48
4.2 Definición y Naturaleza Jurídica.....	53
4.3 Razones Administrativas y Económicas de su Nacimiento.....	95
4.4 Ventajas del Outsourcing.....	96
4.5 Desventajas del Outsourcing .....	97
Capítulo 5.....	99
Formas de Outsourcing.....	99
5.1 Cooperativas de Trabajo Asociado .....	101
5.1.1 Origen del Cooperativismo .....	102
5.1.2 El Cooperativismo en Costa Rica .....	105
5.1.3 Marco Jurídico .....	110
5.1.4 Definición de Cooperativa.....	113
5.1.5 Características de las Cooperativas .....	114
5.1.6 Principios Cooperativos .....	116
5.2 Contratistas Independientes .....	118
5.2.1 Origen y Definición.....	118
5.2.2 Características de la relación de Contrato Independiente .....	120
Capítulo 6.....	121
Efectos Laborales del Outsourcing.....	121
6.1 Aspectos Jurídicos Básicos .....	122

6.1.1 Principios Laborales Constitucionales y Legales .....	123
6.1.2 Acto Jurídico .....	133
6.1.3 Vicios del Acto Jurídico .....	134
6.1.4 Elementos del Contrato de Trabajo .....	137
6.2 Efectos laborales para las Cooperativas .....	165
6.3 Efectos laborales para los Contratistas Independientes .....	167
6.3.1 Vicios en el Consentimiento y Simulación .....	168
6.3.2 Solidaridad .....	180
6.3.3 La Sustitución Laboral .....	192
6.4 Del Régimen Sancionatorio .....	203
6.1.1 El Área Laboral .....	203
6.1.2 El Acoso Laboral .....	205
6.1.3 La Normativa Tributaria .....	206
Capítulo 7 .....	208
Formas de Tercerización en el Derecho Comparado .....	208
7.1 Europa .....	210
7.1.1 España .....	210
7.1.2 Unión Europea .....	215
7.2 Latinoamérica .....	218
7.2.1 Colombia .....	219

7.2.2 Chile.....	221
7.2.3 Panamá .....	224
7.2.3 México .....	226
Capítulo 8.....	227
Análisis de la Reforma Procesal Laboral Costarricense.....	227
8.1 Derecho Individual al Trabajo .....	229
Protección a Discriminación.....	229
El Despido Sin Responsabilidad Patronal.....	229
La Mujer Embarazada.....	230
Derecho a Igualdad de Condiciones .....	230
Despido por Discriminación .....	230
Representantes Laborales responsables.....	230
Prestaciones de Trabajador Fallecido.....	231
8.2 Derecho Colectivo de Trabajo.....	232
Derecho a Huelga.....	232
Ejercicio del Derecho a Huelga.....	232
Declaratorias de Legalidad o Ilegalidad de la Huelga.....	232
Tipos de Huelga.....	233
La Negociación Colectiva .....	233
Huelgas por Conflictos de Carácter Jurídico.....	233

Arbitraje .....	233
8.3 Aspectos Procesales.....	235
EI PANI .....	235
Derecho a Defensa Pública Gratuita .....	235
Oralidad .....	235
Vía Sumaria.....	236
Protección a Fueros Especiales .....	236
Reinstalación de Trabajadores Accidentados.....	236
Prescripción de los Derechos Laborales dados en Sentencia .....	237
Competencia de los Juzgados.....	237
Montos ajustados a valor real.....	237
Recurso de Casación.....	237
Plazo para presentar Apelación o Casación.....	237
8.4 La falta de regulación específica del Outsourcing o Tercerización en la Reforma Procesal Laboral y su base legal en el Derecho Comparado.....	239
8.5 La subordinación como elemento diferenciador del Outsourcing.....	244
8.6 La Responsabilidad solidaria y subsidiaria .....	250
8.7 El Gerente-Trabajador dentro del Outsourcing .....	256
CONCLUSIONES .....	268
RECOMENDACIONES .....	277

BIBLIOGRAFÍA ..... 281

## **DEDICATORIA**

A mi amada esposa, por todo su apoyo, amor y paciencia durante el desarrollo de toda la carrera y el proceso de esta tesis.

A mi hijo Marco, para que con mi ejemplo siga sus sueños de desarrollo.

A mis padres, que siempre insistieron en que estudiáramos pues era lo único que nos podían dejar y en especial, a mamá quien vio el inicio de mi estudio y se alegró de mis progresos en la carrera, pero que no tuvo la ocasión de ver este momento debido a su enfermedad y posterior, fallecimiento.

## **AGRADECIMIENTOS**

A mis profesores, por su dedicación y esfuerzo por compartir, con nosotros sus conocimientos, en especial a don Enrique, quien es un ejemplo de lo que un profesor universitario debe ser: puntual, comprensivo, firme y negociador.

# **INTRODUCCIÓN**

El tema de la presente investigación versará acerca de la responsabilidad que tiene el Patrono en aquellos sistemas mediante los cuales, se contrata a un Intermediario para que este realice en su empresa, por sí mismo o con la ayuda de terceros, actividades no básicas del giro propio del negocio, desde la óptica del nuevo Código Procesal Laboral.

En la actualidad, la administración de empresas busca estrategias para una mayor eficiencia y productividad en el desempeño de su labor productiva y, o prestación de servicios, mediante la contratación de negocios dedicados a labores especializadas, que desempeñen estas por subcontrato, con su propio personal y que estas no serán la actividad principal de la empresa contratante, tal es el caso de los servicios de vigilancia, planilla, seguridad y otros, lo que, en algunos casos crea distorsiones y patologías legales que realmente, encubren el interés por defraudar a los sistemas sociales y en la mayoría de los casos, el perjudicar al trabajador.

La Reforma Procesal Laboral, no definió de manera explícita qué es el Outsourcing, su normativa, su alcance y a quienes cubre tanto en cuanto a defensa de derechos como en cuanto a penalización de infracciones, es por ellos que debe realizarse una revisión en la Reforma Procesal, para incluir estos temas de manera clara y concisa.

**CAPÍTULO 1**  
**PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

El tema de la Tercerización u Outsourcing y la responsabilidad objetiva del Patrono surge a partir de la experiencia que como Ingeniero Industrial acumulé a lo largo de veintiocho años de ejercicio profesional en diferentes empresas nacionales e internacionales, con diversas áreas de producción y con empresas que daban trabajo desde unas decenas y hasta miles de trabajadores vinculados a ellas mediante contratos individuales de trabajo, algunos de ellos a cargo de un Intermediario. Durante este ejercicio profesional, pude conocer la existencia de algunas prácticas que, desde un inicio, me parecieron contrarias al ordenamiento vigente que aprendí en los cursos de legislación laboral, impartidos como parte del plan de estudios de la carrera de Ingeniería Industrial de la Universidad de Costa Rica y que, como consecuencia en el largo plazo, terminarían afectando tanto al patrimonio del trabajador como a lo establecido en la Legislación Laboral y en la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, así como en la normativa fiscal y los valores sociales establecidos en la Constitución Política en sus Artículos 56 y 57, los cuales señalan:

**Artículo 56.-** *El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo.*

**Artículo 57.-** *Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica, por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia.*

*Todo lo relativo a fijación de salarios mínimos estará a cargo del organismo técnico que la*

*ley determine.*

A partir de los Artículos 2 y 3 del Código de Trabajo de la República de Costa Rica, se establece la normativa que regula quién es el patrono o su representante, en la relación laboral del contrato individual de trabajo, términos que serán utilizados a lo largo del presente trabajo, a saber:

**Artículo 2º.** Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo.

**Artículo 3º.** *Intermediario* es toda persona que contrata los servicios de otra u otras para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono.

Este quedará obligado solidariamente por la gestión de aquél para los efectos legales que se deriven del presente Código, de sus Reglamentos y de las disposiciones de previsión social.

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

Adicionalmente, en los Artículos 69 y 70 del mismo cuerpo normativo, se definen las obligaciones y prohibiciones que son inherentes a los mismos como Patronos y se refieren a la obligación de informar al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, los salarios percibidos por cada uno de sus trabajadores, responsabilidad que, en el caso de los servicios tercerizados, se transmite de forma objetiva a aquel que contrata los servicios de un tercero para el desarrollo de labores no esenciales de la empresa o servicio contratado y cuáles serán las sanciones que conlleva el incumplimiento de esta obligación.

Para una mayor abundancia, se presenta el extracto de un voto de jurisprudencia de la Sala Segunda que hace referencia a qué constituye la relación laboral contractual.

**Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.** - Sentencia 526 de las 9:38 horas del 9 de abril de 2010. Expediente: 08-300095-0389-LA. Extracto del voto:

**“III.- DE LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO:** Esta Sala, en forma reiterada, ha señalado que la naturaleza de una relación jurídica puede determinarse mediante la identificación de sus elementos característicos. Para establecer si un contrato tiene naturaleza laboral debe atenderse, primero, a las regulaciones previstas en el numeral 18 del Código de Trabajo, que regula las particularidades que definen la relación laboral. De conformidad con dicha norma, con independencia del nombre que se le dé, media un contrato de trabajo cuando una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutar una obra, bajo su dependencia permanente y dirección inmediata o delegada y por una remuneración, de cualquier clase o forma. Dicho numeral también contiene una presunción legal -la cual admite prueba en contrario, pues es solo *iuris tantum*-, respecto de la existencia de un vínculo laboral entre la persona que presta sus servicios y quien los recibe. La remuneración, de conformidad con el numeral 164 *ídem*, puede pagarse por unidad de tiempo, por pieza, por tarea o a destajo y en dinero, en dinero y especie, por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el empleador. Tres elementos son, entonces, los que definen jurídicamente la naturaleza de una relación de trabajo: a) la prestación personal de un servicio, b) la remuneración y c) la subordinación. Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se ha establecido que, por lo general, tal subordinación o dependencia es el elemento fundamental para poder determinar si se está o no en presencia de una relación laboral. Esto por cuanto existen otros tipos de relaciones jurídicas donde los elementos de la

*prestación de los servicios o de la ejecución de obras y el de la remuneración también están presentes, configurando lo que se ha dado en llamar “zonas grises” o “casos frontera”. De esa manera, generalmente, el elemento determinante y diferenciador es el de la subordinación y en ese sentido Rivas señala: “La distinción en abstracto y en concreto del contrato de trabajo con otras figuras contractuales en las que una parte se obliga a realizar una prestación de trabajo, continúa fundándose en el criterio de la subordinación”. (Rivas, Daniel. La subordinación, criterio distintivo del contrato de trabajo. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p.185). Luego, esta ha sido definida como “el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte,...; ...es un estado de dependencia real producido por el derecho del empleador de dirigir y dar órdenes, y la correlativa obligación del empleado de obedecerlas... por lo que basta ...con que exista no la posibilidad de dar órdenes, sino el derecho de hacerlo y de sustituir su voluntad a la de quién presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario”. (Cabanellas, Guillermo. Contrato de Trabajo, Volumen I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, pp. 239, 243). Por otra parte, debe apuntarse que al realizar el análisis de asuntos como el que se conoce debe tenerse en cuenta el principio de la primacía de la realidad, cuya regulación está implícita en el citado Artículo 18. Como se sabe, el Derecho Laboral está caracterizado por una serie de principios propios que marcan su particularidad respecto de otras ramas del Derecho. Uno de los principios clásicos lo constituye el denominado principio de primacía de la realidad, de conformidad con el cual, en materia laboral, cuentan antes y preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, las cuales se superponen a los hechos que consten documentalmente, desde el punto de vista jurídico. En efecto, dicho principio establece que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en*

*el terreno de los hechos". (Plá Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, segunda edición, 1990, p. 243). Por esa razón, el contrato de trabajo ha sido llamado "contrato-realidad" - aunque doctrinariamente se prefiere aquella acepción de primacía de la realidad-, dado que tanto legal como doctrinaria y jurisprudencialmente se ha aceptado, de forma pacífica, que la relación de trabajo está definida por las circunstancias reales que se den en la práctica y no por lo pactado inclusive expresamente por las partes. En consecuencia, de conformidad con este principio, en materia laboral, importa más lo que ocurre en la práctica que aquello que las partes hayan pactado y hasta lo que aparezca en documentos. (En ese claro sentido pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias números 822, de las 11:05 horas del 26 de agosto; 864, de las 9:42 horas del 4 de setiembre; 1043, de las 9:50 horas del 16 de octubre y 1079, de las 10:15 horas del 23 de octubre, todas de 2009).*

**IV.- DEL CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES:** *La contratación de servicios, en un régimen sin subordinación, constituye una de las experiencias más palpables respecto del abandono del típico contrato de trabajo. En ese sentido, se indica que "... con el advenimiento de las nuevas formas de organización del trabajo y en especial con la tercerización, esta figura contractual tomó un auge sorprendente. Esta figura utilizada para el trabajo por cuenta ajena de algunas categorías de trabajadores como, entre otros, médicos, abogados, ingenieros, es actualmente utilizada de manera indiscriminada, para contratar todo tipo de trabajadores, incluso a los extrabajadores subordinados de la empresa que terceriza en categorías laborales que en nada se asemejan a las categorías profesionales antes referidas". (Fernández Brignono, Hugo. Las actuales formas de la descentralización productiva. Criterios de identificación y modalidades contractuales, en: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, primera edición, 2000, p.71). Mangarelli,*

por su parte, también expone sobre el auge de los contratos por servicios profesionales y es concluyente en el sentido de que el contrato de trabajo no absorbió al de prestación de servicios, al tiempo que indica que la diferencia entre ambos radica en el elemento subordinación. En ese sentido, señala: “Hoy ya no es posible sostener que el arrendamiento de servicios sea una categoría jurídica sin importancia. En la actualidad se ha producido un aumento considerable de los contratos de arrendamiento de servicios. Ello es debido a que -entre otras razones- esta modalidad de contratación es uno de los instrumentos para llevar a cabo la descentralización empresarial... El arrendamiento de servicios no fue absorbido por el contrato de trabajo, sino que se mantuvo como figura jurídica distinta, y reguló en los hechos, un sector del trabajo por cuenta ajena... El criterio acertado de distinción del contrato de arrendamiento y el contrato de trabajo es la subordinación...” (Mangarelli, Cristina. *Ibid.* pp. 267, 273, 280). El fenómeno de la contratación de servicios, aunque no exclusivo, es frecuente tratándose de profesionales liberales. Esta Sala ya ha indicado que los profesionales liberales pueden prestar sus servicios no solo a través de una relación laboral, sino también mediante un contrato por servicios profesionales (véanse las sentencias números 311, de las 14:40 horas del 7 de octubre de 1999 y 365, de las 10:10 horas del 24 de julio del 2002). Por otra parte, en esta materia, también se ha señalado que el elemento de la subordinación aparece en forma diferente, más aún si se trata de servicios especializados, por cuanto el ejercicio de tales funciones implica necesariamente una independencia técnica que no obsta a la existencia de la contratación laboral. (En tal sentido, pueden consultarse, entre otros, los fallos número 60, de las 10:00 horas del 20 de febrero; 365, de las 10:10 horas del 24 de julio y 540, de las 9:50 horas del 6 de noviembre, todos del 2002). A la luz de las premisas señaladas procede analizar si en este caso la prestación se cumplió mediante un contrato por servicios profesionales o por uno de naturaleza laboral. **V.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:** El representante de la Municipalidad accionada insiste en que el actor prestó sus servicios por medio de distintos

*contratos por servicios profesionales, debidamente pactados mediante los procedimientos previstos en la Ley de Contratación Administrativa. Este cuerpo normativo regula la posibilidad de la Administración de poder contratar servicios profesionales sin que se establezca entre las partes una relación de orden laboral, al señalar en el Artículo 64 que “Los servicios técnicos o profesionales, a cargo de personas físicas o jurídicas, se contratarán por los procedimientos de licitación pública, licitación por registro o licitación restringida según corresponda, de acuerdo con el monto” y en el numeral siguiente que “La contratación de servicios técnicos o profesionales no originará relación de empleo público, entre la Administración y el contratista...”. Sin embargo, tales disposiciones son válidas, procedentes y aplicables en el tanto en que la contratación se desarrolle realmente dentro de los lineamientos de la prestación de servicios en forma autónoma o independiente, pero no pueden desplazar la aplicación del Artículo 18 del Código de Trabajo cuando la prestación se ha dado bajo un régimen de subordinación, pues en tal supuesto queda desvirtuado el contrato por servicios profesionales. En el caso bajo análisis, si bien es cierto que el actor fue contratado mediante distintos contratos de prestación de servicios (folios 9-29) lo cierto es que su trabajo lo desarrolló en un claro régimen de subordinación, ya que no medió independencia alguna y más bien estuvo sometido a condiciones de tiempo, lugar y modo, sujeto siempre a una jefatura específica. En efecto, las características que se dieron resultan plenamente excluyentes de un contrato de servicios profesionales en régimen de autodeterminación. Las pruebas que constan en los autos son más que claras al respecto. En primer lugar, llama la atención que las labores realizadas por el demandante respondían a una necesidad permanente de la entidad demandada, pues desde antes de que entrara en vigencia el Decreto 34624 –MOPT, del 27 de marzo de 2008 ya existía el Decreto 30263-MOPT, vigente a partir del 19 de abril de 2002, en el cual también se habían establecido las Juntas Viales Cantonales, así como las Unidades Técnicas de Gestión Vial Municipal (Artículos 9 y 13), y en el numeral 7 se estableció que las obras podían ejecutarse,*

*entre otros supuestos, por administración con equipo y personal propios. Luego, debe tenerse en cuenta que el representante de la accionada ha reiterado que la contratación mediante servicios profesionales se dio por cuanto aún no se habían aprobado las plazas respectivas. De ahí se extrae que el ente demandado acudió al procedimiento de contratación de servicios, por las dificultades para crear las plazas necesarias para asumir su trabajo normal y debe tenerse en cuenta que la prestación fue prácticamente continua desde su inicio. Al respecto, el testigo José Eduardo Barahona Umaña manifestó: “La unidad técnica administrativa pertenece a la Municipalidad, el máximo jerarca es el alcalde... Los primeros años los contratos de servicios profesionales, no se sacaron a concurso, los contratos eran de seis meses. A finales de 2004 la Contraloría exigió que los contratos se sacaran a concurso, para el presupuesto del dos mil cinco y a partir de esa fecha se siguieron sacando a concurso, para contratos anuales con la advertencia que tenían que abrirse plazas... Me acuerdo que el primer año los contratos del actor eran por períodos de tres meses, se desconocía el procedimiento porque la ley era nueva, después del segundo año se pasó a seis meses, en el dos mil cuatro, y a partir del dos mil cinco siguieron anuales, por lo que indiqué de la Contraloría. El trabajo y los contratos siempre fueron continuos, no hubo lapsos en los que nos quedáramos sin trabajo” (La negrita no está en el original. Folios 169-171). Por otra parte, llama la atención que en los contratos se hayan incluido cláusulas propias de las relaciones de orden laboral, como un horario y la posibilidad de reintegro de viáticos, al tiempo que se suplieron herramientas de trabajo, como el vehículo dispuesto para realizar las labores correspondientes al actor y a la Unidad en que laboraba. Asimismo, ha sido un hecho no controvertido que este último debía realizar sus labores en las instalaciones de la Municipalidad. Tales condiciones no son propias de una contratación por servicios, en los cuales es el contratista el que debe asumir ese tipo de obligaciones, así como los riesgos de la gestión y quien normalmente determina el tiempo que destinará a cumplir la labor encomendada, en atención al plazo que dispone*

para realizarla, así como al margen de ganancia que prevea, entre otros factores. No obstante, en el caso concreto, el demandante estuvo sujeto a un horario debidamente especificado, cual era precisamente el cumplido por los demás empleados del ente municipal. Aunado a ello, la prueba testimonial que consta en los autos confirma claramente que la relación de este con la Municipalidad fue en régimen de subordinación y no de autonomía. En efecto, los testigos fueron sumamente claros en cuanto al punto de la subordinación y sus declaraciones no dejan margen a ninguna duda sobre la forma en que el accionante se relacionó con la entidad accionada. En primer lugar, declaró el señor José Eduardo Barahona Umaña, quien manifestó: “Yo era el director de la unidad técnica, era el jefe de don Juan Picado, durante todo el período que trabajé allí. Juan ocupaba una plaza de promotor social; él trabajaba por servicios profesionales. El jefe inmediato era yo, el jefe superior de ambos era el alcalde, en ocasiones yo le daba las órdenes, en ocasiones el alcalde... yo era el que fiscalizaba si el actor llegaba... En el contrato se estipulaba que el horario era el de oficina de la Municipalidad, creo que era de siete y media a cuatro y media, la unidad técnica no salía a esa hora, en el caso del actor menos porque él se reunía con las comunidades y eso era en las tardes – noches. La unidad técnica tenía su propio vehículo... Yo era el encargado de fiscalizar el trabajo del actor, él me entrega programaciones mensuales de qué comunidades visitaba y a qué horas, y en ocasiones yo lo acompañaba...” (folios 169-171). Por su parte, el señor Gerardo Alfredo Cascante Suárez dio cuenta de que el trabajo del actor era fiscalizado por el ingeniero municipal (folios 172-173). Por último, el señor Jorge Mallit Bonilla Flores declaró: “El alcalde, le decía que hacer y la ley 8114 establece las funciones del promotor social. El alcalde y la Junta Vial verificaban el trabajo del actor, y el Ingeniero de la Unidad Técnica también. Teníamos un horario de siete y media, y a la salida no era fija... La jerarquía de mando en la unidad técnica era el alcalde, el ingeniero, asistente y promotor. El alcalde le daba órdenes al actor, yo vi al anterior Víctor Julio Cabezas y también a don Jorge Calvo darle órdenes al actor...”

(folio 174). Como se apuntó, esos elementos probatorios no permiten concluir en forma diferente de como lo hicieron los y la juzgadora de las instancias precedentes, ya que de los mismos logra extraerse, con meridiana claridad, que la entidad demandada acudió a un procedimiento de contratación administrativa de servicios profesionales, pero desvirtuó la naturaleza de los contratos al someter al actor a un régimen claro de plena subordinación, con lo cual no cabe otra conclusión sino la de que a las partes las unió un contrato de trabajo. En este punto, debe recordarse el criterio reiterado de esta Sala, en el sentido de que no resulta legítimo que la Administración Pública pretenda disfrazar la naturaleza de las relaciones jurídicas, con el fin de evadir el pago de los derechos laborales o, como en este caso, para solventar sus necesidades de personal. En ese sentido, en la sentencia número 81, de las 9:30 horas del 14 de febrero de 2007, se indicó: "...debe tomarse en consideración que el principio de legalidad al amparo del cual debe actuar la Administración (Artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública), no puede invocarse como fundamento para legitimar evidentes actos contrarios a la ley y defraudatorios de los intereses particulares. Es decir, no puede aceptarse desde ningún punto de vista que, con independencia de la realidad de las contrataciones, baste el nombre dado por la Administración a una determinada relación, para denegar a verdaderos trabajadores los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico, incluso con rango constitucional, como lo es el auxilio de cesantía; pues, por ese camino, se estaría favoreciendo el fraude a la ley, cometido por la propia Administración, la que, como se dijo, está obligada, siempre, a acatarla. En ese sentido se pronunció esta Sala en el Voto N° 669, de las 9:40 horas, del 9 de noviembre del 2001: 'Resulta importante destacar que ni en el ámbito laboral privado, ni en el público, le está permitido a los patronos desnaturalizar los contratos laborales o de servicio público, para disminuir la protección al trabajador, garantizada en la Constitución Política. En el sector público no hay ninguna autorización legal, para utilizar formas de negociación cuya verdadera finalidad sea eliminar, los

*derechos propios de una contratación de servicio público laboral. En este caso el régimen de contratación administrativa, por sí mismo, no desvirtúa la presunción de laboralidad de que se ha venido hablando; toda vez que, en la materia que nos ocupa, y en este caso concreto no interesa tanto la forma que el patrono haya querido darle al contrato, como, lo que jurídicamente resulte, al final, respecto de la naturaleza de la totalidad de lo expresamente pactado...También debe indicarse que, el Estado y sus instituciones, tienen facultades para utilizar, en su funcionamiento, institutos jurídicos diversos del 'contrato de servicio público', cuando esto no sea un mecanismo de evasión de las cargas que impone el respeto a los derechos laborales, de los servidores públicos'."*

*(En similar sentido también se pueden consultar las sentencias número 2008-697, 2008-577, 2007-666, 2004-1004)."*

De la anterior sentencia, se pueden desprender los elementos básicos de la relación laboral normal, que permiten trazar la delgada línea que separa el trabajo bajo subordinación del trabajo independiente que fue contratado con un tercero. Por otra parte, el tratar de disfrazar la relación laboral directa como una contratación independiente tiene sus consecuencias a nivel judicial.

Antes de continuar con el análisis jurídico, se presentará un resumen de las teorías de la administración que a través del tiempo han sido aplicadas en concordancia con el avance de la civilización y el desarrollo tecnológico aunado a este.

Dentro de los avances de la administración, al final del siglo pasado se desarrolló la Reingeniería, la cual, dentro del esquema productivo buscaba llevar al máximo, la eficiencia y eficacia de las organizaciones mediante el análisis de sus

operaciones y la eliminación de aquellos elementos que fuesen un lastre para el logro de los máximos resultados posibles.

Con base en los análisis realizados en la reingeniería, surgió la Tercerización u Outsourcing como una respuesta a las deficiencias que se generaban en las empresas en el logro de la maximización de sus objetivos; con esta práctica se busca sacar de la responsabilidad de la empresa las labores anexas o secundarias a su operación o actividad principal, al delegar aquellas en terceros que pueden ser personas físicas o jurídicas con personal a cargo, el cual estará fuera del área de responsabilidad subjetiva de la empresa contratante, sin embargo, esta deberá velar por el cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social atinentes a los trabajadores de las empresas contratadas ya que de acuerdo con la nueva Reforma Procesal Laboral, existe responsabilidad objetiva sobre estos trabajadores.

Dentro del marco conceptual en que se desarrolla la tercerización, en Costa Rica existen figuras que podrían estar relacionadas a ella, tales como las cooperativas y la contratación independiente, siendo esta última la que con más frecuencia ha sido elegida por las empresas para la contratación calificada y, por ende, se encuentra más ligada al trabajo tercerizado.

En Costa Rica no existe, en toda la legislación que regula la relación laboral, una clara definición acerca de la tercerización con una tenue excepción en el ya mencionado Artículo 3 del Código de Trabajo, en este se hace referencia a la contratación de terceros, situación que no es de la generalidad de las legislaciones laborales del mundo pues, al hacer una revisión general en el Derecho Comparado, el sistema cooperativo en Colombia, la contratación independiente en Chile, el

contrato de trabajador independiente en Panamá, el reglamento vigente en el Reino Unido así como la Ley de Tránsito de la Unión Europea, se puede establecer que la normativa legal ha buscado regular el outsourcing para definir los límites que esta práctica puede tener en cuanto a la relación laboral, la seguridad laboral y social relacionada con ella y cómo cubrir esas zonas grises que con esta práctica se hacen más oscuras ante la ausencia de un contrato individual de trabajo que garantice el cumplimiento de la normativa vigente.

**CAPÍTULO 2**  
**TEORÍAS DE LA ADMINISTRACIÓN**

A través de la evolución de las relaciones humanas, así como del momento histórico relacionado con el desarrollo de la administración fue necesario establecer cuál era la mejor estrategia para dirigir una empresa, ya fuera de producción o de servicios y con ello la forma de contratación del personal, así como la referencia a la normativa vigente en ese momento.

Fritz Mostern Marx definió la administración como:

*“La acción de dirección y supervisión del trabajo y del uso adecuado de los materiales y elementos para realizar el fin propuesto con el más bajo costo de energía, tiempo y dinero”.*

Esta definición se establece a partir de la organización que el ser humano hizo en tiempos pretéritos para convivir y apoyarse, en la consecución de recursos para la subsistencia mínima, al aplicar para ello, reglas básicas de administración, las cuales, al guardar las distancias, no eran muy diferentes de las que se utilizan en la actualidad.

## **2.1 Historia**

Desde los albores del hombre, a través de sus diversas especies, han existido las organizaciones sociales de manera muy burda, sin embargo, con el advenimiento del Homo Sapiens, aproximadamente 10.000 años antes de Cristo, se presentaron las primeras organizaciones, con un cierto orden social y económico, con códigos de comportamiento que fueron la base para el surgimiento de la agricultura y con ella, las prácticas de vigilancia, astucia, previsión y manejo de problemas ante las plagas, el clima y los otros grupos interesados en los bienes de cada grupo, con lo que surgen las guerras, la división de labores, el pago de tributos y la utilización de los recursos eficientemente.

Con la aparición de la religión en las civilizaciones antiguas se presenta el poder espiritual como una forma de control y dominación, utilizado por los jefes y shamanes para que el pueblo siguiera órdenes y normas de comportamiento e incluso existieron pergaminos relacionados con el cobro eficiente de tributos, como una forma de administración, por parte de los sacerdotes, encargados de recolectarlos.

El Código de Hammurabi fue una de las primeras decodificaciones de reglas e instrucciones para el manejo y administración del dinero y los recursos existentes en la antigua Babilonia.

En tiempos de la civilización egipcia existían, ante la necesidad de lidiar con más de 8.000 hombres y mujeres en la construcción de las grandes pirámides, códigos de administración que los padres legaban a los hijos, no muy diferentes a los escritos actuales acerca de manejo y administración de personal, con el propósito

de enseñar a estos, los secretos de la administración de las grandes construcciones, además, del avance que existía en cuanto a la legislación acerca de contratos, préstamos, actos mercantiles, navegación y títulos valores.

Con respecto a los hebreos, el Libro del Éxodo señala los principios de la organización administrativa al encargar Moisés a los jefes menores, la administración de las tribus de Israel en el detalle y dedicarse él, a la administración de la generalidad y los grandes problemas.

En el Oriente, las formas de administración no se quedaban atrás, los grandes emperadores chinos gobernaban bajo un férreo control y orden en el cual, la especialización de funciones, necesaria para el comercio y el desarrollo de la artesanía, fuente básica de la cultura oriental, formaron la base para la creación de ese vasto imperio.

La Polis, establecida en Grecia como ciudades estado y cada una bajo su propia administración, pero con un fin común, permitió el desarrollo de la cultura mediterránea al crear innovaciones y generar cambios en las formas de administración, incluso con el uso de la música y la poesía, en el desempeño de actividades cotidianas, lo que incentivaba psicológicamente a los trabajadores.

Más adelante, la civilización romana desarrolló una serie de códigos y normas que le permitieron organizar una población que se estima en unos 50 millones de ciudadanos, por alrededor de cuatro siglos, pero que sucumbió ante la descentralización a que debió acogerse ante la gran inmensidad de su territorio.

Con la caída del Imperio Romano, en Europa Occidental surge el feudalismo, en que la necesidad de protección se convierte en una gran necesidad. Los pequeños agricultores, a cambio de esta protección entregan sus tierras al señor feudal, el cual, delega en otros señores bajo su mando la administración de estas y de sus vasallos. La Edad del Oscurantismo, la Edad media, no proporcionó grandes avances en el área de la administración ni la legislación, sin embargo, a finales del siglo XIV, se publicaron manuales para describir el sistema contable de partida doble, utilizado hasta la actualidad, por parte de los monjes de abadía.

En el siglo XIX, con el advenimiento de la Revolución Industrial, a causa del cambio del trabajador del taller a las fábricas en Europa, lo que propicio el inicio y la formación del movimiento obrero y la rebelión del pensamiento representada por Saint Simón, Robert Owen, Fourier, establecen una gran diferencia en el desarrollo de la humanidad y su avance tecnológico.

Carlos Marx junto con Federico Engels (1818-1895) compararon el trabajo con una mercancía al señalar que "...la fuerza de trabajo es pues, una mercancía, ni más ni menos que el azúcar. Aquella se mide con el reloj, esta con la balanza...". Lo que no benefició en su momento a los trabajadores ya que las ideas que ambos autores propagaron tuvieron fuerte impacto en la cuestión laboral y la protección de los derechos de los trabajadores.

En estas épocas, se puede reflejar que las corrientes privatista que provienen de la esencia del capitalismo intentan disminuir la importancia del derecho laboral, lo que hasta la década de los sesenta y principios de los setenta, tenía una tendencia expansiva pero se detuvo, lo más grave, con afán de retroceso a causa

del modelo neoliberal que está dispuesto en la mayor parte de los países del mundo, en un afán de retroceso, a afectar, fuertemente, la protección de los derechos inherentes de los trabajadores.

De acuerdo con Ibarra, el nacimiento y el desarrollo del derecho del trabajo tiene las siguientes etapas: la heroica, que cubre la primera mitad del siglo XIX en la que se da la lucha por el reconocimiento de las libertades de coalición y asociación sindical; la de tolerancia, que se distingue por permitir la libertad de asociación pero sin reconocimiento legal y sin la obligación patronal de contratar las condiciones de trabajo con los sindicatos; la segunda otorga el derecho a suspender el trabajo pero no parar las actividades de la empresa ya que la huelga constituía un ilícito civil, sancionada con la rescisión de los denominados contratos de arrendamiento de servicios; y la tercera, conocida como de reconocimiento por la legislación ordinaria de las instituciones y principios fundamentales del derecho del trabajo, su rasgo de distinción es la aparición de leyes de contenido laboral. Por otra parte, a lo largo de la historia, el ser humano ha dependido de otros sujetos para desarrollar ciertas actividades de acuerdo con sus capacidades, surgiendo el trabajo esclavo, que persiste aun en nuestros días a pesar del esfuerzo de la humanidad por erradicarlo. Todos los días surgen noticias referentes a este tema. Por otra parte, desde tiempos inmemoriales, el trabajo voluntario, a través de la historia ha ido evolucionando hasta nuestros días, en que la concepción básica del trabajo se fundamenta en el Contrato de Trabajo y sus implicaciones a nivel jurídico y social, sin embargo, con la evolución de la globalización han surgido otras formas de contratación que se alejan, unas más otras menos de este contrato original.

Durante el siglo XIX, desde el punto de vista de los patronos, surgen teorías acerca de la administración propuestas por pensadores como James Steuart y Adam Smith, enfocadas en los principios de la ganancia máxima

## **2.2 Teorías Clásicas de la Administración**

### **2.2.1 Teoría de la Administración Científica**

A finales del siglo XVIII, con la resolución de los problemas nacidos de la Revolución Industrial, surge esta teoría, una de las primeras de la época moderna, propuesta por Frederick Taylor, afirma que el propósito principal de la administración es el asegurar el máximo de rendimientos al patrono, así como el máximo de beneficios al trabajador.

Ese máximo rendimiento financiero, para el patrono, significa el logro de altos niveles de eficiencia y productividad, adicionalmente, sostiene que al trabajador no se le debe recargar el trabajo, al contrario, sobre la base de esta teoría, el trabajador y el empleador no son contendientes, ya que el logro de los beneficios para el patrono es el resultado de la satisfacción alcanzada por el trabajador en el desempeño de sus funciones. Existen tres principios que sostienen esta teoría, estos son:

- Creación de una verdadera ciencia con la eliminación de las prácticas artesanales y empíricas al fundamentar, todas las tareas, en principios matemáticos.
- Criterios de selección basados en fundamentos científicos y una vez escogido el personal, brindarle la capacitación, con base en curvas de entrenamiento.
- El desarrollo de métodos científicos de capacitación para ser seguidos, por los trabajadores, durante su entrenamiento, acorde al potencial del operario.

Las propuestas desarrolladas por Taylor se adelantaron a su época, al tomar las experiencias anteriores y establecer reglas y directrices por seguir, al permitir la duplicación de la productividad y con ello, un incremento en los beneficios obtenidos por el empleador.

### **2.2.2 Teoría General de la Administración:**

Esta teoría fue desarrollada por Henry Fayol y presentada en su libro “Administración Industrial y General”. Se basaba en los siguientes principios:

- División del trabajo
- Autoridad, responsabilidad y disciplina: impartir órdenes razonables que deben ser cumplidas.
- Centralización de la dirección, una sola.
- El interés de la organización prima sobre el interés individual.
- Remuneración por la labor realizada.
- Existe una jerarquía: jefes, subjefes.
- Existe el orden y la equidad con justicia.
- Trabajo estable con la posibilidad de aprender, paulatinamente, la función asignada.
- Existencia de un ambiente sano y con compañerismo.

Según Fayol, existen tres elementos básicos para el buen desempeño de la función administrativa, a saber:

- La previsión: las metas deben estar claramente definidas con un plan de acción para su logro.
- Cronograma de actividades: la organización del trabajo permite el logro de las metas propuestas de manera eficaz.

- Con la prevención surge la planificación y con ella, el abastecimiento oportuno de herramientas, materia prima, capital y personal creando un funcionamiento eficiente.

## **2.3 Teoría Humanista de la Administración**

### ***De las Relaciones Humanas***

Una corriente diferente de Administración surge en Estados Unidos, cuyo principal exponente es Elton Mayo, al demostrarse que la integración social de los trabajadores crea, eficiencia laboral, al ser tratados como personas y no como máquinas, mediante la comunicación oportuna y su importancia en el logro de las metas como grupo de trabajo.

La creación de sindicatos dentro de las empresas se convierte en una práctica común para la estructuración de reglas y prácticas sociales basadas, en el principio, de que se es más eficiente cuando se es tenido en cuenta.

## **2.4 Teoría Neoclásica de la Administración**

### ***Administración por objetivos***

Al surgir el conflicto entre los fines de la empresa y los medios para alcanzar estos fines, a través de la obtención de buenos resultados y el mantenimiento del ambiente social en que se desenvuelve. También, surge esta teoría la cual busca el buen funcionamiento y la eficiencia en la coordinación de la jerarquía dentro de la estructura de la organización estableciendo, de manera clara, las metas esperadas por sus miembros al establecer la proporción de cumplimiento de las metas mediante el análisis de los resultados. Esta teoría se orienta más hacia los mandos medios y altos, en los niveles administrativo y profesional.

Algunos de sus beneficios son:

- Definición de metas comunes.
- Definición de áreas de responsabilidad.
- Se establecen métodos para la evaluación del desempeño y los aportes profesionales.
- Establece parámetros para evaluar que empleados deben ser promocionados.
- No enmarca a los profesionales dentro de un código de disciplina permitiéndoles así, su libre desarrollo profesional.

George Odiorne lo define como:

*“Proceso por medio del cual los administradores superiores y subordinados de una organización, conjuntamente identifican sus metas comunes, definen las áreas principales*

*de responsabilidad de cada individuo en términos de los resultados que de él se esperan y emplean estas medidas como guías para el manejo de la unidad y para evaluar la contribución de cada uno de sus miembros”.*

Los objetivos, definidos por la dirección de las empresas, son las metas buscadas por estos y sus subalternos. La comunicación es fundamental para el logro de estas mediante un plan de objetivos que establezca las actuaciones de la organización como unidad y actúen en consecuencia. Además, el conocimiento de los resultados que se esperan de cada uno de los miembros es muy importante para el resultado final.

El análisis de los resultados por el mismo empleado le proporciona la ventaja de verificar su productividad, comparando esta contra un plan de incentivos establecido, tanto económicos como no económicos como el reconocimiento y el triunfo.

Existe una escala para la evaluación y medición de los resultados en la cual se describen las cualidades requeridas para los puestos de administración y de asesoría técnica.

## **2.5 Teoría Cuantitativa (Matemática) de la Administración**

Basada en la Administración Científica, requiere un análisis matemático complejo en que multitud de elementos relacionados son analizados, mediante modelos matemáticos que evalúan las diversas opciones que se pueden presentar al desarrollar una actividad, para cuantificar y calcular las operaciones, permitiendo, una vez evaluadas las opciones, que, basado en el conocimiento, se tome el mejor plan de acción.

Es una teoría muy poderosa si se emplea adecuadamente, dándole un excelente desempeño al administrador que la utiliza correctamente, luego de una amplia investigación de las operaciones de la empresa, con la aplicación de la lógica matemática y el uso del método científico para la resolución de los problemas de la administración.

## 2.6 Reingeniería

La reingeniería es una teoría que nació en la década de los años 90, desarrollada por Michael Hammer, el cual planteó, luego de analizar varias empresas que, luego de ser exitosas, decayeron, rápidamente, como fue el caso de IBM y FORD.

Su análisis se trajo abajo la teoría de Adam Smith, la cual, para la coyuntura histórica en que surgió, funcionó bien pero que con su alambicado sistema burocrático terminó por entorpecer la gestión de las empresas, provocando el efecto contrario en cuanto al aumento de personal y complejidad de las operaciones. También, afirma Hammer que se hace necesaria una revisión de las viejas formas de administración y el cambio en las circunstancias actuales, ante el avance de la tecnología, así como la globalización, hacen impredecible el mercado, los clientes, la demanda, ....

Los mercados ya no son masivos, la especialidad y personalización de los productos conlleva una revisión del modelo productivo y plantea, su nuevo modelo de reingeniería definiéndolo así:

*“La revisión fundamental y el rediseño radical de procesos para alcanzar mejoras espectaculares en medidas críticas y contemporáneas de rendimiento, tales como costos, calidad, servicio y rapidez.”*

Y para los empresarios, la Reingeniería es parte de una pregunta clave la cual es: “¿Por qué hacemos lo que estamos haciendo?”, generando toda clase de acciones para reiniciar de cero. Los procesos y la administración no son parches, no son ajustes, son un rediseño total para evitar “hacer menos con menos sino hacer más con menos”.

El iniciar de cero es la meta propuesta con esta teoría, y el adaptarse al cambio provoca que deba existir variedad en los productos pensando en la personalización hacia el cliente, con ello, la responsabilidad del empleado se hace más patente y el diseño de controles se demuestra, únicamente, si se hacen necesarios y responden a una necesidad económica que se pueda justificar.

El compromiso de un líder dentro de la empresa que convenza a los demás ejecutivos y trabajadores de la necesidad de adaptarse al cambio y que trabaje a la par de un experto en reingeniería es la clave del éxito de esta teoría, la cual pregona el arranque desde cero y un nuevo desarrollo al aprovechar las capacidades y aptitudes de todos los miembros de la empresa.

**CAPÍTULO 3**  
**TEORÍAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL DERECHO**  
**LABORAL**

El Derecho Laboral surge y tiene como finalidad, la regulación de las relaciones entre el patrono y el trabajador, siendo este último la parte débil de dicha relación. A partir de la defensa del trabajador es que nace el carácter tuitivo de esta disciplina.

Con la revolución industrial del siglo XVIII, se lograron grandes aumentos en los volúmenes de producción que dieron un fuerte impulso al comercio y a la contratación masiva de obreros bajo condiciones de trabajo totalmente inhumanas, favorables, únicamente, al patrono. Sin embargo, con el surgimiento de las teorías socialistas y un enfoque más humano de la relación laboral, que promovió avances a través de los años que han desembocado en la creación de normas y de tribunales que garantizan jornadas de trabajo razonables, mejores condiciones de higiene y seguridad en los lugares de trabajo, horarios especiales para los menores y las mujeres, un salario mínimo y otros beneficios laborales, es decir, la regulación laboral y las garantías de que se disfruta hoy en día.

Francisco Alemán Páez afirma que el Derecho de Trabajo clásico nace como respuesta a un claro conflicto de intereses entre patronos y trabajadores que requiere la intervención estatal que representa una “*superestructura jurídica tuitiva*” que busca proteger la parte débil de la relación mediante la construcción de principios básicos como el principio “*pro-operario, norma mínima o condición más beneficiosa*”.

El Derecho, como ciencia social, es un fenómeno que se adapta a las condiciones sociales y económicas de la época en desarrollo y es por ello que busca la equidad, además, el desarrollo de las diferentes teorías de la administración para la aplicación de diversos métodos “científicos” en busca de la mayor productividad

y eficiencia, provocan la contratación de grandes volúmenes de trabajadores y el análisis del costo beneficio resultante de dicha contratación. Como ejemplo emblemático de esta condición se tiene el modelo de la “era fordista”, en que el éxito de Ford Motor Co. Ltd. en Estados Unidos, llevó a otras empresas a imitarla, asumiendo el diseño, producción, mercadeo y comercialización de sus productos. El alto nivel de contratación era la regla, los métodos de control eran parte del éxito de esta y cada día eran más complejos, llevando a la empresa a una crisis.

Al iniciar un proceso de Reingeniería, ante la caída vertiginosa de las ganancias de esta compañía en los últimos años, y con el avance de este, Ford pudo determinar la necesidad de reducir considerablemente su personal y tomó la decisión de subcontratar algunas de las operaciones que por tradición se manejaban al interior de la empresa.

Esta tendencia a la subcontratación de las actividades que no constituyen el objeto central de la empresa ha afectado, fuertemente, la contratación de empleados directos, sujetos a un contrato de trabajo individual y con ello, todas aquellas garantías establecidas por ley, a pesar de que esta es una tendencia surgida al tenor de las nuevas teorías de la administración y las exigencias de la economía.

*“El derecho del trabajo no tiene sentido aisladamente considerado de la economía. ¿Puede subsistir solo si existe una economía capaz de garantizar las condiciones de vida de los trabajadores, de protegerles de la destrucción, de sustraer el derecho del trabajo a las vicisitudes de una economía desordenada [...] Qué sentido tiene el derecho del trabajo si se presenta fundamentalmente como el derecho de una élite de trabajadores que tiene la*

*fortuna de trabajar, cuando junto a él existe un cementerio económico de paro estructural? Este discurso que por vigencia bien pudiera corresponder a la reflexión más actual, era pronunciado, sin embargo, nada menos que en 1933, por Hugo Sinheimer, cabeza de la escuela iusnaturalista socialdemócrata de la Alemania Weimariana, cuando Europa conocía ya las graves consecuencias de la crisis de 1929'. Vid. H. Sinheimer, 'Die Krisis des Arbeitsrechts', 1933, pp 1 ss; trad italiana en AA.VV., Laboratorio Weimarr. Conflictti e diritto del Lavoro nella Germaniia prenazistica, Edizioni Lavoro, Roma, 1982, pp 85-86".*

## **CAPÍTULO 4**

# **OUTSOURCING (TERCERIZACIÓN)**

## 4.1 Descripción

En la actualidad, ante el avance de la globalización y la tecnología, el Outsourcing ha ido ganando terreno dentro de las empresas a través de la Reingeniería, ya que, con la cual, como se vio anteriormente, se buscan hacer más eficientes los procesos de estas.

Esta práctica de contratar otras empresas para que realicen los procesos secundarios de la misma permite a las empresas concentrarse en el objeto principal de su actividad, dejando a otras especializadas en tareas específicas, desarrollarlas.

En el proceso de contratación de terceros, se requiere un diagnóstico profundo de la situación de la empresa, con sistemas de medición de resultados confiables, que le permitan obtener la información certera para encontrar las áreas que están siendo improductivas en sí mismas o hacen improductiva a la empresa.

Una vez diagnosticadas estas áreas, se toma la decisión de segregar las actividades que forman parte de la función estratégica de la empresa, para analizarlas y conseguir su productividad, así como, establecer cuáles serán dadas por contrato, a terceros, para su ejecución. José Raúl Pérez ha definido la tercerización de la siguiente forma: *“Es la transferencia de parte del trabajo de una empresa a otra externa mediante un contrato de servicios. Es la contratación a largo plazo de procesos de un proveedor externo para conseguir mayor efectividad... se trata de un crecimiento basado en la capacidad de concentrarse en aquellas áreas que contribuyen de manera directa al éxito de la compañía, a fin de que ésta sea*

*reconocida en los mercados y ofrezca productos y servicios con sello de excelencia.”*

Una vez hecho ese diagnóstico, las actividades que son principales se mantendrán dentro de la empresa y las que no serán dadas a terceros para su desarrollo.

En el libro Outsourcing, Brian Rothery hace una explicación de la diferencia entre las palabras en inglés outsourcing y outsource, señala él que la primera se define como: “la acción de recurrir a una agencia exterior para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de la compañía y que a la segunda le corresponde la definición de servicio exterior a la compañía y que actúa como una extensión de los negocios de esta, pero que es responsable de su propia administración”

El creciente uso de la tercerización, en el ámbito de la gestión empresarial, es un hecho que se explica por el avance de la tecnología y la especialización. Cada vez, con mayor convicción e interés, se extiende la idea de que a las empresas les conviene delegar a Intermediarios ciertas partes de su actividad y con ello se logran ventajas en cuanto a ahorros en inversión de capital, una especialización en determinadas actividades no relacionadas con su actividad principal y con eso, menores costos de producción.

La tercerización se ha difundido, fuertemente, en el ámbito empresarial, en una gran gama de servicios que permiten esta descentralización productiva, convirtiéndose en una tendencia global, motivada principalmente en razones económicas, entre las cuales se pueden mencionar la reducción de personal y la baja en los costos fijos de la empresa principal, además del aumento de rentabilidad

y la flexibilización de su funcionamiento, lo cual, a su vez, obliga a plantear cuáles pueden ser los efectos jurídicos relacionados y sus consecuencias, para los trabajadores de las empresas que se hacen cargo de esa parte descentralizada de la producción de la empresa usuaria.

Esta práctica también es conocida en doctrina como outsourcing, figura que es definida por Juan Razo Delgué como “la transferencia al externo de la empresa de etapas de la gestión y de la producción, reteniendo ésta el control sobre las mismas”.

Ben Schneider, señala que “se requiere de una herramienta de gestión a través de la cual una organización pueda optar por concentrarse únicamente en su core business (actividad distintiva o principal) y no tomar parte en procesos importantes, pero no inherentes a su actividad distintiva. Para estos otros procesos existe la posibilidad de contratar a un proveedor de servicios especializados y eficientes que a la larga se conviertan en un valioso socio de negocios. En eso consiste el outsourcing”.

Una de las consecuencias de la tercerización es, claro está, la reducción de la planilla de las empresas al entregar parte de sus actividades a un tercero, los altos costos laborales aunados a disminución de la productividad han provocado que las empresas costarricenses busquen este modelo como una alternativa para obtener mejores ganancias, mediante la reducción de costos a mediano plazo ante la innovación que presentan en sus tecnologías los terceros especializados. Esta claro que las empresas deben aplicar cierta cautela al crear una dependencia de actividades ligada a terceros, lo cual demanda una gran flexibilidad de planes de

contingencia ante el incumplimiento de estos y es aquí, donde el diagnóstico inicial cobra relevancia para identificar las actividades que hacen exitosa a la empresa y que le permiten ganar espacio en el mercado ante una ventaja comparativa importante, un error en ese diagnóstico tendría consecuencias catastróficas. “Lo más difícil es identificar las competencias críticas de la empresa, los procesos que hacen única a la organización en el mercado. Muchas de las tareas en las que las empresas gastan más recursos y esfuerzos no tienen que ver realmente con la línea central del negocio”.

Existen laudos que han entrado a analizar esta figura y que permiten visualizar sus efectos, a continuación se presenta un extracto de uno de ellos en Colombia:

*“Teniendo en cuenta que la búsqueda de una mayor eficiencia y menores costos provoca con ellos una mejor racionalización de los riesgos propios de su gestión empresarial, aprovechando la especialización de una fuente externa que le permite concentrar sus recursos en aquello que es de la esencia de la empresa y que han recibido entre nosotros la denominación anglosajona de outsourcing. Constituye la delegación de actividades no esenciales o propias de una empresa en otras empresas independientes que poseen su propia organización y su propio establecimiento especializado en la prestación de un servicio particular...”*

Actualmente, en los Estados Unidos, se están dando a terceros, áreas que hasta hace un quinquenio eran consideradas principales dentro de las empresas específicas, y lo que entonces se busca realmente, es la disminución de costos para obtener la mayor utilidad, a través de los siguientes pasos:

1. *Definir la Alta Gerencia, junto con sus asesores qué áreas no generan valor para la empresa y tomar la decisión de eliminarlas, y reemplazarlas con los servicios de un tercero.*
2. *Definir en el contrato exactamente plazos, modalidades, tiempos, calidades y demás. Los contratos, se aconseja, ojalá sean cuando menos a cinco años.*
3. *Permitir que la empresa contratante supervise a la contratada en sus oficinas. Es decir, que ejerza auditoría con el tercero, aun revisando sus libros de contabilidad si es necesario. Esta es una cuestión de recíproca confianza. Si la confianza no existe, es mejor abstenerse.”*

## 4.2 Definición y Naturaleza Jurídica

Bryan Rothery en el libro Outsourcing presenta una definición que le facilitó Ferry de Kraker, para esa obra, en la cual se pueden ver los elementos presentes en la descripción anterior:

*“Outsourcing significa realmente encontrar nuevos proveedores, y nuevas formas de asegurar la entrega de materias primas, Artículos, componentes y servicios. Significa utilizar el conocimiento, la experiencia y la creatividad de nuevos proveedores a los que anteriormente no se recurría.”*

Miguel Pérez García lo define como:

*“...la acción de acudir a una agencia exterior para ordenar una función que anteriormente se realizaba dentro de una compañía, la cual en definitiva contrata un servicio o producto final sin que tenga responsabilidad alguna en la administración o manejo de la prestación del servicio, la cual actúa con plena autonomía e independencia para atender diversos usuarios.”*

Ante esta nueva forma de contratación, en cuanto a la desconcentración de funciones al interior de la empresa, se hace necesaria una acción y respuesta por parte del Derecho, para su regulación específica.

Las empresas de gestión de bienes y servicios y en alguna medida las cooperativas, son figuras jurídicas con características especiales que pueden constituir herramientas idóneas, pues se configuran con personal que parte desde un nivel educativo básico hasta personal, altamente, calificado.

El tema del Outsourcing es, en algunos casos y dependiendo del punto de vista de los tratadistas, analizado como un contrato, aunque hay otros tratadistas que

señalan que ni siquiera debe ser analizado desde el punto de vista de los contratos atípicos, pues el contrato es en sí, una herramienta para poner en marcha esta figura.

La función económica del contrato está dada por la necesidad económica, social o jurídica que se pretenda satisfacer y es por ello, que el contrato de prestación de servicios se ajusta jurídicamente al movimiento hacia una figura de contrato civil más que laboral. Bien lo define Alexander Godínez Vargas de la siguiente manera:

1. **Es consensual:** lo cual significa que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes quedando estas, por tanto, obligadas a todos los efectos derivados del contrato desde el momento mismo en que consintieron en obligarse y pudiendo serle a ambos sujetos exigidos desde entonces sus respectivas prestaciones.

2. **Tiene carácter sinalagmático:** dado que el mismo procede de dos partes.

3. **Es oneroso:** nota esta que supone que cada una de las partes experimenta un sacrificio (representado por la prestación que se cumple), al cual corresponde una ventaja. Normalmente, se entiende que la onerosidad determina un equilibrio o equivalencia entre prestación y contraprestación, si bien debe tenerse en cuenta que dicha equivalencia es suficiente con que sea subjetiva, aun cuando pueda existir un desequilibrio objetivo, problema que correspondería a la justicia intrínseca de la relación en sí.

4. **Es conmutativo:** las prestaciones que se deben las partes son inmediatamente ciertas, de manera que cada una de ellas pueda apreciar, en el momento mismo en que el contrato se perfecciona, el beneficio o pérdida que este pueda causarles.

**5. Es un contrato de ejecución continuada o periódica:** en cuyo carácter el dilatarse en el cumplimiento que cierta duración es condición para que el contrato produzca el efecto querido por las partes y satisfaga la necesidad que les indujo a contratar. A su vez, y dentro de los de esta categoría, el trabajo pertenece a los denominados de tracto sucesivo, es decir, aquellos en los que la prestación, siendo única, se realiza sin interrupción.

**6. Tiene carácter principal:** en cuanto puede existir por sí mismo, sin depender ni lógica ni jurídicamente de otro.

**7. Es un contrato de naturaleza personal:** en su realización y patrimonial en su contenido, con obligaciones no estrictamente de este último carácter.

En igual sentido, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha analizado las características anteriores de los contratos, de la siguiente manera:

*“(...)ya que éstos se caracterizan por ser: bilaterales, ya que engendra obligaciones para ambas; oneroso, en el sentido de que cada parte aspira a, y obtiene, una ventaja de la prestación de la otra; conmutativos, en el sentido de que cada parte representa la realidad de su propia prestación y la de la otra como ciertas al tiempo de contratar; y sinalagmáticos, en sentido funcional, esto es, busca una correspondencia, paridad o equivalencia entre los deberes jurídicos básicos recíprocos de las partes para realizar la idea de un equilibrio aproximado entre prestación y contraprestación; concluyéndose por ende, que sí existió un vínculo entre las partes en conflicto, y que éste fue de naturaleza laboral, como supra se indicó. Se pueden indicar también que estos contratos de trabajo no asumen una obligación de dar sino de hacer; que la prestación se hace por cuenta ajena (ajenidad); que dicha prestación es de carácter continuado; y que el servicio tiene una naturaleza dependiente o*

*de subordinación del trabajador al poder de dirección del patrono. Bajo esta inteligencia y habiendo demostrado la parte accionante, que el vínculo que lo unió a la sociedad demandada es de tipo laboral, debe rechazarse el agravio de la parte demandada por improcedente.”*

De lo señalado por la Sala Segunda en la nota anterior, se puede inferir que esta relación laboral se conforma a partir de cuatro características básicas, las cuales son la subordinación, la prestación de servicio, la respectiva remuneración y la ajenidad y según el Código de Trabajo, se define el contrato de trabajo como ya se mencionó con anterioridad y dentro de este contrato de trabajo, se define el salario, según el Artículo 24, inciso f, del mismo cuerpo normativo como:

**Artículo 24-f:** *“El sueldo, salario, jornal o participación que habrá de percibir el trabajador; si se debe calcular por unidad de tiempo, por unidad de obra o de alguna otra manera, y la forma, período y lugar del pago.*

*En los contratos en que se estipule que el salario se pagará por unidad de obra, además de especificarse la naturaleza de ésta, se hará constar la cantidad y calidad de material, el estado de la herramienta y útiles que el patrono, en su caso, proporcione para ejecutar la obra, y el tiempo por el que los pondrá a disposición del trabajador, así como la retribución correspondiente, sin que el patrono pueda exigir del mismo cantidad alguna por concepto del desgaste natural que sufra la herramienta, como consecuencia del trabajo.”*

Por último, con referencia a llevar control y realizar declaraciones de los salarios de los trabajadores a su cargo, se establece la siguiente regulación para el patrono, siempre dentro del Código de Trabajo:

**Artículo 176:** *“Todo patrono que ocupe permanentemente a diez o más trabajadores deberá llevar un libro de Salarios autorizado y sellado por la Oficina de Salarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que se encargará de suministrar modelos y normas para su debida impresión.*

*Todo patrono que ocupe permanentemente a tres o más trabajadores, sin llegar al límite de diez, está obligado a llevar planillas de conformidad con los modelos adoptados por la Caja Costarricense de Seguro Social o el Instituto Nacional de Seguros.”*

A tenor de los Artículos anteriores, se desprende que el salario es un derecho irrenunciable y se tiene la obligatoriedad de reportarlo al sistema social, no obstante, de los cuatro elementos, ya mencionados, que integran la relación laboral, a saber, la ajenidad, la subordinación, la prestación de un servicio y la remuneración, a pesar que este patrono sea un Intermediario, la empresa que contrata estos servicios, debe velar por que no se dé la práctica de distorsionar la remuneración, mediante un acuerdo aceptado tanto por el trabajador como por el patrono y es aquel en que el Intermediario y el Trabajador pactan una remuneración total que será cancelada al trabajador de dos maneras:

Una parte de esa remuneración será reportada a los entes de Seguridad Social y Fiscal, por parte del Departamento de Contabilidad de la empresa, al recibir el trabajador, su comprobante de derechos laborales sobre esta porción.

Una segunda parte, sería pagada de forma directa o mediante depósito a su cuenta o cheque a nombre del trabajador, sin ser reportado a las entidades antes

mencionadas y sin constar dentro de los reportes hechos a los sistemas de seguridad social.

La obligatoriedad de reportar la totalidad del salario está definida según el Artículo 69 del Código de Trabajo, el cual reza:

**Artículo 69.** *Fuera de las contenidas en otros Artículos de este Código, en sus Reglamentos y en sus leyes supletorias o conexas, son obligaciones de los patronos:*

*a. Enviar dentro de los primeros quince días de los meses de enero y julio de cada año al Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social (\*) directamente o por medio de las autoridades de trabajo o políticas del lugar donde se encuentre su negocio, industria o empresa, un informe que por lo menos deberá contener:*

*(Nota: Mediante el Artículo 1° de la ley N° 212 de 8 de octubre de 1948, se ordena suspender la obligación a cargo de los patronos estipulada en el inciso anterior)*

*(\*)El nombre del Ministerio fue así reformado por Ley No. 5089 de 18 de octubre de 1972 ).*

*1. Egresos totales que hubiere tenido por concepto de salarios durante el semestre anterior, con la debida separación de las salidas por trabajos ordinarios y extraordinarios, y*

*2. Nombre y apellido de sus trabajadores, con expresión de la edad aproximada, nacionalidad, sexo, ocupación y número de días que hubiere trabajado cada uno junto con el salario que individualmente les haya correspondido durante ese período, excepto en cuanto a los trabajadores que ocasionalmente se utilicen en las explotaciones agrícolas para la recolección de cosechas, paleas, macheteas y demás trabajos agrícolas que no tengan carácter permanente.*

*(Así reformado el aparte anterior por el Artículo 1º de la ley N° 25 de 17 de noviembre de 1944)*

*En caso de renuencia en el suministro de dichos datos, el patrono será sancionado con multa de cincuenta a cien colones; y si se tratare de adulteración maliciosa de los mismos, las autoridades represivas le impondrán la pena que expresa el Artículo 426 del Código Penal. Esta disposición no comprende al servicio doméstico;”*

La referencia que se hace al Artículo 426 del Código Penal, como objeto de contravención, quedó eliminada mediante la Ley N° 8250 del 2 de mayo de 2002, que reforma, integralmente, el Libro Tercero de las Contravenciones de dicho cuerpo normativo según consulta realizada en el Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Con la Reforma del Código Procesal Laboral, se modifica el articulado del Título Séptimo referente a las infracciones a las leyes de trabajo y sus sanciones, Artículos 396 a 403 del Código de Trabajo, así mismo también se modifica el articulado del Capítulo Decimoquinto, el juzgamiento de las infracciones a las leyes de trabajo y de previsión social, Artículos 669 al 681 del mismo cuerpo normativo, y en el Artículo 669 se declara la naturaleza sancionatoria laboral de las infracciones.

**Artículo 669.** *El procedimiento para juzgar las infracciones contra las leyes de trabajo y de previsión social tendrá naturaleza sancionatoria laboral y deberá iniciarse mediante acusación. Están legitimados para accionar las personas o instituciones públicas perjudicadas, las organizaciones de protección de las personas trabajadoras y sindicales, y las autoridades de la Dirección Nacional de Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.*

*Cuando los particulares o cualquier autoridad sean conocedores de eventuales infracciones a dichas leyes, lo pondrán a conocimiento de las instituciones afectadas y de las citadas autoridades, para lo que proceda.*

*La autoridad judicial que hubiera hecho una denuncia tendrá impedimento para conocer de la causa que pueda llegar a establecerse.*

*Tienen obligación de acusar, sin que por ello incurran en responsabilidad de ningún tipo, las autoridades administrativas de trabajo que en el ejercicio de sus funciones tuvieran conocimiento de alguna de dichas infracciones.*

*El acusador se tendrá como parte en el proceso, para todos los efectos.*

*Únicamente para las autoridades administrativas de trabajo será necesario agotar los procedimientos de inspección administrativos, para interponer la respectiva acción ante el tribunal de trabajo competente.*

Sin embargo, no deja excluidas las posibles sanciones que se puedan dar a la vista del ordenamiento jurídico común, según refiere el segundo párrafo del Artículo 338, al menos para las organizaciones sociales:

**Artículo 338.** *Las únicas penas que se impondrán a las organizaciones sociales son la de multa, siempre que de conformidad con el presente Código se hagan acreedoras a ella, y la de disolución, en los casos expresamente señalados en ese Título.*

*No obstante, sus directores serán responsables conforme a las leyes de trabajo y a las de orden común de todas las infracciones o abusos que cometan en el desempeño de sus cargos.*

Como se menciona en párrafos anteriores, existen prácticas que distraen parte de la remuneración, para evitar el reporte de estas a las entidades de interés social, estas formas irregulares de remuneración se alejan de la normativa vigente y afectan el salario tanto como garantía constitucional en el Artículo 57 de la Constitución de La República de Costa Rica.

**Artículo 57.** *Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia.*

*Todo lo relativo a la fijación de salarios mínimos estará a cargo del organismo técnico que la ley determine.*

Además, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala respecto a lo que es el salario:

### **Salarios**

*Los salarios son un componente fundamental de las condiciones de trabajo y empleo en las empresas. Dado que se trata de un costo para los empleadores y de la principal fuente de ingresos de los trabajadores, los salarios pueden ser objeto de conflictos y se han convertido en uno de los principales temas de las negociaciones colectivas en todo el mundo. Al mismo tiempo, los salarios pueden causar situaciones de discriminación y privación si no se le garantiza a los trabajadores un nivel mínimo que sea digno. Desde el punto de vista de la economía, los salarios son parte importante de los costos laborales y son una variable esencial para la competitividad de las empresas que requiere ser analizada, también en su relación con otros factores como el empleo, la productividad y la inversión. Por estos motivos los Estados, junto con representantes de empleadores y trabajadores, han*

*reconsiderado sus políticas salariales y han realizado importantes reformas o han evaluado nuevas estrategias, para lo cual se ha pedido apoyo a la OIT.*

Con base en los párrafos anteriores, al hacer una contratación tercerizada, sin sustento legal, se deja al trabajador y a sus dependientes en una posición de desventaja, al limitar los beneficios de atención social y posibles subvenciones salariales, así como con respecto al monto de su pensión, afectando, además, a las entidades sociales que deben captar recursos para el sostenimiento de los regímenes de salud y seguridad social, tal y como se señala en la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social y las entidades que captan impuestos para el desarrollo nacional, como es el caso del pago de la renta. Para tener un panorama más claro en cuanto a responsabilidad por el no pago de las cuotas obrero-patronales se analiza la siguiente sentencia de la Sala Segunda:

*Relación laboral: Existencia en caso de ingeniera civil del Área de Conservación Vial del CONAVI contratada mediante licitación pública [Sala Segunda de la Corte] Voto de mayoría*

*“IV.- SOBRE LA LEGITIMACIÓN PASIVA DEL ESTADO: El procurador aduce que a su representado no le asiste legitimación pasiva en este caso, porque el CONAVI cuenta con personalidad jurídica suficiente para enfrentar el proceso. Este tema ya ha sido objeto de análisis por parte de esta Sala y ha concluido que al Estado le asiste legitimación junto con el CONAVI, dado que se trata de un órgano desconcentrado, con personalidad jurídica instrumental y presupuestaria, mas no plena, por lo que nada impide que el Estado también pueda ser codemandado, sin que se adviertan razones que permitan variar ese criterio. En ese sentido, en la sentencia 338, de las 9:53 horas del 15 de abril de 2011, se explicó: “El agravio de que a su representado no le asiste legitimación pasiva no es procedente. El Consejo Nacional de Vialidad es solo un órgano desconcentrado adscrito al Ministerio de*

*Obras Públicas y Transportes, con personalidad jurídica instrumental y presupuestaria con independencia funcional en cuanto a su especialidad técnica y presupuestaria. En consecuencia, como parte del Estado, está también legitimado pasivamente para sostener cualquier reclamación derivada de las actuaciones de aquel órgano, con el cual debe entenderse obligado solidario, pues fue creado precisamente para realizar funciones que le son propias, con la idea nada más de una mayor eficacia derivada de la especialización en la función y esto es así con independencia de que el Conavi también pueda ser considerado como legitimado para sostener el proceso en razón de la personalidad que ostenta, la cual le confiere cierto grado de independencia y el manejo de recursos públicos que le han sido asignados por ley. De ahí que se cumpla respecto del Estado el presupuesto de fondo de la legitimación pasiva, razón por la que se debe denegar el agravio del recurrente en cuanto a la falta de esa legitimación". Asimismo, sobre este tema, en la sentencia número 467, de las 9:55 horas del 30 de mayo de 2012, se resolvió: "... nótese que el Consejo Nacional de Vialidad es solo un órgano desconcentrado adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, con personalidad jurídica instrumental y presupuestaria y, con independencia funcional en cuanto a su especialidad técnica y presupuestaria. En consecuencia, como parte del Estado, éste también se encuentra legitimado pasivamente para sostener cualquier reclamación derivada de las actuaciones de aquel órgano (creado precisamente para realizar funciones que le son propias, con la idea nada más de una mayor eficacia derivada de la especialización en la función, quien puede considerarse legitimado para sostener el proceso en razón de la personalidad que ostenta, la cual le confiere cierto grado de independencia y el manejo de recursos públicos que le han sido asignados por ley), con el cual debe entenderse obligado solidario. Conforme a lo expuesto, se cumple respecto del Estado el presupuesto de fondo de la legitimación pasiva, razón por la que se debe denegar el agravio de la recurrente en cuanto a la falta de esa legitimación (en relación con el tema debe atenderse a lo resuelto por esta*

*Sala en la sentencia n° 338 de las 9:53 horas, del 15 de abril de 2011; 106 de las 9:30 horas, del 10 de febrero y 127 de las 10:10 horas, del 15 de febrero, ambas de 2012)”. V. -*

*SOBRE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN ENTRE LAS PARTES: El tema básico discutido en este asunto se centra en la naturaleza jurídica de la relación que ligó a la actora y al Consejo Nacional de Vialidad; consecuentemente, con esa premisa deberá determinarse si los integrantes del tribunal incurrieron o no en los supuestos errores de valoración acusados por la representación estatal, a efecto de determinar si, efectivamente, en el caso bajo examen existió una relación de trabajo en los términos que lo resolvió el órgano de alzada y en contraposición al criterio de la parte impugnante. Al respecto, el elemento de la prestación personal logró acreditarse, toda vez que quedó claro que la accionante fue contratada para realizar labores de Ingeniera de Conservación Vial del Área de Conservación Vial del Conavi (véase Contrato de Servicios Profesionales de Consultoría para efectuar las labores de Ingeniero de Conservación Vial de los proyectos del Consejo Nacional de Vialidad. Licitación Pública n° 11-2002, entre el Consejo Nacional de Vialidad y la demandante, del folio 3230 al 3255 del fólder II; Licitación Pública n° 011-2002 (Bases para la Conformación de un Registro de Ingenieros de Conservación Vial y su Contratación para la Administración y Supervisión de los Proyectos del Área de Conservación Vial del CONAVI) del folio 5 al 54 del fólder V; hecho 1.4 de la demanda y su contestación, a folios 2, 39 a 41 y 192 del expediente principal; orden de servicio 1, folio 18 del folder 1 y final dela Licitación Pública n° 11-2002 del fólder V; orden de servicio-cuarto año, a folio 22 fólder 1; orden de servicio n° 3, a folios 19 a 21 ídem; orden de servicio n° 2 a folios 16 a 17 ídem; orden de servicio número 4 a folios 23 a 24 ídem), estableciéndose como obligaciones del ingeniero, administrar y supervisar la ejecución de los trabajos de Conservación Vial de la Red Vial Nacional asignados, de conformidad con los términos contractuales aplicables y con las correctas prácticas de ingeniería, bajo la coordinación de la Dirección de Conservación Vial del Conavi, en donde su labor específica consistía en brindar sus*

*servicios técnicos en el cargo de ingeniera de conservación vial, teniendo bajo su responsabilidad lo siguiente: a) programar y ordenar periódicamente (quincenal o mensualmente) la ejecución de los trabajos de conservación vial en las rutas a su cargo; b) velar por el cumplimiento de los términos contractuales del proyecto (s) que inspecciona y administra; c) definir claramente los criterios para marcar las áreas a intervenir, los métodos de control del programa de trabajo que ejecuta el contratista, su actualización, su aceptación y el pago de reajustes; d) establecer los criterios para definir la idoneidad del equipo asignado, su operación y la integración de brigadas... e) realizar la evaluación e inspección del trabajo que ejecutan los inspectores de obra; f) llevar las relaciones, discusiones y disputas con el contratista de la obra; g) aplicar el cumplimiento de las regulaciones de seguridad que exige el cartel a los constructores de la obra; h) definir los trabajos por administración que debe ejecutar el contratista de la obra, así como inspeccionar su ejecución y la calidad de los materiales. Además, aplicar el cumplimiento del control de calidad que realiza el constructor de la obra, así como la verificación de la calidad que realiza la administración; i) evaluar los procedimientos de trabajo y verificar la calidad de los mismos; j) determinar los criterios técnicos de aceptación para la colocación de materiales según las condiciones de clima, temperatura y equipo de colocación del trabajo; k) apoyar en la actualización de los inventarios de obra a realizar, efectuar el cierre administrativo-contable de los proyectos (finiquito) y los análisis estadísticos de calidad para recibir y pagar la obra ejecutada, además de tramitar todo lo relativo a la reducción de precios y pago de estimaciones así como apoyar a la administración en el proceso licitatorio y de adjudicación de los proyectos relacionados con la conservación vial. Detalló, adicionalmente, como funciones y actitudes que competen a éste, entre otras: a) garantizar a la sociedad costarricense el uso eficiente de los recursos públicos asignados al proyecto y la construcción de obras acordes a los términos contractuales; b) velar por el cumplimiento de las exigencias establecidas en los contratos respecto de los proyectos que administra y*

supervisa; [...] w) mantener información actualizada y archivos de los proyectos en ejecución en la zona a su cargo (véase cláusula sexta del contrato, de folios 3245 a 3250 del fólter II. También punto 2.4 de la Licitación Pública 011-2002, a folios 38 a 41 folder 5). Lo anterior, permite concluir que la actora prestaba al Conavi sus servicios personales como “Ingeniera del Área de Conservación Vial” bajo condiciones que eran impuestas y fiscalizadas de forma directa y permanente -a través de las autoridades del Conavi- de forma diaria y semanal por parte del Consejo codemandado, sin que esta parte lograra desvirtuar que la accionante haya ejecutado las labores contratadas bajo su subordinación (rasgo que caracteriza al contrato de trabajo y, por el cual éste debió sujetarse en todo momento a la voluntad de quien se beneficiaba de sus servicios), pues sobre ese aspecto no media prueba alguna que respalde el dicho de los co-accionados. En torno al punto, el testigo Salazar González declaró: “... nosotros nos reuníamos cada quince días donde nos daban directrices, órdenes, regaños, cada uno hablaba por su zona, Director de conservación vial y en su momento el Director Ejecutivo del Conavi, ellos daban órdenes y amonestaciones verbales y por escrito en algunos casos. Por ejemplo, ellos daban órdenes por teléfono y hacer obras sin planificación, llamaban a los ingenieros y si no lo ejecutaban en el tiempo lo amonestaban. Un Director de Conservación Vial mandó oficio amonestando a unos compañeros incluyendo a la actora por asistir a un curso de capacitación aduciendo la falta al trabajo y mandó a rebajar montos que no sé si se ejecutó. En las reuniones si no iba le daban apercibimientos por escrito y lo amenazaban, con las sanciones pecuniarias del contrato de multas. [...] Nos pagaban mensualmente, si se entregaban informes de labores cuando presentábamos la factura para el pago, nos pagaban por depósito bancario, creo que al inicio la actora creo que era por cheque. Ella tenía que presentarse todos los días a la oficina del conavi, salvo casos que había reuniones en otros lados. [...] La mayoría de ingenieros tenían un supervisor ingeniero, no era empleado del MOPT, ellos tenían regionales en todo el país y se encargaban de coordinar y supervisar las labores diarias de

*nosotros. También el Director de Conservación Vial siempre velaba por el cumplimiento también de nosotros. Nosotros cualquier cosa que hiciéramos teníamos que hacer de conocimiento al Director de Conservación Vial para que nos diera el permiso, si teníamos que ir a un curso teníamos que pedir permiso, o un viaje teníamos que sustituirnos por otra persona para el permiso correspondiente... [...] Conavi nos daba una oficina, mobiliario, papeleras, equipo de cómputo patrimoniado con números del conavi, impresoras, fax, teléfonos, papeles membretados, nos daba uniformes camisas y camisetas con logotipo de conavi, gorras, y carné de empleado, el primer carné decía, empleado, firmado por el Director de Recursos Humanos, después nos dieron otros que decía contratista, nos daba chaleco, cintas, odómetros, termocuculas, nos daban todo lo que usábamos prácticamente era del conavi, nos asignaban un asistente de ingeniería, bajo la misma modalidad de contrato de nosotros. Nosotros tenemos estipulados bastantes funciones, representar al conavi, hacer inventario planificación de trabajos que se iban a ejecutar, nos daban asignaciones presupuestarias, ver ejecución de contratistas que conavi contrataba para mantenimientos, reuniones con personal de conavi y otras partes que tenían que ver con las rutas nacionales. En caso de conservación vial es algo continuo, el mantenimiento de carreteras es algo continuo para conservación eso es interminable lo que pasa es que el contrato si tenía un tiempo, el último contrato el mismo terminó, pero las funciones siguieron, las funciones que realizábamos actualmente las realizan funcionarios de planilla del conavi. Teníamos que adaptarnos al horario de los contratistas que debíamos supervisar, las horas de trabajo era jornada completa y fines de semana. [...] ... existen informes diarios donde se le daban al conavi, todos los trabajos eran documentados, en el informe se exigía un cuadro de visitas de días y horas de lo que el ingeniero hacía. [...] Nosotros hacíamos más funciones de las que estaban estipuladas en el contrato, todas las directrices de los Directores siempre iban más allá por ser representantes de la zona donde estuviéramos teníamos que atender a quienes ellos nos decían, también propuestas de diseño y como*

representantes del Conavi, y tomar decisiones en ciertas situaciones”. (Sic. Folios 232 a 235 del expediente principal). Además, el deponente Corrales Xatruch expresó: “El Director de Conservación Vial supervisaba las labores de la actora. Había reuniones todos los lunes donde se trataba los temas de las zonas de cada ingeniero, y hacía visita a la zona, esa visita eran esporádicos dependiendo de los problemas que había en la zona. [...] En ocasiones había inspectores funcionarios que velaban por supervisar. No estaban junto a nosotros todo el día supervisando. El pago era mensual, teníamos que entregar un informe, sino presentaba el informe no nos pagaban. [...] ...nos daba oficina, papeles, chalecos, equipos de medición, casco, capa. [...] El Director de conservación vial era el que pedía a la actora que realizara otras funciones y hubo un tiempo en que el Director Ejecutivo nos daba esas órdenes. La actora no podía negarse si era una orden tenía que cumplirla. Todo tenía que ser autorizado por la Dirección Vial. Dependía la actora de la Dirección de Conservación Vial. En las reuniones era obligatoria la asistencia se pasaba lista. Los convocaba y dirigía la Dirección de conservación vial. Sino se asistía a la reunión se tenía que justificar, sino había una amonestación escrita en algún tiempo y tenía que ver con la calificación. En unos contratos había calificación. [...] El conavi facilitaba secretaria y asistente. Si se le dio carné a todos. [...] La actora no hacía consultorías externas porque el trabajo que teníamos era de tiempo completo. Que yo sepa ella no tenía capital propio para desempeñarse como empresaria todos dependíamos del salario. Supongo que la actora dependía del salario para subsistencia de ella”. (Sic. Folios 236 a 237). Lo señalado guarda plena conformidad con lo dispuesto en el punto 3 de la cláusula séptima del contrato, relativa a las obligaciones del Consejo coaccionado, donde se establece como un deber del Director Ejecutivo de éste, designar un profesional como coordinador de la contratación (ver folio 3238 del fólter II). Además, en la cláusula novena sobre la coordinación y supervisión de la “consultoría” claramente se recoge que “el CONSULTOR deberá desempeñar sus trabajos en forma coordinada con el personal profesional que EL CONAVI asigne o contrate

*para tales efectos y que ejercerán la función de inspección de los trabajos contratados. Para ello ELCONAVI podrá tomar y ordenar todas las previsiones que considere necesarias u oportunas, las cuales deberán ser atendidas con prontitud y diligencia por EL CONSULTOR” (folio 3238 del fólter II). De la documentación constante en autos se desprende, también, la existencia del otro elemento de la relación laboral, a saber: el salario, toda vez que los servicios prestados por la actora como “Ingeniera de Conservación Vial” eran retribuidos mediante tarifas mensuales previamente fijadas por el CONAVI en el contrato suscrito con la accionante, estableciendo que en éstas (tarifas) se incluían “honorario profesional, gastos por concepto de alimentación, hospedaje, póliza (s) de seguro (s), teléfono celular, radiolocalizador, cámara fotográfica, traslado y desplazamiento en su vehículo propio (gasolina, lubricantes, repuestos, mantenimiento, seguro, llantas, depreciación, lavados, etc)” (sic) (ver cláusula décima, a folios 3236 y 3237 del fólter II y punto 5.11 de la correspondiente Licitación Pública, a folios 16 y 17 del fólter VII) y, si bien, estaba obligada a presentar facturas (de las cuales los demandados no aportaron ninguna a los autos), conforme se recoge en las cláusulas décima y décima primera del contrato a folios 3235, 3236 y 3237 del fólter II así como en la testimonial evacuada, ello constituye un recurso espurio al que los demandados, al igual que lo hacen otros empleadores, recurrieron con la intención de evadir sus responsabilidades en relación con derechos fundamentales del trabajador, entre ellos, los relativos a la seguridad social (véase también puntos 5.11 y 5.12 de la respectiva licitación, de folios 15 a17 de fólter VII). Así, expresamente se estipuló que “EL CONSULTOR, suscribirá de su propio peculio y bajo su propia responsabilidad, una Póliza de accidentes y/o riesgos del trabajo con el Instituto Nacional de Seguros, la cual tendrá una vigencia mínima de seis (06) meses y debe ser renovada por períodos iguales hasta la finalización del Contrato. Además debe suscribir con la Caja Costarricense del Seguro Social un seguro voluntario” (cláusula décima segunda in fine, a folio 3235 del fólter II) mientras que en la cláusula décima tercera, sobre*

*“las obligaciones de seguridad social del contratista” se dispuso: “...la empresa cocontratante deberá cumplir, durante todo el plazo de vigencia del contrato, con las obligaciones laborales y de seguridad social establecidas en beneficio de los trabajadores” (folios 3234 y 3235 del fólder II), circunstancia de la que no existe evidencia alguna, pues los ingenieros prestaron sus servicios a título personal (véase también planilla adicional a folio 112 del expediente principal; Informe de Inspección n° 1232-00531-2007-I del Área de Inspección de la Caja Costarricense de Seguro Social, a folios 120 a 131 ídem; Resolución de la Gerencia de la División Financiera de la Caja, n° 02-08-07 del 6 de agosto de 2007, a folios 114 a 118 ídem; Resolución n° 1232-00557-2007-R del Área de Inspección de la Caja, a folios 160 a 173 ídem; Informe de Inspección n° 1232-01040-2006-I del Área de Inspección de la Caja, a folios 133 a 158 ídem), pues “El no pago de las obligaciones con la seguridad social será causal de incumplimiento contractual” (cláusula décima tercera, a folios 3234 y 3235 del fólder II); agregándose que “Mensualmente se verificará que EL CONSULTOR no se encuentre dentro del informe remitido por la Caja Costarricense de Seguro Social, sobre las personas físicas o jurídicas que mantienen deudas con dicha institución” (ídem). A pesar de ello, la institución aseguradora, constatando los términos de la relación que vinculó a las partes, determinó el pago de las cuotas obrero-patronales a cargo del CONAVI. En tal sentido, las autoridades de la Caja concluyeron: “...con fundamento en las sugerencias de la Contraloría General de la República, la investigación preliminar en la cual se observó en el propio centro de trabajo, a trabajadores contratados bajo la modalidad denominada como servicios profesionales, en pleno desarrollo de sus actividades, como el caso de Ingenieros y personal administrativo, el análisis de las cláusulas en las diferentes contrataciones, estas con períodos extensos hasta por cuatro años, queda indudablemente establecida la existencia de la relación laboral, a saber prestación de servicio, remuneración, subordinación y el componente de la ajenidad... Por otra parte del análisis de la documentación suministrada por el patrono, en especial las*

*contrataciones denominadas por servicios profesionales, se evidencian los elementos de la relación laboral, aunado a la presencia del contrato realidad, ya que es concluyente que las contrataciones de personal administrativo a todas luces son de carácter laboral, y las contrataciones de Inspectores de Planta e Ingenieros para las diferentes supervisiones de las obras, aunque no se sometan a un horario definido, necesariamente deberán estar a disposición del CONAVI, porque así se requiere y se establecen en las contrataciones, labor que se realiza bajo la supervisión del patrono y definitivamente por cuenta y riesgo propio del contratante, en este caso del CONAVI...” (Informe de Inspección n° 1232-01040-2006-I, a folios 140 a 141 del expediente principal), agregándose: “Las tareas asignadas, además de ser extensas no son a cambio de la obtención de un producto específico, si no más bien de una relación constante como consecuencia de la necesidad permanente, en este caso del CONAVI, ya que está claro que los contratados son necesarios para desarrollar el giro normal del Consejo Nacional de Viabilidad, situación que no es propia de una contratación por servicios profesionales, por el contrario con base en la creación del Consejo Nacional de Viabilidad, mediante la Ley 7798, el Consejo tiene como objetivo principal planear, programar, administrar, financiar, ejecutar y controlar la conservación y la construcción de la red vial nacional, (Artículo 4) y para ello requiere personal y financiamientos con fondos locales para cumplir fielmente con prioridades como Conservación, Mantenimiento Rutinario, Mantenimiento Periódico, Mejoramiento, Rehabilitación y Construcción de obras viales nuevas, (Artículo 22)...Por otra parte las contrataciones administrativas de servicios, por su naturaleza y fines, debe estar referida a un objeto que no implique relación de subordinación jurídica laboral, de ese modo, por la vía de la contratación administrativa no es procedente que se lleven a cabo contrataciones para atender necesidades en el campo de los servicios profesionales, que sean continuas y permanentes, ya que necesidades de este tipo corresponde atenderlas mediante el establecimiento de una relación jurídico laboral./ La contratación administrativa de servicios profesionales se concibe como el medio*

*legal idóneo para atender necesidades que tengan carácter de ocasionales, que estén referidas a un objeto específico. El objeto contractual debe ser concreto, esto es, referirse a una necesidad administrativa puntual, susceptible de ser verificada en el cumplimiento de las obligaciones y derechos asumidos previamente y por supuesto la contratación debe ser sometida a un límite. /Como se ha mencionado la contratación administrativa de servicios profesionales, se concibe como el medio apto para atender necesidades de carácter ocasional, que por su especificidad, permiten verificar el ajuste de sus resultados con las especificaciones de las condiciones previamente pactadas, tales como diseños, informes, encuestas, etc, de tal manera que no estén referidas a informes genéricos de labores, propios de una relación jurídico laboral./ La subordinación, elemento esencial de la relaciones laborales, está presente cuando la empresa es proveedora exclusiva de los recursos, si la empresa da instrucciones al trabajador, si la empresa elige el lugar donde realiza la tarea, si el contratante asume algún riesgo comercial, o la posibilidad del patrono de asignar tareas sobre la marcha a la contratada, que en general es lo que se presenta en este caso al no tener el trabajador libertad de acción./ Queda claro entonces que las personas contratadas bajo la modalidad de servicios profesionales no se desempeñaban como profesionales en el ejercicio liberal de la profesión, sino que se trata de una persona física que únicamente aporta servicios manuales, intelectuales o de ambos, en forma personalísima en virtud de un contrato de trabajo denominado por servicios profesionales, en forma subordinada y a cambio de remuneraciones periódicas de acuerdo con las diferentes contrataciones” (informe de Inspección n° 1232-01040-2006-I, a folios 143 a 145 del expediente principal. Véase también, Informe de Inspección n° 1232-00531-2007-I del Área de Inspección de la Caja Costarricense de Seguro Social, a folios 120 a 131 ídem; Resolución de la Gerencia de la División Financiera de la Caja, n° 02-08-07 del 6 de agosto de 2007, a folios 114 a 118 ídem y Resolución n° 1232-00557-2007-R del Área de Inspección de la Caja, a folios 160 a 173 ídem). Adviértase también que el CONAVI era*

quien suministraba los instrumentos de trabajo empleados por el actor a los efectos de la contratación. En tal sentido, se estableció como una obligación de éste: “i. Proveer a EL CONSULTOR de los insumos necesarios para la administración e inspección de los proyectos: - Servicios administrativos no personales: oficina, fax, teléfono de oficina (convencional), equipo de cómputo, escritorios, sillas, mesa para reuniones, archiveros, etc. - Insumos de oficina: útiles, papelería y suministros de cómputo. - Insumos para la inspección de los proyectos: bitácoras de proyecto, diarios, cintas métricas, cascos, chalecos reflectivos, capas, termocupla láser, odómetro, necesarios para la realización de los SERVICIOS DE CONSULTORÍA” (sic) (cláusula séptima, a folios 3238 y 3239 del fólder II. Véase a su vez testimonial citada anteriormente). Es cierto que la cláusula décima segunda expresa el “carácter no laboral de la contratación” (folio 3235 del fólder II); no obstante, como ha sido un criterio reiterado de esta Sala, no podría aceptarse desde ningún punto de vista que, con independencia de la realidad de las contrataciones, baste el nombre dado por la administración a una determinada relación para negar a verdaderos trabajadores los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico laboral, incluso con rango constitucional, máxime que con aquella conducta se favorecería el fraude a la ley por la propia administración, la que está obligada a acatarla siempre (el principio de legalidad, al amparo del cual la administración debe actuar no puede invocarse como fundamento para legitimar actos contrarios a la ley evidentemente fraudulentos de los intereses particulares) (sobre el tema, véase lo dispuesto en el Artículo 14 del Código de Trabajo y lo planteado por esta Sala en su sentencia n° 669 de las 9:40 horas, del 9 de noviembre de 2001). Además, no puede obviarse que la labor contratada califica dentro del servicio que de ordinario brinda el codemandado (véase cláusulas cuarta y quinta del contrato, a folios 3250 a 3252 del fólder II), la cual era y es dar mantenimiento a la red vial del país, es decir, que las labores por las cuales se contrató a la demandante no eran de carácter especial o eventual como inexplicablemente lo dijo la representación del Estado cuando manifestó:

*“...la contratación de servicios profesionales ocurre para satisfacer un servicio ocasional y no una necesidad permanente de la institución que contrata; en este caso particular, el actor suscribió el contrato de servicios técnicos por cuatro años plazo en que la Administración dejó de requerir ese tipo de labor, esto demuestra que las labores que desempeñó el accionante eran de carácter provisional” (véase párrafo primero, a folio 212 del expediente principal). Por el contrario, de acuerdo con la Licitación n° 011-2002, las labores a ejecutar eran una actividad propia del Consejo Nacional de Vialidad (véase los términos de la Ley de Creación del Consejo de Vialidad, especialmente el Artículo 1) las que, como se dispuso en el numeral 2 del cuerpo normativo indicado, constituyen una actividad ordinaria de servicio público y son de interés nacional (la conservación vial), lo que implica que no todos los servicios contratados por ese mecanismo, necesariamente sean, por ese solo hecho, una contratación ajena a los cánones del Derecho laboral, contemplados en el Título V “DERECHOS Y GARANTÍAS SOCIALES”, Capítulo Único de la Constitución, desarrollados en el Código de Trabajo, que regulan los derechos irrenunciables de los trabajadores (as) y las obligaciones de los empleadores en relación con el trabajo, de acuerdo con los principios cristianos de justicia social. Ese funcionamiento normal de la administración pública supone el requerimiento de trabajadores (as) que cumplan el cometido ordinario de su actividad (y en tanto no resulten contrarias a las disposiciones legales específicas, las normas del Código de Trabajo conservan su aplicación en las relaciones de empleo público), de ahí que el establecimiento de un “plazo de ejecución de los servicios de consultoría”, en los términos siguientes: “EL CONSULTOR deberá ejecutar los SERVICIOS DE CONSULTORÍA por un período renovable de un (01) año a partir de emitida la orden de inicio (con la salvedad de lo indicado en la cláusula décima sexta: Rescisión y Resolución del contrato). Una vez finalizado este plazo, de acuerdo al expediente, a evaluaciones periódicas y al desempeño mostrado por El CONSULTOR, EL CONAVI podrá renovar este Contrato, por períodos iguales, hasta completar un plazo máximo de cuatro (04) años,*

*continuando con las evaluaciones anuales... En última instancia, el plazo máximo de los SERVICIOS PROFESIONALES DE CONSULTORÍA será de 1460 días calendario” (cláusula octava del contrato, a folio 3238 del fólter II), no es otra cosa, que un elemento más del subterfugio empleado por la administración para -como se dijo- evadir sus responsabilidades y, por ende, aunado a que la relación contractual derivada de la licitación mencionada se extendió por varios años (orden de servicio 1 y final de la Licitación Pública n° 11- 2002, a folio 18 del fólter 1; orden de servicio-cuarto año, a folio 22 ídem; orden de servicio n° 3, a folios 19 a 21 ídem; orden de servicio n° 2, a folios 16 y 17 ídem; orden de servicio n° 1, a folio 18 ídem; certificación de folios 6 a 14 del folder 1), se evidencia la necesaria continuidad del servicio, dada la ordinariedad, permanencia e interés de las funciones que le fueran asignadas por el legislador a la administración contratante (esta Sala ya ha resuelto el tema en varios asuntos similares, a saber: las sentencias n°s 338 de las 9:53 horas y 351 de las 10:45 horas, ambas del 15 de abril de 2011; 106 de las 9:30 horas, del 10 de febrero; 127 de las 10:10 horas, del 15 de febrero y 266 del 21 de marzo; 467, de las 9:55 horas, del 30 de mayo, las últimas de 2012). Cabe añadir, que el argumento sobre la diferencia entre lo percibido en virtud del contrato y lo que pudiera percibir un funcionario en la Administración Pública no constituye un aspecto excluyente de la relación laboral, pues el Consejo demandando se comprometió a asumir contractualmente un pago, el cual debe cumplir; sin que sea una excusa la forma empleada para vincularse, la cual fue propiciada por los propios accionados, como se dijo, con el único afán de eludir sus responsabilidades patronales. Además, pudo comprobarse que a la demandante se le impuso, por medio del contrato, la obligación de estar dedicada “a tiempo completo”, esto a los efectos de garantizar el manejo adecuado del proyecto. El recurrente hace alusión a una serie de aspectos por los cuales considera que se trató de un contrato de servicios de consultoría regido por la Ley de la Contratación Administrativa, para lo cual echa mano a elementos que se han utilizado para distinguir este tipo de relaciones de un contrato de*

*trabajo. No obstante, por lo ya analizado, se tiene que estos factores deben contrastarse con la contundencia de la prueba antes valorada que conlleva a una conclusión diferente. Así, por ejemplo, el hecho de que la actora haya participado voluntariamente en la licitación no implica que la Administración se deba ver relevada de responsabilidad cuando fue esta última la que creó las condiciones para disfrazar los antecedentes como si se tratara de una contratación administrativa. Además, en un primer momento, los oferentes pudieron creer que así sería, pero luego se dieron cuenta de la realidad y optaron por mantener su fuente de ingresos y postergar un eventual reclamo. Por otra parte, no se demostró, como lo alega quien recurre, que el factor riesgo incidiera en la relación de la accionante, pues esta simplemente acató las cláusulas contractuales especificadas, a pesar de que en la realidad fáctica se determinó un régimen de subordinación velado. Tampoco es relevante si el ingreso percibido era solo una de las fuentes de ingresos que esta tenía, pues lo importante es que quedó claro que la actora no podía realizar otras funciones ajenas mientras esto implicara superposición horaria. Es evidente, entonces que el Conavi utilizó un recurso que le facilita el ordenamiento jurídico, cual es la facultad de contratación dentro de la esfera del derecho Laboral Privado, de ahí que no fuera necesaria la existencia de un acto formal de investidura para enervar los efectos que esa negociación produjo. En todo caso, las pretensiones que se vienen concediendo coinciden con un régimen de esa naturaleza. En ese sentido, si la Administración optó por ese mecanismo, debe aplicarse el derecho Laboral privado, sin que sea excusa que este forma parte de un estrato inferior en el sistema de fuentes que debe regir las relaciones de los entes públicos. Así las cosas, contrario a lo señalado en el recurso ante la Sala, lo expuesto, según un análisis en conjunto y de acuerdo con los parámetros que deben regir la valoración de la prueba en esta materia (Artículo 493 del Código de Trabajo), permiten concluir que no se desvirtuó la presunción prevista en el Artículo 18 del Código de Trabajo y, por el contrario, quedó plenamente demostrado el vínculo laboral existente entre las partes.”*

Toda esta previsión normativa no parece tener el efecto deseado pues, a lo largo de mis años de experiencia, no se observó una disminución en esta práctica, por el contrario, al surgir la posibilidad de dar a un intermediario parte de la actividad no principal de la empresa, más bien pude constatar un incremento en dichas prácticas, especialmente, en los niveles técnico especializado, administrativo y profesional.

Adicionalmente, y para hacer más grave la situación, el Intermediario que contrata servicios, en ocasiones ni siquiera está registrado dentro del Sistema de Seguridad Social o Tributario y por ende, sus empleados no gozan de los beneficios de estos sistemas y ante la promulgación y entrada en vigencia de la nueva Reforma Procesal Laboral, esta situación saltará a la luz, como es el caso de las empresas de seguridad privada, las cuales podrían enfrentar demandas millonarias y en algunos casos, hasta el cierre de sus operaciones ante la falta de formalidades requeridas por la legislación vigente.

Así, por ejemplo, en México, con la reforma laboral también se busca asegurar los derechos de los trabajadores a partir de una definición clara de las responsabilidades de los patronos, los trabajadores y las autoridades laborales, tal y como se detalla en el siguiente resumen:

*Con la reforma laboral se busca regular la evasión de costos fiscales y laborales. La nueva normatividad en esta materia permitirá a:*

**LAS EMPRESAS:**

*1. Tener mayor certeza en el deslinde de las responsabilidades y obligaciones que le corresponden al outsourcing y a la beneficiaria de los servicios.*

2. *Observar en el mercado a compañías serias, profesionales y comprometidas en otorgar servicios en régimen de subcontratación, con lo que se disminuyen los riesgos legales.*

3. *Contratar trabajos exclusivamente sobre tareas que no son el objeto principal de la beneficiaria de los servicios.*

**LOS TRABAJADORES:**

1. *Saber que sus derechos laborales están protegidos y que la contratación vía outsourcing no obedece a planeaciones ilegales de las empresas con el objeto de no pagarles prestaciones.*

2. *Garantizar que en caso de que el outsourcing no cumpla con los requisitos establecidos en la LFT, la beneficiaria se convertirá en patrón y asumirá todas las obligaciones frente a ellos.*

**LAS AUTORIDADES:**

1. *Orientar sus diligencias de inspección sobre la base de una normatividad específica que deben cumplir los outsourcing y sus beneficiarias.*

2. *Contar con la posibilidad de aplicar sanciones cuyo monto es muy elevado, como disuasivo para las empresas que pretendan incumplir con las obligaciones en la materia.*

Como se puede colegir de la regulación mexicana, al igual que en el resto del mundo, frente a esta realidad, surgen algunas interrogantes, a saber:

¿Cuál es la responsabilidad que le compete al Patrono que contrata un Intermediario, con respecto a los empleados de este último, ante el incumplimiento de la legislación laboral vigente?

¿Qué consecuencias económicas, para los Sistemas Sociales y Tributarios, conlleva esta práctica?

¿Cuáles deberían ser las regulaciones para erradicar esta práctica ilegal?

En la actualidad, con la reforma al Código Procesal Laboral que entró en vigor en Julio de 2017, la Tercerización de Servicios (Outsourcing), es regulada en el Código de Trabajo, en su Artículo 399 y las interrogantes planteadas tienen respuesta, señalando tanto la responsabilidad subjetiva del Intermediario, de asegurar a sus empleados y cumplir toda la normativa al respecto y la responsabilidad objetiva del Patrono en cuanto a su deber "In Vigilando", para verificar que los trabajadores cuenten con todas las garantías sociales, según señala el mencionado Artículo:

**"Artículo 399:** *La responsabilidad de las personas físicas es subjetiva y la de las personas jurídicas es objetiva. Cuando la conducta la realice un representante patronal de una empleadora persona jurídica o grupo de interés económico, en los términos del Artículo 5 de este Código, la sanción recaerá también sobre estos según corresponda, a quienes solidariamente se extienden los efectos económicos de la falta del representante."*)

Como ya se mencionó párrafos atrás, el Contrato Individual de Trabajo es una relación laboral que tiene dos actores bien definidos en el Código de Trabajo de la República de Costa Rica, en sus Artículos 2 y 3 y que son:

**Artículo 2º.** *Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo.*

**Artículo 3º.** *Intermediario es toda persona que contrata los servicios de otra u otras para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono.*

*Este quedará obligado solidariamente por la gestión de aquél para los efectos legales que se deriven del presente Código, de sus Reglamentos y de las disposiciones de previsión social.*

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

Como puede colegirse del último párrafo del Artículo 3, este Intermediario asumirá la responsabilidad de sus empleados referente a salario, aseguramiento y respuesta ante entidades sociales como lo son la Caja Costarricense de Seguro Social y el Instituto Nacional de Seguros y como consecuencia de ello, tendrá la responsabilidad subjetiva relacionada con ellos, sin embargo, existe una responsabilidad objetiva por parte del Patrono ante estos empleados ya que, este debe velar por el cumplimiento de toda la normativa laboral vigente por parte del Intermediario y así asegurar el adecuado cumplimiento de la normativa mencionada así como en el área social de nuestro país.

Aquí surge la posibilidad de no estar en presencia del contrato laboral de trabajo, el cual, según el Artículo 18 del mismo cuerpo normativo citado supra y que reza:

**Artículo 18°**

*Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquél en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada en ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma.*

*Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe.*

Esta relación directa de trabajo ha sido analizada, revisada, comentada y ha servido de fundamento en múltiples sentencias de la Sala Segunda, para establecer, claramente, la diferencia entre el Contrato de Individual de Trabajo y otras formas de contratación laboral tal y como se detalla en la siguiente sentencia:

**VOTO SALVADO DE LA MAGISTRADA JULIA VARELA ARAYA**

**“III.- DE LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.** *El carácter laboral de una relación jurídica específica, como de forma reiterada lo ha expuesto esta Sala, puede deducirse de la existencia de determinados elementos que le son propios. A tal efecto, y partiendo de los conceptos de empleador (a) y de trabajador (a) que establecen los ordinales 2 y 4 del Código de Trabajo, se debe estudiar el numeral 18, que define el contrato de trabajo. El texto de esta última norma señala que, independientemente de cómo se le denomine, se está en presencia de un contrato laboral, cuando una persona física, se obliga a prestar a otra u otras, físicas o jurídicas, sus servicios o a ejecutarle (s) una obra, bajo su dependencia permanente y dirección inmediata o delegada; y a cambio de los cuales recibe una remuneración, de cualquier clase o forma, la que de conformidad con el Artículo 164 del Código de Trabajo, puede ser pagada por unidad de tiempo, por pieza, por tarea o a destajo y en dinero, en dinero y especie, por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el empleador (a). El numeral 18 ibídem, antes citado, además instituye la presunción de existencia de una relación laboral entre la persona que presta sus servicios y quien los recibe. Presunción iuris tantum que, como se sabe, admite prueba en contrario en cuanto a la existencia de dicha relación. Conforme a lo expuesto, tres son los elementos que, desde la perspectiva jurídica, definen el carácter o la naturaleza de una relación de trabajo: 1) La prestación personal de un servicio por parte del trabajador (a); 2) Remuneración, como contraprestación por los servicios recibidos por parte del empleador (a); y 3) La presencia de subordinación del*

*primero (a) respecto al segundo(a). Los dos primeros elementos, prestación de servicios o la ejecución de obras y la remuneración, también están presentes en otro tipo de relaciones jurídicas, configurando lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha dado en llamar “zonas grises” o “casos frontera”. Esto ha llevado a que ambas tengan, generalmente, como determinante, característico y diferenciador, de la existencia de una relación de naturaleza laboral, al elemento subordinación. Cabanellas define la subordinación en el contrato de trabajo como “el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte, ...es un estado de dependencia real producido por el derecho del empleador de dirigir y dar órdenes, y la correlativa obligación del empleado de obedecerlas...” por lo que basta “...con que exista no la posibilidad de dar órdenes, sino el derecho de hacerlo y de sustituir su voluntad a la de quién presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario.” (CABANELLAS, Guillermo. Contrato de Trabajo, Volumen I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, pp. 239, 243). (Sobre este tema pueden verse, entre otras, las sentencias de esta Sala, números 540, de las 9:55 horas del 6 de noviembre; 563, de las 8:55 horas; y, 564, de las 9:00 horas, ambas del 8 de noviembre, todas de 2002; así como los números 38, de las 10:10 horas del 5 de febrero y 151, de las 9:10 horas del 28 de marzo, ambas de 2003). Del mismo Artículo 18 antes citado, se deriva de manera implícita otro principio fundamental en el análisis de situaciones como las que aquí se analizan: el principio de primacía de la realidad. Este principio junto con otros que le son propios, son los que le dan el carácter de rama autónoma del derecho al Derecho Laboral. Es así como el principio de primacía de la realidad define que, en materia laboral, al analizar una relación jurídica, prevalezcan las condiciones reales que se hayan dado en la misma, por sobre los hechos que consten documentalmente. Américo Plá Rodríguez indica que este principio lleva a que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos,*

*debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos". (Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, segunda edición, 1990, página 243). Tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, se ha aceptado, de forma pacífica, que no es lo pactado por las partes de manera expresa o tácita, lo que determina la naturaleza de la relación jurídico laboral; las circunstancias reales existentes en la práctica son las que definen la relación de trabajo. La vigencia de este principio ha llevado a que al contrato de trabajo se le denomine como "contrato-realidad", aunque la doctrina se inclina por la acepción de primacía de la realidad. Consecuentemente, de conformidad con este principio, en materia laboral, importa más lo que ocurre en la práctica, en la realidad de la relación interpartes, que aquello que estas hayan convenido e incluso respaldado documentalmente. (Véanse, entre muchas otras, las sentencias números 45, de las 10:10 horas del 8 de febrero de 2002; 27, de las 9:30 horas del 31 de enero; 83, de las 9:40 horas del 26 de febrero; 151, de las 9:10 horas del 28 de marzo, éstas de 2003; 135, de las 9:30 horas del 8 de marzo y 377, de las 14:28 horas del 23 de mayo, ambas de 2006). Ahora bien, tal cual se afirmó anteriormente, el Artículo 18 del Código de Trabajo resuelve la situación de falta de prueba sobre el tipo de negocio jurídico existente entre las partes, de manera que, en el sector privado, rige la presunción iuris tantum, de que la sola acreditación de la existencia de la prestación personal del servicio conlleva a la existencia del contrato laboral. Dicha presunción legal exime a la parte trabajadora de la carga de demostrar, el o los hechos alegados en virtud de la misma (Artículo 414 del Código Procesal Civil, aplicable en la materia por disposición expresa del 452 del de Trabajo), solamente le corresponde demostrar el fundamento fáctico que hace surgir dicha presunción legal: en este caso, la existencia práctica de la prestación personal del servicio. Comprobada la prestación personal del servicio, y estando en presencia de una presunción iuris tantum de la existencia del contrato de trabajo, corresponde al empleador la carga de acreditar de forma indubitable, una naturaleza distinta del vínculo –sea este de índole comercial, civil,*

*etc.-, es decir, la no concurrencia en dicha relación de los elementos propios de la de tipo laboral. (En este sentido véanse los votos números 882, de las 9:40 horas, del 13 de octubre; 919, de las 9:30 horas, del 1º de noviembre, ambos de 2000; 275, de las 10 horas, del 23; 290, de las 11:10 horas, del 30, ambos de mayo de 2001; y 563, de las 8:55 horas, del 8, noviembre de 2002). Es conocido que, en muchas oportunidades, el empleador, buscando ocultar la naturaleza de un vínculo laboral, y con ello las responsabilidades legales que dimanen del mismo, recurre a mecanismos espurios y engañosos, con consecuencias funestas y dañinas al orden y convivencia propias de un Estado Social y Democrático de Derecho. Esto ha llevado a que lo relativo a la denominación del contrato, como se indicó supra, pierda importancia a la luz de lo dispuesto en el ordinal 18 del Código de Trabajo. Lo expuesto permite afirmar que para determinar la naturaleza del vínculo el operador jurídico debe utilizar un criterio casuístico, analizando de forma crítica los hechos y circunstancias prácticos de la relación, como lo exige el principio de primacía de la realidad, a partir de las pruebas aportadas (En similar sentido véanse de esta Sala los votos números 707, de las 9:55 horas, del 3 de octubre de 2007 y la 657, de las 9:30 horas, del 8 de agosto de 2008). Precisamente, en razón de las dificultades para determinar la naturaleza jurídica de este tipo de relaciones (casos frontera) se ha recurrido al establecimiento de una serie de indicios que pueden facilitar esa labor. Así, la jurisprudencia de esta Sala se ha adelantado a las recomendaciones contenidas en la Recomendación 198 de 2006 emitida por la OIT, en que indicó: "... 9. A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por un relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes. (...). 11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían*

considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de: a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo; b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

12. A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador...” (el

*destacado no es del original). Esta Sala, en su construcción jurisprudencial, como se indicó, incluso antes de la emisión de la recomendación citada, ha establecido distintos criterios que pueden servir para distinguir entre un trabajador dependiente y un trabajador autónomo. Entre ellos, pueden enumerarse los siguientes: Existencia o no de la prestación personal del servicio (sentencias números 319-99, 223-01, 448-01, 540-02, 255-03, 312-03, 323-03, 583-03); exclusividad en la prestación de las labores (sentencias 319-99, 448-01, 512-02, 564-02, 241-05, 967-05); el trabajo se presta en las instalaciones del empresario (sentencias 240-99, 319-99, 275-01, 761-01, 365-02, 540-02, 564-02, 338-03, 583-03, 135-06, 379-06, 401-06); la retribución es fija y periódica (sentencias 319-99, 275-01, 448-01, 761-01, 286-05); sometimiento a jornada y horario (sentencias 241-99, 319-99, 275-01, 448-01, 717-01, 761-01, 365-02, 515-02, 564-02, 583-03, 693-05, 135-06, 379-06, 401-06, 81-07); imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado (votos 319-99, 564-02); afiliación a la seguridad social (fallos 319-99, 512-02, 564-02, 241-05, 286-05, 693-05, 538-07); se proveen herramientas y materiales de trabajo (sentencias 294-97, 240-99, 364-01, 576-01, 761-01, 512-02, 373-03, 241-05, 967-05, 135-06, 81-07); debe de vestir uniforme o los atuendos deben llevar el logotipo de la empresa (sentencia 390-02); las actividades se realizan por cuenta y riesgo del empresario (sentencias 319-99 y 294-01); no se pagan vacaciones ni aguinaldo (votos 294-97, 576-01, 715-01, 512-02, 241-05, 693-05); la remuneración excede el pago normal de un trabajador (fallo 253-02); se otorga capacitación (538-07); se utiliza papelería de la empresa empleadora (538-07); se exige la presentación de informes periódicos (538-07). Como se observa, la definición de la naturaleza jurídica de una relación impondrá una valoración de las características específicas de cada contratación y nunca podrá sustentarse de manera preferente en antecedentes jurisprudenciales sino en una ponderación clara y detallada de los hechos demostrados en cada caso. El marco expuesto servirá para el análisis del recurso en estudio, lo que permitirá*

*determinar si la relación jurídica que unió a las partes en este proceso fue de naturaleza laboral.*

*IV.- En relación con la contratación de servicios profesionales, dadas las nuevas tendencias del desarrollo de las relaciones del trabajo, y a las dificultades crecientes para determinar la existencia de la subordinación laboral, esta Sala en la sentencia número 637, de las 10:30 horas, del 1 de agosto de 2008, sin desconocer la posibilidad de que los profesionales liberales presten sus servicios mediante contratos de servicios profesionales, subrayó la prevalencia del principio de primacía de la realidad para determinar la efectiva existencia de contratos laborales, ocultos detrás de aquellos, con la intención de eludir las responsabilidades laborales, siendo el elemento de la subordinación el llamado a servir de diferenciador entre un tipo de relación y otro, aunque en tratándose de servicios especializados siempre exista la independencia técnica (en similar sentido puede verse el voto número 657, de las 9:30 horas del 8 de agosto de 2008). En la sentencia 637 antes citada, en relación con las contrataciones de servicios profesionales, particularmente médicos, se expresó: "...Así pues, se han establecido ciertos elementos que pueden ayudar a distinguir con acierto cuándo se está en presencia de labores subordinadas, entre ellos están: a) la forma de pago de retribución reiterativa mensual durante un período prolongado; b) la fijación del horario y/o la jornada de trabajo; c) el pago de los beneficios laborales tales como vacaciones y aguinaldo; d) la fijación de aumentos salariales según criterios de la actividad subordinada; e) el hecho de prestar funciones en locales de la empresa; f) el pago de los gastos de alojamiento y traslado; g) el marcado de tarjeta; h) la condición de estar a la orden (disponibilidad); i) la exclusividad de la prestación para un único empleador; j) la entrega de herramientas y uniformes; k) la no asunción de riesgos; l) la aplicación de sanciones. Por otra parte, también se han definido ciertos indicadores que, por el contrario, excluyen la existencia de la relación laboral, entre estos están: a) la inexistencia de una*

*contraprestación de tipo salarial a cambio del pago de honorarios a través de un arancel; b) la no reclamación durante un extenso período de los beneficios laborales; c) el desempeño contemporáneo de otro trabajo; d) la no inclusión de determinado tipo de tareas en un convenio colectivo; e) la falta de órdenes para la realización de las tareas; f) el no cumplimiento de horarios. No obstante, debe tomarse en cuenta que, generalmente, la sola presencia de uno de los criterios indicados no es definitiva o excluyente de la existencia de una relación laboral, por lo que se deberán analizar de manera conjunta y no aisladamente, según cada caso en concreto. (RASO DELGUE, op. cit., pp. 62-69). Particularmente, respecto a la prestación de servicios por parte de los médicos, Montoya Melgar y Cámara Botía, han indicado que un aspecto importante a considerar “a la hora de distinguir la naturaleza civil o laboral de la prestación de servicios es la relativa al carácter personalísimo de la prestación laboral, es decir, la obligación del deudor de cumplir personalísimamente y sin posibilidad de sustitución su prestación. [...] resumidamente, mientras en caso de vinculación laboral es la entidad la encargada de suplir la ausencia, para el supuesto de la relación civil se concede al médico titular la facultad de designar sustituto.” (MONTROYA MELGAR, Alfredo y CÁMARA BOTÍA, Alberto. “Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas.” Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1991, p.p. 14-15). Aparte del elemento antes indicado, ambos autores analizan una serie de factores que facilitan la determinación de la naturaleza laboral de la prestación, entre ellos, el indicio de exclusividad, la retribución en carácter de abono de un sueldo mensual o por paciente (mientras que la retribución por acto -honorarios- se entiende propia de la relación civil de servicios) y el sometimiento al control empresarial o institucional. (MONTROYA MELGAR y CÁMARA BOTÍA, op. cit., pp. 17-19) ...”.*

*V.- El presente caso, originado en el informe de inspección de la demandada número 1234-01227-2007-I, se trata de la confección de planillas adicionales en contra de la empresa*

actora por el cobro del período febrero-agosto de 2007 (siete meses) en que se le cancelaron a una persona “servicios profesionales”, los que la recurrente consideró que eran salarios (folio 13 expediente principal). Si bien se puede decir, que a la recurrente le faltó puntualizar debidamente las razones claras y precisas que ameritan la procedencia del recurso (Artículo 557 del Código de Trabajo), es lo cierto que le reprocha al fallo de segunda instancia que la parte actora no aportó prueba para desvirtuar los informes elaborados en sede administrativa, en tanto tienen el carácter de prueba muy calificada al tenor del numeral 20 de la Ley Constitutiva de la caja Costarricense de Seguro Social. De acuerdo con el informe de inspección número 1234-01227-2007-I elaborado por la licenciada Guiselle Arroyo Arroyo, Inspectora de Leyes y Reglamento (folios 11-26 del expediente principal y 80 al 95 del legajo aparte) los argumentos más relevantes para considerar que la relación que unió a la señora Sotela Ramírez con la empresa actora era de índole laboral fueron que, recibía un pago frecuente y periódico (quincenalmente) entre febrero y agosto de 2007 (). Entre las labores desempeñadas por doña Milena estaban reclutar personal y seleccionarlo para la empresa, atender relaciones laborales y la seguridad e higiene industrial, realizó mediciones de clima organizacional, tenía a cargo los servicios médicos, la alimentación del personal de la compañía, administraba unas bodegas alquiladas y bajo su cargo tenía a los oficiales de seguridad, funciones todas que realizaba en las instalaciones de la demandante, de lunes a viernes al inicio de 7:30 am a las 2:00 pm y a partir de mayo de 2007 hasta el 17 de agosto de ese mismo año, tiempo completo de 7:30 am a 5:30 pm. De manera que era obligación de la empresa gestionante desvirtuar, en este proceso, lo afirmado por la demandada en el informe de inspección; lo que no ha hecho. El testigo Arias Martínez, encargado del Departamento de Contabilidad, declaró: “...en diciembre cumplo siete años de laborar en la plywood. El Gerente General de la empresa es Jorge Vilarrasa. No ha estado nombrado algún otro gerente general por un tiempo corto en la empresa. El pago de salarios lo administra el Departamento de

*Contabilidad. El jefe del Departamento de Contabilidad soy yo. Cuando hubo servicios médicos el jefe de ellos era el Gerente General. Había un encargado de administrar la soda del personal, hubo dos personas primero Diony Alvarado, después quedó a cargo de Joaquín Bonderías. Eran independientes a la empresa el primero era administrador de la soda, el segundo si era chef. Los servicios de seguridad se contratan con un tercero. Si recuerdo a Milena Sotela Ramírez. Ella llegó como una consultora de Recursos Humanos a través de Thomas Internacional, donde nos estaban aplicando un estudio de clima organizacional. Estuvo menos de un año en la empresa, ella no tenía horario tenía libertad de entrar o salir a la hora que le conviniera. Ella si trabajaba en otras empresas, ella comentó que estaba trabajando con Grupo Roble y otras, pero nunca entró en detalle. Ella se contrató por ser especialista en el área de Recursos Humanos con grados universitarios que la acreditaban como tal. Ella comentó también que impartió clases en la Universidad Interamericana según recuerdo. Si existió con contrato de servicios profesionales con ella. La relación concluyó porque llegó a su fin. Ella entregaba una factura timbrada para hacer el trámite de pago. Ella no tenía oficina en la Plywood, sólo se le asignó un espacio cuando ella asistía. Ella administraba su agenda, si alguien requería hablar con ella indicaba en recepción y esa información se le trasmitía a ella para coordinar día y hora. Ella no recibía órdenes del Presidente de la Compañía para realizar sus trabajos, ella sabía como lo hacía (...) Los desembolsos de la consultora eran quincenales. Ella no tenía días establecidos podía ser que llegara dos o tres días a la semana o que llegara todos los días (...) El contrato con la empresa Thomas Internacional se inició a finales del 2006 a Thomas Internacional se le contrató para hacer un estudio de clima organizacional. El estudio se concluyó por parte de la empresa, pero el seguimiento no se hizo con ellos. A Milena Sotela se le contrató para darle seguimiento a ese estudio de Clima Organizacional, además para complementar otras labores de Recursos Humanos como contrataciones atención de conflictos entre empleados, la responsabilidad social y empresarial, como la empresa se proyecta ésta*

*hacia la comunidad (...) al principio creo que hubo un prorrateo de los honorarios por días, después se hizo la misma cantidad de dinero...” (Folio 117 frente y vuelto). Por su lado, la deponente Ledezma Quirós expresó: “...voy a cumplir diez años de laborar para la plywood, el Gerente General de la Plywood durante este tiempo ha sido don Jorge Vilarrasa. No ha estado otra persona en ese puesto durante este tiempo ha sido don Jorge Vilarrasa. No se quien tiene ahora a cargo la alimentación dela empresa. Antes era don Jorge Vilarrasa o Recursos humanos. El encargado de los guardas es don Jorge Vilarrasa. Existe una empresa de seguridad contratada. Los servicios de cocina y alimentación eran de la empresa. Sí conocí a doña Milena Sotela. Cuando ella llegó se presentó como asesora de Recursos Humanos, hizo una encuesta para los trabajadores, cuando terminó la reunión yo me fui a hacer mis quehaceres. Doña Milena no tenía horario ella entraba y salía cuando ella quisiera. No tenía oficina fija si se el daba una oficina como a otras personas, no era de ella. En las oficinas siempre había computadora y teléfono, sin embargo ella siempre andaba su computadora personal. Las veces que yo la vi fue con la computadora de ella (...) ella no duraba todo el día permanecía dos horas al día a veces. Si me consta personalmente esa forma de trabajar de doña Milena. Ella no se desempeñó en ningún momento como gerente de empresa. Ella si trabajaba con otras empresas en la época en que estuvo en la plywood, cuando ella llegó y se presentó dijo que venía de parte de una empresa, no recuerdo el nombre, si se que daba clases en una universidad (...) ella llegaba a veces dos o tres veces a la semana (...) Doña Milena que yo sepa no tenía nada que ver con los guardas (...) A mí me consta que ella asesoraba en materia de Recursos Humanos porque ella se presentó así. Ella se presentó indicando que venía de parte de la empresa Thomas Internacional...” (folio 118 frente y vuelto). Si bien fue con fundamento en estas deposiciones que la accionante pretendió desvirtuar lo indicado en el informe de inspección número 1234-01227-2007-I, elaborado por la licenciada Guiselle Arroyo Arroyo en la condición dicha, queda claro que no lo logró, pues de dichos testimonios se desprende que*

*la señora Milena Sotela efectivamente prestó sus servicios a la actora a cambio de un pago periódico (quincenal), que lo hacía en las instalaciones de la demandante y que se le asignó un espacio u oficina, así como computadora y teléfono (sin que tenga importancia si también usaba su computadora personal). Lo anterior pese a que se nota el esfuerzo de ambos declarantes por favorecer a la demandante, al negar las funciones que en el informe se atribuyen a doña Milena. En esa línea, asignan al Gerente General los roles de jefe de servicios médicos, encargado de alimentación y encargado de los guardas, afirmaciones que no resultan creíbles dada la carga de trabajo que tiene un gerente general en una empresa como la actora. De manera que las afirmaciones de esos testigos tendentes a desacreditar la existencia de la relación laboral no resulten estimables para la suscrita. Por otra parte, aunque se tuviera por cierto que la señora Milena Sotela no solo prestaba sus servicios a la actora, es lo cierto que ello no desvirtúa la existencia de una relación laboral con esta empresa, pues es perfectamente posible (e incluso una necesidad del mundo de hoy), que una persona preste sus servicios a varios empleadores (as), en aras de cubrir sus necesidades y las de su familia. Además, ello correspondería al ejercicio de la libertad de trabajo garantizada en nuestra Carta Magna, **Artículo 56**. De acuerdo con lo expuesto, resulta claro para la suscrita que la accionante no logró desvirtuar que la señora Sotela (incluida en las planillas adicionales que sirvieron de base para el informe n° 1234-01227-2007-I, del Departamento de Inspección de la institución demandada), prestó sus servicios en las condiciones mencionadas y que la relación fue de índole laboral (ello con independencia de cómo la denominara una o ambas partes), por lo que el fallo venido en alzada debe revocarse para en su lugar mantener el de primera instancia.”*

Con base en lo referido en el Artículo 18 del Código de Trabajo, como bien lo señala la Sala en el primer párrafo: “Los dos primeros elementos, prestación de

*servicios o la ejecución de obras y la remuneración, también están presentes en otro tipo de relaciones jurídicas, configurando lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha dado en llamar “zonas grises” o “casos frontera” “. Al relacionar el mencionado Artículo con el Artículo 5 del mismo código, se puede inferir la responsabilidad del Intermediario, así como del Patrono para el ejercicio de sus funciones de control y sujeción sobre los trabajadores del primero:*

**Artículo 5º.** *Se considerarán representantes de los patronos, y en tal concepto obligarán a éstos en sus relaciones con los trabajadores: los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco y, en general, las personas que a nombre de otro ejerzan funciones de dirección o de administración.*

Tal y como está planteado en este artículo, se puede llegar a la conclusión de que, la contratación de un tercero, externo a la empresa, está cobijado por esta norma, pero bajo la figura que se ha denominado Tercerización o Subcontratación, la cual está basada en la producción de bienes o en la prestación de servicios descentralizados y establece que la prestación o producción, se realiza de manera programada y ordenada, bajo la dirección y el control de un Intermediario o contratista, usualmente una empresa, la cual cuenta con una organización y un patrimonio propios, dedicados a la producción de bienes o servicios, y realiza estas actividades a favor del contratante ya sea dentro del centro de trabajo de este o fuera de él, de manera que los trabajadores del contratista se encuentran subordinados a las órdenes y el control de este y no del contratante, y para el cumplimiento de sus labores, se requiere de total independencia administrativa y funcional en cuanto a la actividad tercerizada, con referencia a las demás

actividades principales que realiza la empresa contratante de modo que, su tercerización no entorpezca el desenvolvimiento normal de la actividad principal de la misma, así, se tiene el ejemplo típico de la tercerización de la contabilidad de una empresa.

El creciente uso de la tercerización, en el ámbito de la gestión empresarial, es un hecho que se explica por el avance de la tecnología y la especialización. Cada vez con mayor convicción e interés, se extiende la idea de que a las empresas les conviene delegar a Intermediarios ciertas partes de su actividad y con ello se logran ventajas en cuanto a ahorros en inversión de capital, una especialización en determinadas actividades no relacionadas con su actividad principal y con ello, menores costos de producción.

### **4.3 Razones Administrativas y Económicas de su Nacimiento**

Al requerir la pequeña empresa contar con servicios contables, jurídicos, tributarios..., que por su estructura no era capaz de asumir por sí misma, subcontrató los mismos, este es el inicio de esta tendencia.

En las grandes compañías, surge al hacer la reevaluación de la economía de escala sobre los principios de ahorro y eficiencia, eliminando aquellas actividades que no estén enfocadas a la actividad principal de la empresa. Como ya se mencionó, esta teoría administrativa surge en EE. UU. y son FORD e IBM, los monstruos anquilosados que inician el cambio para así poder salir del entramamiento burocrático en que se encontraban.

El Outsourcing surge desde el fondo de las actividades secundarias al cual nadie ponía atención hasta lograr la modernización de la tecnología, eliminar las áreas a lo interno de la empresa que están generando costos, pero no aportan un valor agregado.

En la actualidad, según revistas especializadas, el 85% de las compañías en EE. UU. han subcontratado buena parte de sus operaciones, con tanto éxito que hasta se ha llegado a subcontratar o tercerizar funciones críticas, permitiendo a las compañías permanecer vigentes en el mundo de negocios actual.

## 4.4 Ventajas del Outsourcing

El Outsourcing provee diversas ventajas que, en general, los autores han definido como:

- La empresa delega responsabilidades en el momento de contratar por outsourcing, focalizando su tiempo para concentrarse en sus actividades principales.
- Los costos de actualización tecnológica son asumidos por el contratista. Los contratistas se ven en la obligación de crear estándares de calidad de alto nivel, al convertir al contratante en usuario de ellos, sin el costo, en el que debería incurrir para llegar a dichos estándares de manera individual.
- Otra ventaja importante es la posibilidad de compartir los riesgos de determinada operación con el contratista, lo que permite que un error o fracaso en la orientación dada por la compañía contratista no sea asumido en su totalidad por el empresario. La importancia del compartir riesgos está en la íntima relación que surge entre contratante y contratista ya que ambos tienen la necesidad y el compromiso de ser exitosos.
- Permite el aumento de inversión en las áreas de fortaleza y actividad principal de las empresas.
- En el área laboral, al delegar a un tercero las actividades no principales, los costos de contratación y de planilla se reducen ostensiblemente. Adicionalmente, las acciones disciplinarias se reducen drásticamente pues el personal de estas actividades está a cargo de un tercero que es el que tendrá que lidiar con estas tareas.

## 4.5 Desventajas del Outsourcing

Dentro de las desventajas que se presentan con esta forma de administración se encuentran:

- La pérdida de control de la compañía sobre las operaciones o servicios dados en Outsourcing
- Si se da un cambio significativo en la dirección de la empresa que haga inoperante o no justifique el Outsourcing, implica una grave pérdida económica y serias implicaciones legales ante la rescisión prematura del contrato de outsourcing, si no se tomaron las debidas previsiones al elaborarlo, mediante cláusulas que permitan la finalización anticipada de los mismos, ante variaciones en la tecnología o las condiciones socioeconómicas existentes al momento de su firma.
- Al implementarse las políticas de Outsourcing, se da el elemento de desmotivación en los empleados de la empresa ante la amenaza de su estabilidad laboral con el consiguiente deterioro de la productividad, es por ello que antes del inicio de cualquier acción dirigida al cambio, se deben realizar reuniones y charlas acerca de las ventajas, los cambios de condiciones, la manera en que estos cambios afectarán a los trabajadores para que estos tengan un panorama completo de cuáles serán los efectos sobre cada uno de ellos y evitar las especulaciones que pueden traerse abajo un buen plan de reingeniería.

- Pueden existir, además, inestabilidades laborales entre la empresa contratante y contratista por los cambios que la primera haga en las áreas de gerencia o personal clave.

**CAPÍTULO 5**  
**FORMAS DE OUTSOURCING**

El Outsourcing, generalmente, se implementa a través de la contratación de operaciones o servicios provistos por cooperativas de trabajo o por contratistas independientes; estas figuras tienen en común. la autonomía administrativa, técnica y financiera frente a un usuario o contratante de sus productos o servicios.

## **5.1 Cooperativas de Trabajo Asociado**

Los orígenes del Movimiento Cooperativo Moderno datan del 1844, en el poblado de Rochdale, Inglaterra. No fue hasta fines del año 1844 (21 de diciembre), en donde 27 hombres y una mujer se dieron a la tarea de formar la primera Cooperativa de Consumo. Para lograr reunir su capital transcurrió un año de labores ahorrando cuatro centavos semanales para un gran total de una libra esterlina cada uno. Luego de este inicio de un nuevo renacer económico, es que surgen las diferentes cooperativas en el mundo.

A partir del pensamiento expresado en el párrafo anterior, se puede colegir que las cooperativas son grupos de personas que se asocian aportando capital o trabajo, propendiendo a que, de una manera organizada y eficiente, se logre la producción de bienes o servicios y a la vez cumplir, con su objeto social.

Existen numerosas formas de cooperativas, pero el enfoque que se dará será hacia aquellas que se conforman con la idea de trabajo asociado y son en las que los socios de la cooperativa aportan su trabajo y sus aportes económicos para que se realicen, dentro de la organización cooperativa, la prestación de un servicio y, o la producción de bienes a terceros, con participación en la toma de decisiones y orientación de la cooperativa al ser a la vez, socios y trabajadores.

### **5.1.1 Origen del Cooperativismo**

El libro Derecho Cooperativo Asociativo hace un buen resumen del cooperativismo nacido en el siglo XIX como una respuesta a la revolución industrial y el nacimiento de una nueva clase social ante el surgimiento de las máquinas que empiezan a reemplazar la mano de obra manual provocando una caída en el ya de por sí exiguo pago, como ya se mencionó fue en 1844 en Rochdale donde surge la primera cooperativa de consumo del mundo y fue la base para el desarrollo del modelo cooperativo en Latinoamérica.

A pesar de que otros autores señalan que, cronológicamente, esta no fue la primera cooperativa, sino la fundada por William King en 1827, su importancia constituyó el modelo tipo dentro de Inglaterra y el resto del mundo.

El pensamiento socialista y sus aportes ayuda, desde sus conceptos, al origen y desarrollo del modelo de las cooperativas de trabajo asociado. En Bélgica, se presenta el caso de Felipe Buchez (1796-1865), el cual publicó en 1831, un proyecto sobre cooperativas de producción y/o trabajo asociado y ayudó a la creación de cooperativas de ebanistería y de joyeros; se basó en las ideas de apoyo a pequeños industriales y artesanos fundamentados a nivel financiero en recursos propios y mutua cooperación de los asociados.

Luis Blanc (1812-1882), publicó sus ideas en un ensayo denominado “La Organización del Trabajo”, orientada hacia los trabajadores de las grandes industrias y proponía la intervención del estado en asistencia técnica y financiera para las cooperativas. Sus asociaciones se hicieron llamar “Talleres Sociales”, luego

denominados Talleres Nacionales que se regían bajo una estructura de reglamentos militares lo que provocó, en 1848, su clausura ante los cambios que se suscitaron en la política francesa motivándolo a reflexionar al promover, el cambio a partir de la cooperación voluntaria sin excluir la posibilidad de una ayuda estatal.

Ferdinand Lasalle (1825-1864), del movimiento socialista moderno hizo énfasis en la importancia del movimiento cooperativista, promocionándolo como la posibilidad del obrero de ser su propio patrón siempre bajo el ala del estado como soporte en el campo financiero.

Carl Marx enfatizó las cooperativas de trabajo asociado como producto del trabajo de los mismos trabajadores y Frederick Engels propuso las cooperativas como el paso necesario para migrar del capitalismo al socialismo al no encontrarse, según él decía, ninguna semejanza o espacio en que pudiesen desarrollarse tanto el capitalismo como el cooperativismo.

En su publicación de 1923 “De la Cooperación”, Lenin (1870-1924), se refirió a las cooperativas como la “nueva política económica” y las consideró como el medio para la construcción del socialismo.

En el país vasco en España, en 1956, surgen las primeras cooperativas industriales llamadas “Complejo Cooperativo de Mondragón” y con ello en la siguiente década, se dio el florecimiento del cooperativismo en España.

Es así como para el año 1975 y hasta 1984 nacen en España al menos 6.000 cooperativas y en 1986, surgen las Sociedades Anónimas Laborales con derechos similares a los de las sociedades anónimas.

El crecimiento del cooperativismo, en términos generales, en la Comunidad Económica Europea, en las décadas de los años 70 y 80 se crearon cerca de 22.000 cooperativas contando, únicamente, aquellas afiliadas al Comité Europeo de las Cooperativas de Producción., Así mismo en Inglaterra surgieron 1365 cooperativas y en la República Democrática de Alemania existían, bajo el régimen socialista gran cantidad de cooperativas, por el contrario, en la Alemania Federal, no aparecen cooperativas de trabajo asociado de importancia y si se les menciona, es más en teoría que en la práctica.

### **5.1.2 El Cooperativismo en Costa Rica**

La capacidad cultural y organizativa de los pueblos, así como las necesidades de los sectores laborales afectados por el surgimiento de nuevas relaciones económicas, productivas y mercantiles, que incidían sobre su condición de vida, provocaron el nacimiento del movimiento cooperativo en Costa Rica, siendo para los sectores más lúcidos e informados, una alternativa organizativa para orientar su vida y trabajo.

El cooperativismo fue el producto social complejo, conformado por elementos de carácter político, ideológico, cultural y económico. En Costa Rica, alimentado además, por elementos, factores e influencias de carácter internacional de orden pragmático y cognoscitivo, que llevó a los trabajadores a crear un espacio nacional alejado del individualismo y el mecanicismo de otros conglomerados sociales.

#### ***5.1.2.1 Las Organizaciones Pre Cooperativas***

Para la segunda mitad del siglo XIX, alimentadas por la información acerca de las victorias de Napoleón III, las guerras en Europa y la misma Guerra contra los filibusteros de 1856, surgen en Costa Rica los primeros indicios de ideas y organizaciones de corte cooperativista al discutirse a nivel local, alimentados por las informaciones periodísticas, las ideas de Proudhon, Saint Simon, Fourier y otros pensadores de la época.

Dado el nivel de educación y cultura de las altas esferas sociales costarricenses, no eran desconocidas las nuevas tendencias del pensamiento europeo y entre estos, las relacionadas con el cooperativismo y organizaciones

asociativas, a pesar de la férrea disciplina imperante en aquellos tiempos, lo que equivale a la creación de retos sociales que trascienden a los individuos, articulándose en la diversidad de situaciones y actores de un proceso de transición de finales del siglo XIX e inicios del XX.

Con el surgimiento de nuevas relaciones laborales y productivas en las áreas urbanas con acceso a las ideas e influencias extranjeras, es en las ciudades donde se gestan las ideas del cooperativismo como organización.

El origen de la formación de cooperativas en Costa Rica no está claro, sin embargo, se afirma que en febrero 16 de 1859, en el periódico La Crónica, se hace referencia al surgimiento en las urbes europeas, del gremio de artesanos y jornaleros, así como la fundación de cajas de ahorro y seguros de vida, vejez y muerte, particularmente en España, sin embargo la creación de la Sociedad de Beneficencia Alemana es quizás, la primera organización antecesora del cooperativismo en Costa Rica, la cual tenía como objeto social la protección de inmigrantes alemanes mediante una caja de ahorros que les proporcionaba recursos para su establecimiento en el país, así mismo, existía una caja de ahorros entre los militares según el periódico La Crónica del 16 de febrero de 1859.

Así, través del tiempo, surgen asociaciones de artesanos, con estatutos claros que revelan capacidad organizativa y reconocimiento por parte del Gobierno, pero con el único fin de dar apoyo económico a sus miembros; estas organizaciones surgen además en otros países latinoamericanos como México, Colombia y Perú.

Fue bajo el gobierno de Tomás Guardia que se dan los primeros pasos hacia el cooperativismo actual, con la Asociación de Artesanos fundada el 13 de enero de

1874 por unos trescientos artesanos bajo el formato que habían traído los alemanes para la fundación de su ya mencionada cooperativa.

Posterior a esta, se funda una Caja de Ahorros en Puntarenas, la cual publica algunos Artículos sobre “La previsión y el ahorro” de La Vasseur, fragmentos de “La vida moral e intelectual de los obreros” de Eugenio Tallon y de Julio Simon, “Sociedades que tienen por objetos transformar a los obreros asalariados en obreros asociados”.

Ante la necesidad de liquidez para la sobrevivencia, surgieron organizaciones que brindaban auxilio mutuo a sus asociados ante el incipiente crecimiento comercial, promovidas desde el extranjero, no solo por parte de ciudadanos alemanes, sino además de españoles que crearon las cajas de ahorro.

Los pequeños bancos de crédito fueron la base de apoyo para los sectores más débiles de la economía y son, en la historia moderna de Costa Rica, el medio para el surgimiento de una clase trabajadora organizada. La mala costumbre de no ahorrar, “surgida en el siglo XIX y desde 1936 hasta mediados de la década de los setenta con las teorías keynesianas contrarias al ahorro tuvo sus efectos en el crecimiento económico”.

La pérdida de la capacidad de ahorro por el aumento del consumo y ante el aumento de la morosidad, el incremento de la rotación del capital y la rentabilidad financiera de las entidades bancarias, parecen ser las causas de la desaparición de la costumbre del ahorro.

### **5.1.2.2 El Cooperativismo en Costa Rica**

A finales del siglo XIX, se tiene información de la creación de una organización cooperativa para la producción agrícola la cual se denominaba Cooperativa Agrícola Costarricense de Cultivos y Colonización Interior, casi al mismo tiempo surge también La Sociedad Cooperativa, conformada por artesanos heredianos y una más en San José, también por artesanos.

A partir de un decreto aprobado por el presidente de Costa Rica, General Federico Tinoco Granados, en julio de 1918, es que se inicia la historia moderna del cooperativismo en Costa Rica, pues, ante el insuficiente abastecimiento productivo, principalmente en el Valle Central, el presidente decreta la creación de cooperativas de producción agrícola con participación estatal, expandiendo la frontera agrícola para el cultivo de cereales para consumo interno y exportación, creando puestos de trabajo para los desempleados y beneficios para la actividad exportadora.

En 1920 se creó la Confederación General de Trabajadores y más adelante esta propuso, en 1927 la creación de la Sociedad Cooperativa Industrial, que usaría los talleres del Ministerio de Fomento y Obras Públicas para uso de los trabajadores, es así como, paulatinamente, surgen gran cantidad de cooperativas las cuales, en la primera mitad del siglo XX estuvieron muy relacionadas con la actividad sindical y la lucha política de los trabajadores, los cuales fueron bastión importante en la revolución de 1948, a pesar de la limitación en el desarrollo que sufrían para esa época.

En la segunda mitad del siglo pasado, se reforzaron las cooperativas con la creación de leyes y en la actualidad, existen más de 6,000 y uno de cada cinco ciudadanos, forma parte de una de ellas.

### 5.1.3 Marco Jurídico

Las cooperativas en Costa Rica están sustentadas desde la Constitución Política y es en su Artículo 64 que reza lo siguiente:

“El Estado fomentará la creación de cooperativas como medio para facilitar mejores condiciones de vida de los trabajadores...”, luego de ello y como ya se mencionó en la historia del cooperativismo no es sino hasta 1968 que, formalmente, se hace la fundamentación legal de esta forma de organización.

Dentro de la legislación referente al cooperativismo, la Ley 4179 es el fundamento que regula la creación de cooperativas, así como la del ente encargado del apoyo y control de las cooperativas existentes.

En esta ley, en su Artículo 2, se define qué es una cooperativa:

*Artículo 2º.- Las cooperativas son asociaciones voluntarias de personas y no de capitales, con plena personalidad jurídica, de duración indefinida y de responsabilidad limitada, en las que los individuos se organizan democráticamente a fin de satisfacer sus necesidades y promover su mejoramiento económico y social, como un medio de superar su condición humana y su formación individual, y en las cuales el motivo del trabajo y de la producción, de la distribución y del consumo, es el servicio y no el lucro.*

Al tener libertad las cooperativas, según este Artículo, para desarrollar diversas actividades, las faculta para desempeñar labores de tercerización tal y como lo demuestran las cooperativas que han desarrollado servicios de salud en conjunto con la Caja Costarricense de Seguro Social, siendo una de ellas una cooperativa

cogestionaria, otra cooperativa autogestionaria, una asociación sin fines de lucro y otra que es un programa institucional, este derecho a contratar está reforzado en el Artículo 6 inciso g- de la misma ley de cooperativas:

**Artículo 6º.-** *Las asociaciones cooperativas disfrutarán de los siguientes privilegios:*

...

*g) Derecho a contratar preferentemente con el Estado, en igualdad de condiciones para la venta, adquisición o distribución de productos o prestación de servicios que sean requeridos por aquel o cualquiera de sus instituciones.*

Además, el Artículo 15 de la misma ley señala el objeto social en que pueden desempeñarse las cooperativas, incluyendo bienes y servicios y definiendo claramente que pueden ser de cogestión o autogestión.

**Artículo 15.-** *Las cooperativas son: de consumo, de producción, de comercialización, de suministros, de ahorro y crédito, de vivienda, de servicios, escolares, juveniles, de transportes, múltiples y en general de cualquier finalidad lícita y compatible con los principios y el espíritu de cooperación.*

*Las cooperativas de producción de bienes y servicios que llenen los requisitos que esta ley establece en los Capítulos XI y XII, se clasificarán además como de cogestión o de autogestión, respectivamente.*

Con la posibilidad de cogestión o autogestión, permite a las mismas realizar labores de tercerización, sin limitar si son bienes o servicios para personas físicas o jurídicas, públicas o privadas.

Como ya se mencionó en el apartado de la naturaleza jurídica de esta ley, la Reforma del Código Procesal Laboral, modifica el articulado del Título Séptimo

referente a las infracciones a las leyes de trabajo y sus sanciones, Artículos 396 a 403 del Código de Trabajo, así mismo también se modifica el articulado del Capítulo Decimoquinto, el juzgamiento de las infracciones a las leyes de trabajo y de previsión social, Artículos 669 al 681 del mismo cuerpo normativo, y en el Artículo 669 se declara la naturaleza sancionatoria laboral de las infracciones.

Además, se mencionó que no deja excluidas las posibles sanciones que se puedan dar a la vista del ordenamiento jurídico común, según refiere el segundo párrafo del Artículo 338.

Según los párrafos anteriores, existen prácticas que distraen parte de la remuneración para evitar el reporte de estas a las entidades de interés social, estas formas irregulares de remuneración se alejan de la normativa vigente y afectan el salario como garantía constitucional establecida en el Artículo 57 de la Constitución de La República de Costa Rica:

**Artículo 57.-** *Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica, por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia.*

*Todo lo relativo a fijación de salarios mínimos estará a cargo del organismo técnico que la ley determine.*

El reforzamiento de la Reforma Procesal Laboral cierra los portillos que permiten esta práctica y prevé sanciones para quienes, mediante la simulación de contratos de terceros, buscan eludir sus responsabilidades sociales y fiscales.

#### **5.1.4 Definición de Cooperativa**

La figura jurídica Cooperativa se puede definir como:

“Toda empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportadores y gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”.

Las cooperativas son aquellas en las cuales los asociados aportan su trabajo personal para desarrollar actividades como la producción de bienes, prestación de servicios o ejecución de obra.

### **5.1.5 Características de las Cooperativas**

Las Cooperativas tienen las siguientes características, de acuerdo con el Artículo 3 de la Ley 4179:

*Artículo 3º.- Todas las cooperativas del país deberán ajustarse estrictamente a los siguientes principios y normas:*

- a) Libre adhesión y retiro voluntario de los asociados.*
- b) Derecho de voz y un solo voto por asociado.*
- c) Devolución de excedentes y aceptación de pérdidas por parte de los asociados en proporción a las operaciones que realicen con la cooperativa de acuerdo a su participación en el trabajo común.*
- d) Pago de un interés limitado a los aportes hechos al capital social.*
- e) Neutralidad racial, religiosa y política e igualdad de derechos y obligaciones de todos los asociados.*
- f) Fomento de la integración cooperativa.*
- g) Fomento de la educación y del bienestar social y mejoramiento de las condiciones de vida de los asociados y sus familias.*
- h) Duración indefinida, capital variable e ilimitado, y número ilimitado de asociados.*
- i) Responsabilidad limitada.*
- j) Irrepartibilidad entre los asociados de las reservas establecidas por ley y de excedentes producidos por las operaciones con personas que, sin ser asociados, hubieran usado los servicios de la cooperativa y de los ingresos no provenientes de la función social de la cooperativa, y*

*k) Autonomía*

Todo ello permite que las cooperativas sean total y legalmente, aptas para el ofrecimiento de servicios de outsourcing a empresas tanto públicas como privadas.

### **5.1.6 Principios Cooperativos**

Las cooperativas se basan en los siguientes principios para el desarrollo de sus actividades:

- **Democracia:** Todos los asociados de la cooperativa, sin distinción del monto de su aporte, tienen derecho a un voto en las asambleas siempre y cuando, cumpla con todos los requisitos que el ordenamiento le exige, diferente a las entidades con ánimo de lucro en que los votos van acorde a la cantidad de acciones en posesión.
- **Independencia política y religiosa:** La pertenencia a determinado partido político y grupo religioso, no obsta para formar parte de una cooperativa o la exclusión de una, como miembro, por sus pensamientos.
- **Principio de adhesión voluntaria:** La permanencia como miembro de una cooperativa es voluntaria y no existe una sujeción exigida a esta, es decir si el asociado decide retirarse, lo hace en cualquier momento sin exigencias adicionales.
- **Principio de la Educación:** Como meta primordial de las cooperativas, la educación en cooperativismo de sus asociados es requisito básico para el desarrollo del bien común y la justicia.
- **Principio de Participación Económica de los Socios:** Los socios disfrutan de los beneficios del trabajo o servicio que prestan en partes iguales.
- **Principio de Autonomía e Independencia:** “Las cooperativas son organizaciones autónomas de auto ayuda, gestionadas por sus socios. Si

firman acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa”.

- Principio de la Integración: Las cooperativas se ayudan entre sí para el fortalecimiento del sector cooperativo.

## **5.2 Contratistas Independientes**

### **5.2.1 Origen y Definición**

Esta figura de contratación surge en tiempos antiguos, ya se tienen referencias al respecto en tiempos del Imperio Romano cuando se menciona el contrato de arrendamiento de servicios, diferenciando entre el “Locatio Operarum” y el “Locatio Operis”. El primero de ellos era todo aquel contrato en el cual una persona definida como “Locator” prestaba un servicio a otra persona a la que se le llamada “Conductor” a cambio de una contraprestación llamada “Merces”. La prestación realizada podía versar solo sobre servicios que debían ser valorizados en dinero:

“De este número son las Operai Liberalis, como los retóricos, gramáticos, geómetras, médicos, abogados y otros muchos. Se admite, sin embargo, que estas personas podían recibir una remuneración, pero se llamaba honorarium y no podía ser reclamada en justicia más que por una cognitio extraordinario”.

La tradición de una cosa por parte de su dueño a otra persona para realizar cualquier trabajo sobre ella era la Locatio Operis, la cosa arrendada era la operación que contratar, el Locator era el que entregaba la cosa o material y el Conductor quien la realizaba, por lo cual era el Locator, el que pagaba la remuneración; esto se asemeja al actual contrato de obra en que se suministran los materiales para que sean transformados en el producto final deseado.

En la legislación costarricense, este contrato está regulado dentro del Código de Trabajo en sus Artículos 22, 24, 31, 41 y 52, estableciéndose la no subordinación o dependencia y más bien la plena autonomía por parte del contratista. Se entiende

claramente que el contrato de servicios (Artículo 4 del Código de Trabajo) es diferente al contrato de arrendamiento de cosas, regulado en el Código Civil, Título V, Capítulo I.

En el contrato de trabajo, por obra determinada, el plazo depende de la conclusión de una obra o proyecto. De conformidad con el Artículo 86 inciso a) del Código de Trabajo, la conclusión de la obra finiquita el contrato de trabajo sin responsabilidad para ninguna de las partes, lo que señala, claramente, que es un contratista independiente.

### **5.2.2 Características de la relación de Contrato Independiente**

- La prestación del servicio la realiza el contratista por su cuenta y riesgo. Es decir, puede desarrollarla directamente o por medio de otras personas, conservando sobre sí la responsabilidad de su ejecución.
- La dependencia o subordinación, elemento esencial en la relación laboral, no está vigente en la relación contratante, contratista, siendo este elemento, la subordinación, el que diferencia estas dos figuras jurídicas.
- El contratista independiente cuenta con la autonomía técnica y directiva para actuar bajo sus propios lineamientos y procedimientos, siendo la intervención del contratante únicamente con el fin de obtener el resultado esperado de acuerdo con sus instrucciones.
- El contrato de prestación de servicios es la base para la relación entre el contratante y el contratista, con base en el nudo consenso, sistema que rige los contratos en Costa Rica, por lo que solo con el acuerdo de las partes se adquieren derechos y obligaciones para las partes, para ejecutar las tareas u obra encomendada y el pago de un precio o remuneración.
- La realización del servicio u obra por parte del contratista o un tercero designado por él es, totalmente, válida, siendo solidariamente responsable el contratante ante el incumplimiento de las obligaciones laborales y sociales dejadas de cancelar a los trabajadores del primero, según el Artículo 399 del Código de Trabajo ya mencionado con anterioridad.

**CAPÍTULO 6**  
**EFFECTOS LABORALES DEL OUTSOURCING**

## **6.1 Aspectos Jurídicos Básicos**

Se presenta, a continuación, un análisis de los elementos jurídicos básicos, necesarios para el desarrollo de la responsabilidad del contratista y del contratante respecto a sus obligaciones legales para con los trabajadores que el primero pone a realizar labores encomendadas por el segundo.

### **6.1.1 Principios Laborales Constitucionales y Legales**

Nuestra Constitución Política, en el Título V, Derechos y Garantías Sociales, garantiza la seguridad social y la obligación del Estado, los patronos y trabajadores de cotizar para este sistema, tal como, claramente, lo señala el Artículo 73:

***Artículo 73.-** Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.*

*La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.*

*No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.*

*Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.*

Así mismo, se establece la irrenunciabilidad de derechos individuales en general, así reseñado en el Artículo 74:

***Artículo 74.-** Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.*

Por otra parte, en la Reforma Procesal Laboral, se señala el Principio de Primacía de la Realidad, el cual se estatuye en el Artículo 422:

**Artículo 422.-** *Al interpretarse las disposiciones de este título, deberá tenerse en cuenta que su finalidad última es permitir ordenadamente la aplicación de las normas sustanciales y los principios que las informan, incluidas la justicia y la equidad, cuando resulten aplicables. Las personas encargadas de los órganos de esta materia dirigirán el proceso de forma protagónica, impulsándolo oportunamente, buscando la verdad real dentro de los límites establecidos, dándole a esta primacía sobre las expresiones formales, tutelando la indisponibilidad de los derechos y aplicando, de forma adecuada, las reglas "pro operario" ("in dubio pro operario", norma más favorable y condición más beneficiosa), de modo que en la solución de los conflictos se cumplan los principios cristianos de justicia social y la desigualdad de la parte trabajadora no se exprese en el resultado del proceso.*

#### **6.1.1.1 Irrenunciabilidad de Derechos**

Como ya se mencionó, los derechos laborales son irrenunciables a partir de lo señalado en la Constitución Política y en el Código de Trabajo, lo que establece que los mismos son de carácter público, es decir, existen derechos consagrados que son de obligatorio cumplimiento y que no pueden ser modificados por la autonomía de la voluntad de las partes, en otras palabras, ni el patrono ni el trabajador podrán pactar condiciones por debajo o que afecten lo establecido por la ley y el incumplimiento de la ley conlleva sanciones, tal y como lo señala el Artículo 11 del Código de Trabajo:

**Artículo 11.-** *Serán absolutamente nulas, y se tendrán por no puestas, las renunciaciones que hagan los trabajadores de las disposiciones de este Código y de sus leyes conexas que los favorezcan.*

#### **6.1.1.2 Principio de Primacía de la Realidad**

El principio de la primacía de la realidad constituye una de las herramientas más relevantes del Derecho del Trabajo y que tiene su fundamentación tanto en el Código de Trabajo, en sus artículos 24 y 25 así como en la jurisprudencia nacional.

**Artículo 24.-** *El contrato escrito de trabajo contendrá:*

*a. Los nombres y apellidos, nacionalidad, edad, sexo, estado civil y domicilio de los contratantes;*

*b. El número de sus cédulas de identidad, si estuvieren obligados a portarlas;*

*c. La designación precisa de la residencia del trabajador cuando se le contratare para prestar sus servicios o ejecutar una obra en lugar distinto al de la que tiene habitualmente;*

*d. La duración del contrato o la expresión de ser por tiempo indefinido, para obra determinada o a precio alzado;*

*e. El tiempo de la jornada de trabajo y las horas en que debe prestarse éste;*

*f. El sueldo, salario, jornal o participación que habrá de percibir el trabajador; si se debe calcular por unidad de tiempo, por unidad de obra o de alguna otra manera, y la forma, período y lugar del pago.*

*En los contratos en que se estipule que el salario se pagará por unidad de obra, además de especificarse la naturaleza de ésta, se hará constar la cantidad y calidad*

*de material, el estado de la herramienta y útiles que el patrono, en su caso, proporcione para ejecutar la obra, y el tiempo por el que los pondrá a disposición del trabajador, así como la retribución correspondiente, sin que el patrono pueda exigir del mismo, cantidad alguna por concepto del desgaste natural que sufra la herramienta, como consecuencia del trabajo;*

*g. El lugar o lugares donde deberá prestarse el servicio o ejecutarse la obra;*

*h. Las demás estipulaciones en que convengan las partes;*

*i. El lugar y fecha de la celebración del contrato, y*

*j. Las firmas de los contratantes, en el entendido de que dos testigos podrán sustituir válidamente la de quien no sepa o no pueda hacerlo.*

*El Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social podrá imprimir modelos de contrato para cada una de las categorías de trabajo, a fin de facilitar el cumplimiento de esta disposición.*

*(El nombre del Ministerio fue así reformado por la Ley No. 5089 de 18 de octubre de 1972).*

**Artículo 25.-** *La prueba plena del contrato escrito sólo podrá hacerse con el documento respectivo. La falta de éste se imputará siempre al patrono; en este caso, dicha prueba se hará de acuerdo con lo que dispone el párrafo siguiente. El contrato verbal se probará por todos los medios generales de prueba; pero si se tratare de testigos al servicio del mismo patrono a cuyas órdenes trabaja el interesado, se necesitará la concurrencia de tres declarantes conformes de toda conformidad en los puntos esenciales del pacto. Sin embargo, si dicho patrono no ocupare a más de cuatro trabajadores bastará con el testimonio de dos de ellos.*

Américo Plá Rodríguez señala que “el principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”.

Mario de la Cueva define este principio así:

*“La existencia de una relación de trabajo, depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado (...) de donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, pues, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de valor.”*

La Sala Segunda ha definido y se ha apoyado en el Principio de Primacía de la realidad para establecer jurisprudencia que permite esclarecer la clase de relación laboral que se da entre La Empresa y un trabajador que, en principio, es contratado como un trabajador externo y ha dictado numerosas resoluciones basada en este principio.

Voto de mayoría

**“IV. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:** Como en este asunto lo que se ventila es la existencia de una relación laboral, debemos acudir a los artículos 2, 4 y 18, todos del Código de Trabajo, que, por su orden, disponen: *“Artículo 2. Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de una u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo”*. *“Artículo*

*4.- Trabajador es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo". Y, "Artículo 18. Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo*

*aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de esta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe".* Con fundamento en lo

anterior, se han señalado tres elementos que caracterizan una relación de naturaleza laboral, a saber: la prestación personal del servicio, la retribución y la subordinación jurídica.

Como los dos primeros se presentan también en otro tipo de contrataciones, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha recurrido al tercer factor -la subordinación jurídica- como criterio de distinción, entendida como la facultad del empleador de dar órdenes al trabajador y disciplinar sus faltas, así como la de dirigir las tareas. Este concepto ha sido definido como un estado de limitación de la autonomía del trabajador con motivo de la potestad patronal para dirigir y dar órdenes sobre las labores a desempeñar, y su correlativa obligación de obedecerlas (CABANELLAS (Guillermo), Contrato de Trabajo, Volumen I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, pp. 239 y 243). Es decir, la subordinación laboral lleva implícitos una serie de poderes que el empleador puede ejercer sobre el trabajador, cuales son: el poder de mando, el poder de fiscalización, el poder de dirección y el poder disciplinario. Al estudiar asuntos como el que se conoce, debe tenerse en mente el principio de primacía de la realidad, cuya aplicación está implícita en el mencionado artículo 18. De

acuerdo con el mismo, en esta materia cuentan antes y preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, que se superponen a los hechos que consten documentalmente. En efecto, dicho principio establece que *“en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”* (AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ, Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, segunda edición, 1990, p. 243). Centrando la atención en el caso de marras, la Sala comparte lo decidido por los jueces de inferior

grado en cuanto a que medió un verdadero contrato de arrendamiento y no una relación laboral encubierta. A folios 38, 47, 57, 66, 72, 81, 89, 99, 111, 124, 134, 148, 161, 188, 201 y 223 se encuentran ejemplares del “contrato privado de arrendamiento de inmueble” celebrado entre D. S. A. y cada uno de los demandantes, cuyas disposiciones más relevantes eran: de una finca de su propiedad, la empresa les alquilaba a los actores parcelas de aproximadamente 10 hectáreas, con plantaciones de palmito en plena producción; el arrendamiento no incluía el suministro de insumos, herramientas ni maquinaria, toda vez que la explotación corría por cuenta exclusiva del arrendatario; el destino exclusivo del predio era la siembra de palmito; al finalizar el contrato, el arrendatario tenía que devolver el inmueble con el mismo número de cepas con que lo recibió; el contrato duraría 6 meses a partir del 1° de agosto de 2002, prorrogables automática y sucesivamente por periodos iguales hasta por 5 años si ninguna parte le comunicaba a la otra su intención de ponerle fin; el precio del alquiler era 110.000 colones mensuales; el arrendatario debía darle el debido mantenimiento a la parcela y autorizaba que los inspectores de D. S. A. verificaran

el cumplimiento de dicha obligación; el arrendatario no podía subarrendar, ceder, prestar o traspasar los derechos que se derivasen del contrato. No es cierto que este esquema haya sido una imposición de D. S. A., pues se probó que a los demandantes se les brindaron todas las explicaciones acerca de cómo funcionaría el sistema, y quienes no querían formar parte de este, simplemente no rubricaban el contrato. Ahora bien, atendiendo a los dictados del principio de primacía de la realidad, ha de examinarse si en el plano de los hechos la relación se desarrolló en los términos descritos. De los testimonios que a continuación se transcriben (los cuales, a pesar de provenir de empleados de D. S. A., se estiman creíbles por ser numerosos, claros, precisos y concordantes) se colige que efectivamente fue así, lo que descarta la presencia de un nexo laboral. \*...+. De las deposiciones citadas se desprende que no hubo un régimen de subordinación jurídica, habida cuenta de que los actores no estaban sometidos a una jornada, no tenían un superior jerárquico que les impartiera órdenes ni se les imponían sanciones disciplinarias. La circunstancia de que D. S. A. les suministrara los insumos (posición n° 15 de la confesión rendida por don H. a folio 591) no era una forma de control de calidad, como lo entienden los demandantes. Por el contrario, se demostró que la empresa se los vendía a precios cómodos y mediante facilidades de financiamiento, debido a que, como manejaba un elevado volumen de adquisiciones de ese tipo de materiales, lograba conseguirlos más baratos; lo que no implicaba que los accionantes no pudieran comprarlos por sí mismos en otro lado si así les convenía. Incluso se ofrecía ese programa de financiamiento a productores que labraban sus propias tierras, o sea que no eran arrendatarios de D. S. A. Las visitas de los técnicos de D. S. A. (contempladas expresamente en el contrato) no eran una señal de subordinación, sino que

por ese medio la arrendante revisaba las condiciones en que se encontraban los terrenos y las plantaciones, siendo normal en cualquier contrato de alquiler que el arrendante pueda vigilar el estado de la cosa dada en arriendo. El hecho de que antes y después del contrato de arrendamiento los demandantes hayan estado ligados a la accionada mediante un contrato de trabajo no implica que los 2 años en disputa deban reputarse como una continuación de la relación laboral, ya que se comprobó que la modalidad de prestación del servicio cambió totalmente en ese lapso; así como que los anteriores contratos de trabajo (un modelo del cual aparece a folio 192) fueron oportunamente finiquitados, cancelándose las prestaciones legales (a modo de ilustración, obsérvese el documento de folio 71). No es verdad que los servicios prestados se hayan mantenido incólumes, ya que cuando los actores eran peones formaban parte de cuadrillas dedicadas a una sola faena (por ejemplo, unos se encargaban de la corta, otros de la deshija, otros de la fumigación, etc.), mientras que cuando se les alquilaron las parcelas cada uno de ellos debía llevar a cabo todas las tareas. Se constató, además, que recibían ayuda de sus familiares y que incluso organizaron grupos entre ellos para lograr una mayor eficiencia. Una esclarecedora muestra de que los accionantes, en su condición de arrendatarios, eran productores autónomos, fue que sus ingresos aumentaron considerablemente respecto de los salarios que devengaban en carácter de peones. Aunado a lo anterior, el pago no se los hacía D. S. A., sino que existía un fideicomiso con el Banco Interfin, quien colocaba la cosecha al mejor precio de mercado y depositaba mensualmente las ganancias en las cuentas de cada productor, previa deducción de los costos de alquiler, insumos y transporte, así como la respectiva comisión bancaria, lo que denota que no se trataba de un salario. Nótese que los actores obtenían

ingresos diferentes, de acuerdo con su esfuerzo y capacidades, como ocurre en el mundo de los empresarios \*...+ Las tablas de precios mencionadas en esa misiva se allegaron a folios 61, 62, 64, 104, 105, 106, 116, 117, 118, 153, 155, 156, 205, 206, 227, 228 y 230. A la postre, D. S. A. se vio compelida a dejar sin efecto los contratos de arrendamiento debido a que la CCSS levantó planillas adicionales por considerar que se trataba de una relación laboral (folios 43-46, 55-56, 78-80, 85-88, 108-110, 121-122, 144-147, 157-160, 171-174, 175-176, 193-195, 197-200, 210-211, 221-222 y 361-395). A folios 77, 184 y 212 se anexaron algunos de los convenios de terminación del contrato de arrendamiento, lo que se hizo de común acuerdo y sin responsabilidad para las partes, a partir del 28 de agosto de 2004. De seguido los accionantes fueron recontratados como trabajadores de ingreso nuevo, asignándoles un salario por hora, mecanismo de remuneración que se extendió hasta mediados de setiembre de 2005, cuando se pasó a una retribución por destajo (folios 132, 133 y 443). Los demandantes opinan que se incurrió en un ejercicio abusivo del *ius variandi*, por cuanto sus ingresos se vieron desmejorados respecto a lo que ganaban cuando regía el sistema de alquiler de parcelas; por lo que, según su criterio, la accionada, para poder disminuir la remuneración, debió liquidar la relación laboral escondida tras la figura del arrendamiento. Empero, ya se indicó que lo que hubo fue un verdadero contrato de arrendamiento y no uno de trabajo en el periodo de 2 años en cuestión, por lo que la petitoria carece de asidero desde la perspectiva del Derecho Laboral, dado que no es posible conceder extremos como los solicitados por la extinción de un vínculo ajeno al Derecho del Trabajo.”

### **6.1.2 Acto Jurídico**

El acto jurídico se define como la manifestación de voluntad directa y reflexivamente, encaminada a la producción de efectos jurídicos. La existencia de actos jurídicos unilaterales tales como la oferta y el testamento, además de actos jurídicos bilaterales, en que las voluntades de dos o más personas acuerdan la realización de una prestación conforman lo que es el consentimiento de la voluntad y que genera la existencia de la figura jurídica que las partes proponen.

### 6.1.3 Vicios del Acto Jurídico

Los actos jurídicos deben estar libres de vicios tales como el error, la fuerza, el dolo y la simulación, los cuales se pueden definir de la siguiente manera:

- El Error: Es la discrepancia que se establece entre la realidad y lo que se cree que es esta, puede ser de hecho o de derecho. Dentro de la patología del error se pueden distinguir dos tipos:
  - El error obstativo, impropio o inconsciente, el cual se presenta, usualmente, en la fase de exteriorización de la voluntad y puede ser de dos tipos:
    - Lapsus Linguae el cual se presenta ante la falsa expresión o desliz al manifestar la voluntad.
    - El Disenso el cual se presenta ante la mala recepción de la voluntad por parte del destinatario.
  - El error propio o consciente que se produce en la fase de contenido de la voluntad, de tal manera, que cuando se externaliza esta última, ya el vicio existe. Se produce cuando, a pesar de que el sujeto sabe de la existencia del error, con un resultado no querido, manifiesta su voluntad por algún factor distorsionador, este factor puede ser:
    - Violencia: Puede ser moral o física, una presión psicológica o de tacto, que se ejerce sobre un individuo de forma determinante o importante, no necesariamente el agresor va a ser el beneficiario del contrato sino un tercero o interpósita

persona para beneficiar una situación. En este tipo de vicio, la voluntad es real pero enervada por la amenaza que se sufre. Otros factores que influyen cuando se está ante el fenómeno de violencia lo son la edad, la condición de quien la sufra y el género.

- El miedo grave que es la presión psicológica que el individuo ejerce sobre sí mismo.
- El Dolo, que se clasifica en:
  - Dolo positivo el cual es la maquinación engañosa que induce a otro a contratar, es decir, realiza la acción para lograr el cometido.
  - Dolo negativo que consiste en el silencio que guarda una de las partes acerca de las condiciones de la prestación que no puede saber la otra y que afectaría la negociación.
- La Simulación que se produce cuando el manifestante o declarante y la contraparte, convienen en que sus manifestaciones no tengan validez a pesar de su apariencia de existencia y legalidad.

De los elementos de la simulación se pueden definir el concierto simulatorio que es la conciencia de la divergencia entre lo aparente y el acuerdo secreto y algunos autores definen lo que es el engaño fraudulento a terceros, no necesariamente presente en toda simulación.

*“La simulación no es necesariamente fraudulenta y, por ende, moral y jurídicamente condenable... pero como siempre envuelve un engaño al público, de ordinario está determinada por móviles espúeos; trátase con ella de crear una situación aparente en perjuicio de derechos ajenos.”*

La simulación se presenta en dos clases diferentes:

- *La simulación absoluta en que, detrás del acto aparente o simulado, no existe ningún otro acto*
- *La simulación relativa en que detrás del acto aparente hay otro que es el resultado y fin esperado, en otras palabras, un acto simulado con una consecuencia de un acto real.*

La declaratoria de simulación la hace un juez a solicitud de parte, declarando inexistente el acto para la simulación absoluta, al igual que en la relativa, solo que, en esta, el acto final sí es declarado.

### **6.1.4 Elementos del Contrato de Trabajo**

Como ya se ha mencionado con anterioridad, el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades con características especiales y particulares que, para la relación laboral, se precisan por parte de Alexander Godínez Vargas de la siguiente manera:

1. **Es consensual:** lo cual significa que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes quedando estas, por tanto, obligadas a todos los efectos derivados del contrato desde el momento mismo en que consintieron en obligarse y pudiendo serle a ambos sujetos exigidos, desde entonces, sus respectivas prestaciones.

2. **Tiene carácter sinalagmático:** dado que el mismo procede de dos partes.

3. **Es oneroso:** nota esta que supone que cada una de las partes experimenta un sacrificio (representado por la prestación que se cumple), al cual corresponde una ventaja. Normalmente, se entiende que la onerosidad determina un equilibrio o equivalencia entre prestación y contraprestación, si bien debe tenerse en cuenta que dicha equivalencia es suficiente con que sea subjetiva, aun cuando pueda existir un desequilibrio objetivo, problema que correspondería a la justicia intrínseca de la relación en sí.

4. **Es conmutativo:** las prestaciones que se deben las partes son inmediatamente ciertas, de manera que cada una de ellas pueda apreciar, en el momento mismo en que el contrato se perfecciona, el beneficio o pérdida que este pueda causarle.

5. **Es un contrato de ejecución continuada o periódica:** en cuyo carácter el dilatarse en el cumplimiento que cierta duración es condición para que el contrato produzca el efecto querido por las partes y satisfaga la necesidad que les indujo a

contratar. A su vez, y dentro de los de esta categoría, el trabajo pertenece a los denominados de tracto sucesivo, es decir, aquellos en los que la prestación, siendo única, se realiza sin interrupción.

**6. Tiene carácter principal:** en cuanto puede existir por sí mismo, sin depender ni lógica ni jurídicamente de otro.

**7. Es un contrato de naturaleza personal:** en su realización y patrimonial en su contenido, con obligaciones no, estrictamente, de este último carácter.

Para la Sala Segunda, el contrato de trabajo se puede definir y analizar de la siguiente manera:

*“III.- ANÁLISIS DEL CASO: El punto medular del presente asunto radica en determinar la existencia de una relación regida por la legislación laboral. El artículo 18 del Código de Trabajo al respecto establece: “Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada a ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. / Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe”. Como puede dilucidarse, el derecho laboral regulará el trabajo por cuenta ajena, ejecutado de manera personalísima bajo un régimen de subordinación a cambio del pago de un salario. También, esa misma norma establece la presunción iuris tantum a favor de la laboralidad de la relación de quien presta los servicios y la persona que los recibe, figura jurídica plenamente a esta clase de asunto, pues no se establece ninguna clase de diferenciación respecto a si se trata de un patrono público o privado. Según lo dispuesto por el artículo 414 del Código Procesal Civil (aplicable a la materia laboral por remisión del artículo 452 del Código de Trabajo) toda presunción legal exime a la parte que la alegue de la obligación*

de probar el hecho reputado cierto en virtud de tal presunción, no obstante se obliga a quien la invoque a probar la existencia de los hechos que sirven de base, en otras palabras, la prestación personal del servicio. Según se tuvo por acreditado en instancias anteriores, el actor desde noviembre de 1993 al 6 de noviembre de 2009 laboró de forma continua para la demandada. El petente realizaba servicios de mantenimiento preventivo y correctivo del sistema de egresos, primero por medio de contratos a plazo fijo. Luego, a partir del año 1999, firmó un acuerdo denominado "Contrato de Servicios" que contenía los siguientes alcances: "PRIMERA: DEL OBJETO DE ESTE CONTRATO: Por medio del presente contrato "El Contratista" se compromete a suministrar a "RECOPE", de manera personal e intransferible, sus servicios profesionales según se describe en la orden de compra local noventa y nueve -cinco- ocho dos cero. SEGUNDA: DE LOS ALCANCES DE LA PRESTACIÓN: En el marco del proyecto mencionado anteriormente, son labores del "Contratista", las contenidas en el pedido noventa y nueve -nueve- dos cinco siete y en la orden de pedido indicado. TERCERA: DEL TIEMPO DE VIGENCIA DE ESTE CONTRATO: El período de vigencia del presente contrato será de dieciocho meses contados a partir de la firma del presente documento. CUARTA: DEL PRECIO Y DEL PAGO: El precio de venta de los servicios del "Contratista" a "RECOPE" por el período indicado en la cláusula anterior, será la suma de ocho millones cien mil colones netos, amparado ello en la orden de compra local número noventa y nueve -cinco- ocho dos cero el cual será pagado en mensualidades de cuatrocientos cincuenta mil colones mensuales, previa aprobación de la inspección del contrato, contra la presentación de la correspondiente factura timbrada por parte del "Contratista", a satisfacción de "RECOPE". QUINTA: DE LA FISCALIZACIÓN DEL PRESENTE CONTRATO: "El Contratista" consiente en presentar a pedido del Departamento de Sistemas de "RECOPE" los informes de estado y avance de trabajo que ésta le solicite, en un máximo de una semana después de solicitados de manera escrita. El no - acatamiento de esta solicitud, por parte de "El Contratista" faculta a "RECOPE" para

que legítimamente retenga el siguiente pago a “El Contratista” hasta tanto no se haya satisfecho el requerimiento del “RECOPE”, todo ello sin perjuicio de las atribuciones de rescisión o resolución contractual previstas en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento” (folios 230 y 231). En forma conjunta, en la orden de compra local n° 99-5-0820 se consignó: “Contratación de los servicios profesionales para el mantenimiento preventivo y correctivo del sistema de egresos, sistema de contingencia de egresos, demás especificaciones de acuerdo a lo establecido en la oferta y especificaciones del pedido de artículos. / Costo mensual por sistema: / Sistema de egresos en el IBM/4381 ¢375 000.00.- / Sistema de contingencias de egresos ¢75.000.00 / Monto mensual de la contratación ¢450.000.00”. Por último, desde el año 2001 RECOPE por medio de una licitación pública adjudicó estos servicios a una sociedad manejada por el accionante, denominada Avance Tecnológica Futura S.A. A la luz de los elementos citados, no cabe duda que a pesar de las formas con las que RECOPE intentó enmascarar la relación con el accionante, la realidad de las cosas es que estamos frente a un vínculo regido por el derecho de trabajo, amén de que el servidor desde 1993 realizó tareas que por su naturaleza no podían estar sometidas a un contrato por servicios profesionales, al ser básicas y esenciales para el correcto funcionamiento del sector de gestión financiera de la Refinadora, de ahí su prolongada continuidad. Para este despacho es diáfano que las reglas contenidas en el numeral 64 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa no tienen por fin hacer nugatorios los derechos fundamentales de los funcionarios del sector público y menos privarlos de acceso a fuentes de empleo digno y bien remunerado. La forma en que se fijó la negociación entre las partes implicaba una prestación personal de un servicio, porque el contrato determinaba que el actor en su calidad personal debía cumplir con las faenas encomendadas, situación que no cambió, a pesar que la demandada le exigiera constituir una sociedad anónima para recibir su pago. También, estaba sometido a la obligación de brindar informes ante la jefatura del Departamento de Tecnologías de la Información y, recibía una remuneración

*económica estable y periódica. De ahí que estemos frente a los típicos elementos de cualquier contrato de trabajo. Como bien señala el recurrente, esta Sala en el voto n° 2012-0815 de las 10:38 horas del 12 de setiembre de 2012 señaló: “tal como ha expresado esta Sala, aún en el caso de que se hubieren dado procedimientos licitatorios para la contratación de los servicios de la peticionaria, ello no conduciría per se, como lo pretende la representación de la accionada, a que el tipo de relación existente entre los contendientes fuera de servicios profesionales y no laboral; pues, como se ha dicho reiteradamente por esta Sala, y se indicó en el considerando anterior, para el establecimiento de la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes deben analizarse varios elementos e indicios, y no solo un aspecto meramente formal o documental”. Ahora bien, las deposiciones evacuadas en esta sede refuerzan la anterior tesitura. Es de destacar lo expresado por el señor Carvajal Lizano, quien explicó que el accionante vino a cumplir las labores de dos trabajadores ordinarios de RECOPE que salieron de esa institución, más a este no se le incluyó en planilla, porque existía un impedimento para sustituir funcionarios por haber un “congelamiento de plazas”, razón por la cual, se optó por contratar al petente por medio de convenios por servicios profesionales (declaración audible en disco compacto adjunto al expediente). Existen versiones concordantes entre los restantes deponentes acerca de que el peticionario contaba con una estación de trabajo en las instalaciones de la Refinería. Asimismo, que absolutamente todos los insumos de trabajo eran facilitados por la accionada y asimismo, que debía presentarse diariamente a ese recinto en horas de oficina a cumplir con sus responsabilidades (Declaraciones audibles de los manifestantes López León, Torres Araya e Hidalgo Viquez). Así las cosas, ha de revocarse lo fallado en instancias anteriores y procederse a realizar los cálculos de los extremos reclamados por el actor en su demanda.”*

Como se puede colegir de esta resolución, el contrato de trabajo, además de contrato realidad, se rige por una serie de elementos básicos, presupuestos sustantivos o notas definitorias, como lo son la subordinación, la prestación de un servicio, la remuneración y la ajenidad, elementos destacados, como ya se ha mencionado, en el artículo 18 del Código de Trabajo.

#### **6.1.4.1 Prestación de un servicio**

La prestación del servicio es personalísima, es decir, no se puede delegar en un tercero, es directa y exclusiva del trabajador en virtud del contrato de trabajo acordado.

#### **6.1.4.2 Subordinación o Dependencia**

Es la potestad que tiene el patrono de disponer de la capacidad de trabajo del subalterno para la realización de las tareas que aquel le encomiende. 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 este.

Como, acertadamente, lo plasma Cabanellas 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...”*

Por otro lado, dentro de la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, se han hecho análisis referentes a la subordinación del trabajador, tal y como se puede ver en la siguiente resolución:

*Sala Segunda de la Corte*

*Voto de mayoría:*

*“IV.- DE LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO: En resumen, se muestra disconforme el recurrente respecto de la forma en que valoró la prueba el tribunal, por cuanto considera que, en su caso, los servicios de asesoría legal y notarial que le brindó a la demandada eran de naturaleza laboral, en virtud de que se encontraban presentes los elementos de prestación personal del servicio, remuneración y subordinación jurídica. Al respecto debemos indicar que nuestro ordenamiento jurídico laboral define el contrato individual de trabajo como: “... todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma” (artículo 18 del Código de Trabajo). La misma norma, en su párrafo segundo, se encarga de crear una presunción de naturaleza iuris tantum o que admite prueba en contrario, según la cual, existe contrato de trabajo o relación laboral entre quien presta sus servicios y quien los recibe. Así las cosas, es evidente que la relación laboral se funda, principalmente, en la existencia de tres elementos centrales, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación jurídica. Apareciendo además otros elementos, que modernamente se han tomado en consideración en virtud del surgimiento de formas atípicas de contratación, para determinar cuando estamos en presencia de una prestación personal de servicios de naturaleza laboral, tales como la dependencia económica o la ajenidad (ver sobre el tema, de esta Sala, el voto n° 2003-00354 de las 9:20 horas del 11 de julio de 2003). Conforme a lo anterior, se ha entendido que corresponde a*

*la persona trabajadora la carga de la prueba de acreditar la existencia de la prestación personal del servicio, y a la persona demandada como presunto patrono, desvirtuar el carácter laboral de la relación, trayendo al proceso elementos de convicción que denoten que en la especie no existió subordinación jurídica, al ser considerado éste como un elemento esencial del contrato de trabajo (entre muchas otras pueden consultarse las sentencias de esta Sala n°s 2007-00764 de las 8:40 horas del 12 de octubre de 2007; 2004-00802 de las 9:30 horas del 24 de setiembre de 2004; 2001-00093 de las 10:30 horas del 2 de febrero de 2001; 2001 de las 9:30 horas del 31 de enero de 2001). Ahora bien, en los casos de las personas que ejercen profesiones liberales, se ha entendido que, bien podemos encontrarnos en presencia de una prestación de servicios autónoma, o una de naturaleza laboral, por lo que este tipo de relaciones en muchas ocasiones se sitúan dentro de las llamadas zonas grises del derecho del trabajo o casos frontera, y para develar si estamos en presencia de una u otra debemos acudir a una serie de indicios que valorados en su conjunto nos permitan clasificarla adecuadamente. Sobre el particular en el voto 2007-00954 de las 10:50 horas del 17 de diciembre de 2007 se dijo: "(...) Como se indicó, la subordinación sigue siendo el criterio de distinción entre el contrato de trabajo y otras figuras afines. No obstante, dadas las dificultades que pueden presentarse al momento de determinar si en una relación concreta media o no subordinación, precisamente en los denominados "casos frontera", tanto doctrinal como jurisprudencialmente también se han venido estableciendo distintos criterios que se consideran como indiciarios de la existencia de subordinación. El tema de las relaciones laborales encubiertas y la necesidad de esclarecer la existencia de un verdadero contrato de trabajo en un determinado caso ha sido objeto de estudio por parte de la Organización Internacional de Trabajo. En efecto, en el informe de la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en el 2003, se presentaron una serie de criterios o parámetros, utilizados en distintos ordenamientos jurídicos, que podrían ayudar a diferenciar entre un trabajador dependiente*

*y uno autónomo. Así, se han enunciado las siguientes características como propias de los trabajadores independientes o por cuenta propia: a) es propietario de su propio negocio; b) está expuesto a riesgos financieros por el hecho de que debe soportar el costo de rehacer todo trabajo mal hecho o de inferior calidad; c) asume la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa; d) se beneficia pecuniariamente de la bondad de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos encomendados; e) ejerce el control sobre los trabajos que hay que realizar y sobre cuándo y cómo se llevan a cabo y determinar si debe o no intervenir personalmente en el cometido; f) tiene la libertad de contratar personal, con arreglo a sus condiciones, para realizar las labores a las que se ha comprometido; g) puede ejecutar trabajos o servicios para más de una persona simultáneamente; h) proporciona los materiales necesarios para realizar el trabajo; i) proporciona el equipo y las máquinas necesarios para desarrollar el trabajo; j) dispone de locales fijos donde funciona su razón social; k) calcula el costo del trabajo y fija el precio; l) dispone de sus propios contratos de seguro; y, m) ejerce control sobre las horas de trabajo realizadas para llevar a cabo el cometido (la negrilla es suplida) (Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, El ámbito de la relación de trabajo, Informe V, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003, pp. 66-67). Posteriormente, el tema fue abordado en la Recomendación número 198, adoptada el 15 de junio del 2006, que puede ser citada como la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006, en la cual se puntualizaron esos indicios de la siguiente manera: “a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por*

*parte de la persona que requiere el trabajo, y / b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador". Esta Sala, en su construcción jurisprudencial, también ha establecido distintos criterios que pueden servir para distinguir entre un trabajador dependiente y un trabajador autónomo. Entre ellos, pueden enumerarse los siguientes: 1) Existencia o no de la prestación personal del servicio (sentencias números 319-99, 223-01, 448-01, 540-02, 255-03, 312-03, 323-03, 583-03). 2) Exclusividad en la prestación de las labores (sentencias 319-99, 448-01, 512-02, 564-02, 241-05, 967-05). 3) El trabajo debe prestarse en las instalaciones del empresario (sentencias 240- 99, 319-99, 275-01, 761-01, 365-02, 540-02, 564-02, 338-03, 583-03, 135-06, 379-06, 401-06). 4) La retribución es fija y periódica (sentencias 319-99, 275-01, 448-01, 761-01, 286-05). 5) Sometimiento a jornada y horario (sentencias 241-99, 319-99, 275-01, 448-01, 717-01, 761-01, 365- 02, 515-02, 564-02, 583-03, 693-05, 135-06, 379-06, 401-06, 81-07). 6) Imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado (votos 319-99, 564-02). 7) Afiliación a la seguridad social (fallos 319-99, 512-02, 564-02, 241-05, 286-05, 693-05, 538-07). 8) Se proveen herramientas y materiales de trabajo (sentencias 294-97, 240-99, 364-01, 576-01, 761-01, 512-02, 373- 03, 241-05, 967-05, 135-06, 81-07). 9) Debe vestir uniforme o los atuendos deben llevar el logotipo de la empresa (sentencia 390-02). 10) Las actividades se realizan por cuenta y riesgo del empresario (sentencias 319- 99 y 294-01). 11) No se pagan vacaciones ni aguinaldo (votos 294-97, 576- 01, 715-01, 512-02, 241-05, 693-05). 12) La remuneración excede el pago normal de un trabajador (fallo 253-02). 13) Se otorga capacitación (538-07).*

14) Se utiliza papelería de la empresa empleadora (538-07). 15) Se exige la presentación de informes periódicos (538-07)”.

V.- *SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN QUE VINCULO A LAS PARTES: En el caso concreto considera la Sala que no existe el error en la valoración de la prueba ni la indebida fundamentación del fallo acusadas en el recurso. En la especie no existe controversia en torno a que existió, efectivamente, la prestación de servicios de asesoría legal y notarial por parte del actor, en beneficio de la asociación demandada, así como las sumas otorgadas en contraprestación por esas labores. El objeto de la litis se reduce entonces a determinar la naturaleza jurídica de las labores que desplegó el accionante en su condición de abogado y notario público. Para esos efectos, la demandada aportó en respaldo de su tesis copia del “Adendum al Contrato de Prestación de Servicios Profesionales en Abogacía”, en ese documento, las partes expresaron la voluntad de suscribir un acuerdo de naturaleza civil, en el que el actor se obligó a “prestar sus servicios de abogacía para ASECCSS, así como brindar asesoría jurídica y consultoría en las gestiones que le sean asignadas, tanto por la Junta Directiva como por la Gerencia y a evacuar consultas...” (cláusula primera), además de “brindar sus servicios profesionales en la elaboración y redacción de contratos para la ASECCSS...” (cláusula segunda) (folios 145 al 146). Ahora, si bien en materia laboral debe primar el principio de primacía de la realidad sobre las formas consignadas documentalmente, lo cierto del caso es que en la especie el actor no trajo elementos de convicción para desvirtuar que lo establecido en ese acuerdo fuese materialmente distinto. Por el contrario, según nota de fecha 30 de agosto de 2001 (visible a folio 144), las condiciones consignadas en ese acuerdo fueron propuestas por el propio actor, quien le definió a la asociación demandada, la forma en como se ejecutaría la contratación e incluso el modo en como se le debería retribuir por sus servicios. Lo anterior, es diametralmente opuesto a lo que ocurre en las relaciones laborales típicas, donde la parte que se beneficia de la prestación de servicios (en ese caso, la parte patronal), es*

*quien establece la forma en como la persona trabajadora deberá cumplir su cometido, precisamente por el vínculo de subordinación jurídica que caracteriza ese tipo de contratos. Nótese incluso que en otros ámbitos de la prestación de servicios de mayor trascendencia económica para los intereses de la asociación accionada, como lo fue la compra de un edificio donde esa entidad tiene actualmente su sede, fue el propio actor el que definió como se llevaría a cabo el negocio, e incluso le impuso a la Junta Directiva la obligatoriedad de valerse de su asesoría en la celebración de los contratos necesarios para cumplir con ese cometido. Al respecto la testigo Giselle Salas Alvarado, ofrecida por el propio demandante, y quien formó parte de la Junta Directiva de la asociación accionada, refirió: "(...) Recuerdo que antes de la compra del nuevo edificio, la Junta Directiva estaba reunida y estábamos un poco consternados, en virtud de que dicha negociación no se había dado y la negociación se había venido abajo. En ese momento el Licenciado Salazar entró a la Sesión y manifestó que si él lograba sacar eso adelante, entonces todos los contratos legales y todo lo referente con la compra del nuevo Edificio se lo diéramos a él; a lo cual la Junta Directiva accedió (...)" (folio 615 vuelto). Estos hechos evidencian no sólo que no existía subordinación jurídica, sino además que el actor asumía el riesgo en las negociaciones que emprendía con la accionada, percibiendo las ganancias que le reportaba su actividad profesional. Este constituye un grave indicio de que el vínculo de las partes era verdaderamente por servicios profesionales y no de naturaleza laboral. Retomando las características señaladas en el informe de la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en el 2003, como propias de los trabajadores independientes o por cuenta propia señaladas en el considerando anterior, tenemos que, de la abundante prueba aportada por las partes al expediente, se extrae que en la prestación de servicios que llevó a cabo el demandante se apreciaron prácticamente todas ellas. Nótese que el contaba con su propio bufete organizado para la prestación de servicios legales y notariales a distintos clientes (ver aseveraciones del actor contenidas en su memorial de folio 6 al 13 del legajo*

*del incidente de cobro de honorarios), tenía personal de apoyo (ver testimonio de Ángela Arce Herrera a folios a 738), y percibía importantes ganancias por su actividad, siendo que sólo por servicios profesionales brindados a la demandada entre enero de 2001 y setiembre de 2004 devengó la suma total de ciento setenta y tres millones cuatrocientos veintinueve mil ochocientos veintitrés colones con setenta céntimos, cobrando facturas que en algunos casos llegaron a superar incluso los veinte millones de colones (ver folios 345 al 362, así como facturas, recibos, copias de cheques y solicitudes de pago a folios 151 al 304)). Lo anterior denota, como señalamos antes, que él personalmente asumía el riesgo de empresa: fijaba sus honorarios acorde con los aranceles legales, debía asumir los costos de su bufete, contaba con sus propias herramientas de trabajo, etc. De ello dan cuenta prácticamente la totalidad de los testimonios evacuados dentro del proceso, quienes además refuerzan otros aspectos que suman en la tesis de la defensa, a saber: que las labores del accionante se limitaban a brindar asesoría a la Junta Directiva (por lo cual debía estar presente durante sus sesiones) y a ejecutar otras tareas propias de su ejercicio liberal de abogado y notario público por las que devengaba los honorarios respectivos; no estaba sujeto a horario, no formaba parte de la estructura administrativa de la accionada, no tenía oficina, mobiliario o personal a cargo que laborase para la asociación. Sobre el particular el señor Giovanni Castillo Díaz, secretario de la Junta Directiva al momento de rendir declaración, expresó: "(...) Nosotros teníamos otro Asesor Legal de Junta Directiva que por algunos motivos se prescindió de sus servicios y se dio la necesidad de tener otro asesor legal en ese campo y fue cuando el aquí actor se presentó a la Junta Directiva. Recuerdo que el aquí actor no debía estar presente en todas las sesiones de la Junta Directiva, pero preferiblemente debía estar... Me constas que el aquí actor no tenía un horario, ni una jornada de trabajo para con la Asociación, lo que si me consta, es que tenía una especificación de estar en las Sesiones de Junta Directiva" (folios 401 al 404). Por su parte, el deponente Víctor Manuel Lindo Solano, quien para la fecha en que el actor prestó sus*

*servicios para la accionada se desempeñó como tesorero de la Junta Directiva, fue conteste con lo anterior al afirmar: “(...) Las labores que hacía [el actor] eran las de Asesor. Me consta que a nivel de Junta Directiva de la Asociación el actor realizaba labores de Asesoría... Me consta que el actor no tenía oficina en las instalaciones de la Asociación... No me consta si el actor usaba computadoras en la Asociación, lo que se es que el actor usaba una computadora que era personal de él... Me consta además que el actor además de ser Asesor, tenía a cargo Juicios y elaboración de Escrituras y Contratos del ASECCSS... Cada asociado paga las escrituras del abogados externos (sic) de ASECCSS (folios 606 a 612). En igual sentido, la señora Ángela Arce Herrera, gerente de la ASECCSS, apuntó: “(...) Dentro de la funciones que tenía a cargo el actor me consta que el debía permanecer y encontrarse en las sesiones de Junta Directiva y en el caso de que algún miembro de la Junta Directiva lo requiriera, ... [el actor] era la persona encargada de brindar la asesoría necesaria... Me consta que en el caso de que el actor no pudiera asistir a las sesiones de Junta Directiva por alguna razón, no se le sancionaba, ni llamaba la atención... Recuerdo que en alguna oportunidad una muchacha que se llamaba Gabriela de apellidos ignorados tuvo algún tipo de problemas, ya que eventualmente se utilizaba el protocolo de ella para hacer notariado; razón por la cual llegó a pedir información a la organización. Se cobraba por parte de la figura “Salazar y Asociados”, pero ella me comentó que trabajaba con don Luis Alonso. También después de que se dio el proceso de allanamiento y para saber el estado de algunos casos la coordinación yo la hacía a través de una muchacha de nombre Monserrat, de apellidos ignorados, muchachas Gabriela y Monserrat, no eran funcionarias de ASECCSS... La papelería que el actor utilizaba la traía el mismo, inclusive venía con sus logos. En algún momento si pudo utilizar mi computadora, pero por lo general ... ya lo traía todo listo, los documentos, su computadora, entre otros (...)” (folios 734 al 738). Finalmente, Milton Enrique Guerra Poveda, quien se desempeñó para la época en que ocurrieron los hechos descritos en la demanda como Vocal I de la Junta Directiva de la*

*accionada, afirmó: “(...) Recuerdo que en los aproximadamente ocho meses, el actor llegaba a unas sesiones de la Junta Directiva y a otras no, pero en calidad de Asesor de la Junta Directiva, pero en la mayoría si llegaba a las sesiones... En el caso de que el actor no se presentara a éstas (sic) sesiones, no tenía que presentar ningún tipo de comunicación o justificación por su no asistencia... Me consta que actor no tenía ningún tipo de subordinación, ni estaba bajo la dirección de la Junta Directiva en pleno, no de la Gerencia General, ni de algún miembro de la Junta Directiva en su carácter personal, ya que el actor únicamente daba asesoría. Me consta que el actor no tenía que cumplir ningún tipo de jornada, ni horario de trabajo, él únicamente llegaba los días de las reuniones y en ocasiones él no llegaba (...)” (folios 739 al 744). De manera que la entidad demandada logró desvirtuar mediante la prueba que se aportó a los autos la presencia de la subordinación jurídica, lo que permite concluir, tal y como lo hicieran las instancias precedentes, que la relación que vinculó a las partes no fue de naturaleza laboral, por lo que los agravios del recurrente no son atendibles.”*

De la resolución anterior se puede inferir que la subordinación es un elemento esencial del contrato de trabajo, por ende, en el momento en que su presencia se puede detectar en una relación laboral, y además, aparecen la prestación de un servicio y la retribución de este por el empleador, se estará en presencia de un contrato individual de trabajo.

#### **6.1.4.3 Salario**

El salario se constituye como garantía constitucional en el artículo 57 de la Constitución de La República de Costa Rica

*Artículo 57.* Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia.

Todo lo relativo a la fijación de salarios mínimos estará a cargo del organismo técnico que la ley determine.

Además, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala respecto a lo que es el salario:

#### *Salarios*

*Los salarios son un componente fundamental de las condiciones de trabajo y empleo en las empresas. Dado que se trata de un costo para los empleadores y de la principal fuente de ingresos de los trabajadores, los salarios pueden ser objeto de conflictos y se han convertido en uno de los principales temas de las negociaciones colectivas en todo el mundo. Al mismo tiempo, los salarios pueden causar situaciones de discriminación y privación si no se le garantiza a los trabajadores un nivel mínimo que sea digno. Desde el punto de vista de la economía, los salarios son parte importante de los costos laborales y son una variable esencial para la competitividad de las empresas que requiere ser analizada, también en su relación con otros factores como el empleo, la productividad y la inversión. Por estos motivos los Estados, junto con representantes de empleadores y trabajadores, han reconsiderado sus políticas salariales y han realizado importantes reformas o han evaluado nuevas estrategias, para lo cual se ha pedido apoyo a la OIT.*

#### **6.1.4.3 Ajeneidad**

La ajeneidad es aquel elemento del Contrato Individual de Trabajo, mediante el cual, se puede determinar si los frutos de la actividad realizada pertenecen al patrono o

al trabajador. Esto permite determinar si la labor corresponde a un contrato individual de trabajo o a un trabajo independiente.

Donde mejor se puede identificar la ajeneidad, es mediante el análisis de la Resolución 2017-001566 de la Sala Segunda, en la que se establece que, a pesar de aparecer el actor como socio-trabajador de la empresa, todos los indicios denotan que es una relación de contrato individual velada, como se puede ver en la referida resolución a continuación:

*II.- ANTECEDENTES: El 10 de mayo de 2012, el actor entabló una demanda ordinaria laboral contra Ana Lizeth Corrales Rivera, Rodney Webb Orozco, Webb y Corrales S.R.L., Café Delicias Grecia S.A. y Productos Webb de Grecia S.R.L. Aseguró que los coaccionados conforman un grupo de interés económico, para el cual comenzó a trabajar el 1° de febrero de 2010, como instructor en la Academia de Tenis Webb. Informó que ganaba un sueldo representado por el 70% de los ingresos brutos provenientes de la mensualidad que abonaban los alumnos. Relató que en promedio devengaba 1.100.000 colones al mes, hasta que los demandados, en abril de 2012, unilateralmente le bajaron el porcentaje del salario a un 50% de los referidos ingresos brutos, por lo que ese mes se le cancelaron solamente setecientos cincuenta mil colones. Por otro lado, denunció el irrespeto de sus derechos a vacaciones, aguinaldo, seguridad social y horas extra (estas últimas por cuanto la jornada era de 6 de la mañana a 6 de la tarde, de lunes a viernes; y de 6 de la mañana a 12 mediodía los sábados). En consecuencia, pretendió: “1- Las vacaciones de toda la relación laboral. 2- El aguinaldo de toda la relación laboral. 3- Las horas extra de toda la relación laboral (a razón de 18 por semana -véanse los folios 6 y 8 donde, ante una prevención del Juzgado, se aclaró este extremo petitorio-). 4- Dejar sin efecto el cambio del porcentaje de remuneración, restituyéndolo al 70% de los ingresos brutos. 5- Se les obligue a cancelarme las diferencias salariales dejadas de percibir por el cambio de salario aplicado unilateralmente. 6- Se les ordene a los demandados incluirme en una planilla con la CCSS y se les ordene pagar las cuotas obrero patronales a dicha institución por todos los meses que no me han tenido asegurado. 7- Se les ordene pagarme los intereses legales correspondientes a cada uno de los rubros anteriores, calculados desde la fecha en que debieron pagarse hasta su efectiva cancelación” (folio 1). Posteriormente el p r omovente amplió la demanda, indicando que fue cesado de manera injustificada el 2 de julio de 2012. Expresó: “El día del despido no quisieron entregarme la carta de cesación, sino que bajo engaños fui remitido al contador de las demandadas, quien posteriormente me manifiesta no tener ninguna instrucción para entregar documento alguno”. Por ende, exigió el preaviso, la cesantía y los salarios caídos; asimismo, el daño moral por la forma en que se le trató al ser despedido. Solicitó los respectivos intereses desde la data de terminación del contrato hasta el efectivo pago. Por último, pidió que los*

cálculos se efectuaran con base en un salario de 1.100.000 colones mensuales (folio 10). La contestación fue negativa y se opusieron las defensas de incompetencia por razón del territorio (resuelta interlocutoriamente) y falta de legitimación pasiva. Se arguyó que los codemandados no integraban un grupo de interés económico y que, de todos ellos, la única que tuvo un vínculo (de índole mercantil) con el petente fue la señora Corrales Rivera, con motivo de la academia de tenis que ambos fundaron. Se alegó que el accionante era socio (de hecho) de doña Lizeth, no empleado. Tan es así que no estaba sometido a un horario, sino que organizaba las lecciones libremente. Se trataba de una sociedad en comandita, pues el accionante aportaba sus conocimientos y, la socia, las instalaciones. De lo que desembolsaban los estudiantes, el demandante se dejaba el 70%, y doña Lizeth, el 30%. Luego, la señora Corrales Rivera acotó: "Con el tiempo empecé a darme cuenta de algo que no pude ver en un principio por mi desconocimiento de este tipo de negocios, y es que el treinta por ciento que yo recibía de ganancias no alcanzaba para cubrir ni siquiera los gastos de mantenimiento. El actor recibía el setenta por ciento de las ganancias y este monto le quedaba libre. Pero de mi treinta por ciento yo tenía que pagar los permisos, la limpieza y la seguridad. Entonces le dije al actor que, de no renegociarse los porcentajes, yo prefería no continuar con la actividad" (folios 20 a 25). La demanda se tuvo por contestada únicamente respecto de las personas físicas; no así en cuanto a las personas jurídicas (folio 32). El a quo fue del criterio de que no existió un contrato de trabajo. Por consiguiente, desestimó la demanda, acogió la excepción de falta de legitimación pasiva y sancionó en costas al gestionante (archivo electrónico incorporado el 11/11/2016). Tal veredicto fue apelado por el vencido (archivo electrónico incorporado el 17/11/2016). El órgano de alzada confirmó lo decidido (folio 111).

III.- NATURALEZA LABORAL DE LA RELACIÓN: Como lo que aquí se discute es la presencia de una relación laboral, debemos acudir a los artículos 2, 4 y 18, todos del Código de Trabajo, que por su orden disponen: "Artículo 2. Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de una u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo". "Artículo 4. Trabajador es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo". "Artículo 18. Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de esta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe". A partir de lo anterior, se han distinguido tres elementos que caracterizan un nexo de tipo laboral, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación jurídica. En razón de que los elementos atinentes a la prestación personal del servicio y la remuneración se dan también en otras formas de contrataciones, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha recurrido al tercer componente -la subordinación jurídica- como criterio de distinción, entendido como la facultad del empleador de impartir órdenes al trabajador y disciplinar sus faltas, así como la de dirigir las tareas. Este concepto ha sido definido como un estado de limitación de la autonomía del trabajador con motivo de la potestad patronal para dirigir y girar instrucciones sobre las labores a desempeñar, y su

correlativa obligación de obedecerlas (CABANELLAS (Guillermo), Contrato de Trabajo , Volumen I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, pp. 239 y 243). En otras palabras, la subordinación laboral lleva implícitos una serie de poderes que el empleador puede ejercer sobre el trabajador: el de mando, el de fiscalización, el de dirección y el disciplinario. Le compete al operador jurídico determinar, en cada asunto, según las circunstancias particulares que se detecten, si se está o no ante una relación laboral. A tales efectos, deberá realizar la valoración correspondiente, a fin de dilucidar si se ha pretendido disimular un contrato de trabajo, o si por el contrario, legítimamente, el vínculo no tuvo esa naturaleza. Así las cosas, no hay soluciones automáticas en esta materia. El numeral 18 del Código de Trabajo, arriba transcrito, contempla una presunción iuris tantum a favor de la laboralidad del ligamen de quien presta sus servicios y la persona que los recibe. En aplicación de los artículos 414 del Código Procesal Civil y 452 del Código de Trabajo, toda presunción legal exime a la parte que la alegue del deber de demostrar el hecho reputado como cierto en virtud de la misma. No obstante, se obliga a quien la invoque a demostrar los hechos que le sirven de base; en este caso, la prestación personal de los servicios. Al resolver juicios como el que nos ocupa, ha de tenerse presente el principio de primacía de la realidad, implícito en el mencionado ordinal 18. Los suscritos no comparten la apreciación de la prueba efectuada en los estadios precedentes, ya que de la misma se desprenden los tres elementos del contrato de trabajo (prestación personal del servicio, salario y subordinación). La prestación personal del servicio no fue controvertida, debiendo por lo tanto presumirse laboral el vínculo; presunción que no fue desvirtuada por la parte demandada. El petente convocó a tres testigos. A folio 64, la señora Silvia Elena Campos López declaró: “Yo era alumna de la academia de tenis. Cuando me inscribí llamé a un teléfono que había en Café Delicias y conversé con un muchacho, que luego me dijeron que era Mario, el contador de la cafetería. En ningún momento para esa inscripción conversé con el actor. El muchacho me dio la información de las clases, yo le dije el horario en el que yo tenía disponibilidad para ver si había espacio en ese horario. Los horarios estaban ya establecidos. Luego llegué a clases y ahí fue donde conocí al actor, quien era el profesor. Nunca le pagué clases al actor. Había una pizarra con el nombre de todos los alumnos con una hora establecida para cada uno de ellos. En los recibos que nos daban siempre decía “Academia de Tenis Webb” y abajo decía el nombre de doña Ana Lizeth Corrales, además cuando se pagaba por transferencia bancaria se hacía en la cuenta a nombre de Ana Lizeth Corrales. Recuerdo que cuando se tomaban ciertas decisiones en la academia, el actor decía que esa decisión se tomaba porque doña Lizeth quería que se hiciera, por ejemplo: torneos, clases de cardio que se impartían los viernes, también que en los días feriados se impartían lecciones y luego eso se cambió. A mí siempre me pareció que las decisiones eran de Liz. Era los viernes que le pagaban al actor, lo sé porque ese día teníamos clases de cardio y él nos decía que tenía que ir a la cafetería a que le pagaran. Había clases con él de seis de la mañana a seis de la tarde de lunes a viernes, excepto los miércoles que había otro profesor en la tarde, pero en las mañanas sí daba clases el actor de seis de la mañana a doce medio día. Los sábados el horario era de seis de la mañana a doce medio día, y esas clases las impartía el actor, y en la tarde estaba otro profesor. Cuando el pago se hacía en la cancha el dinero lo recibían los guardas y nos hacían el recibo. En algún viernes que yo estuve por ahí observé a la señora Lizeth con el guarda, como haciendo cuentas. El día

que despidieron al actor, me llamaron y me dijeron que ya él no iba a seguir siendo profesor de la academia, y luego él me comentó que no le habían dado una carta de despido y que la necesitaba, entonces yo ese día no pude ser testigo de que le iban a entregar la carta, pero al siguiente día que fue cuando le habían dicho a él que le iban a dar la carta fuimos a la Cafetería Delicias y Mario el contador le dijo que no le iban a dar ninguna carta de despido. Yo tenía a mi hija en clases de cinco a seis de la tarde y yo iba los jueves de una a dos de la tarde, él nos daba la clase. En ningún momento estuve en la academia a las seis de la mañana. Se finalizaba las clases a las seis y nosotros nos íbamos y él se retiraba. Yo no vi al actor firmando ningún libro de entrada o salida. Yo no hablé con doña Lizeth sobre el horario, que era el que había acordado con el contador de Café Delicias. Cuando yo matriculé a mi hija, que fue posterior, en la pizarra pude ver un campo y entonces conversé con el actor y le dije que si podía llevarla en ese horario y él me dijo que sí". A folio 69, Ana Laura Ovares Morales depuso: "El actor fue mi profesor de tenis en la Academia Webb. Tengo entendido que esa academia es de doña Liz. En la academia me atendió un muchacho que no recuerdo el nombre. El precio de las clases estaba en un rotulito en la malla de cancha y había dos rotulitos de profesores diferentes. Yo cancelaba las clases con el guarda. Cuando llamé me dijeron que también tenía la opción de pasar a la cafetería a pagar con tarjeta si quería pagar por ese medio. Las clases comenzaban temprano en la mañana y el límite era hasta las seis. No sé si el actor marcaba entrada o salida. Mi hijo también recibía clases ahí. El actor siempre estaba en las canchas. En algún momento vi a doña Liz conversando con el actor acerca de cambio de horarios. No sé cómo le pagaban al actor. Yo tomaba clases de cardio y se las pagaba al guarda. Esas clases las organizaban entre el actor y Liz pero no sé de quién fue la idea. Yo nunca vi que alguno de los alumnos le pagara directamente al actor. Había una pizarra con la disponibilidad en la academia. Yo vi al guarda, al actor y doña Liz cambiando la disponibilidad de espacios que existía en esa pizarra. Cuando pasó lo del despido él me pidió que lo acompañara para ir a pedir la carta de despido, llegamos a la Cafetería Delicias, porque la oficina de los dueños estaba en el segundo piso de la cafetería, y ahí estaban Liz, Rodney y Mario, y el actor dijo que venía por la carta de despido y le respondió Liz que más tarde se la daba y nos marchamos. En la pizarra se indicaba que se iniciaban las lecciones a las seis de la mañana. En algún momento yo tuve que cancelar la clase, y si estaba en la cancha la cambiaba con el actor o el guarda y si llamaba por teléfono la cambiaba con el guarda porque él era el que atendía. En los rótulos había un precio más barato y otro más caro, el actor era el más caro porque era el que tenía más experiencia, según me explicó el guarda que fue el que me atendió. Cuando yo inicié había una única cancha y dos profesores, entonces el profesor más barato trabajaba únicamente los miércoles. Los días que yo tenía clases el actor nunca faltó. Mi horario era variado, y tenía una clase por semana al inicio y luego me pasé a dos clases por semana. Doña Liz y la familia recibían clases con el actor, no sé si ella pagaba las clases de ella y su familia". A folio 72, Maximiliano Araya López relató: "Soy amigo del actor y trabajé para doña Liz en la academia. Yo trabajé en la academia en el período 2011-2012, como unos siete meses. Yo contaba con un salario mínimo y me contrató la señora Liz. Tenía un horario, laboraba medio tiempo. Yo era asistente en las clases que impartía el actor. Estaba establecido un monto por clase, lo cual era lo que se le cancelaba al actor por las clases que daba. Se le pagaba los viernes.

*El actor recibía un promedio de doscientos cincuenta mil colones por semana. Se trabajaba de lunes a viernes de seis de la mañana a seis de la tarde y en el caso mío yo los sábados no asistía, pero el actor asistía los sábados. En el momento en el que yo estuve había una cancha y estaba en proceso de construcción la segunda. Había dos profesores, el actor y Napo. Las clases las pagaban los alumnos al guarda o en la cafetería. En la academia existía una pizarra, pero el alumno llamaba a la academia o a la cafetería y ahí les indicaban sobre los horarios disponibles en la pizarra. Si no estaba la persona encargaba en la cancha le tocaba al actor contestar el teléfono y entonces ahí podía informar sobre horarios. Pude ver don Rodney y doña Liz llegar a la academia a girar instrucciones al actor, en cuanto a horarios, todo era sobre las clases más que todo. Yo nunca oí que la relación que tenía el actor con los demandados fuera de tipo sociedad, era una relación de tipo empleado patrono. Cuando algún alumno faltaba siempre se le daba algún tiempo prudencial, siempre y cuando no hubiera cancelado de antemano, de lo contrario se permanecía en las instalaciones. El actor daba clases de seis de la mañana a seis de la tarde, de lunes a sábado. Los miércoles había como un tiempo compartido, con disponibilidad para ambos profesores en las canchas, obviamente los dos profesores no estaban a la misma hora en la misma cancha, se acomodaban los horarios ese día para que cada uno ejerciera en su hora. Cuando los alumnos le pagaban al guarda se les extendía un recibo, no me consta qué decía. El actor no recibía dineros por pago de las clases, yo nunca vi. No tengo conocimiento el motivo por el cual el actor dejó de dar clases ahí, simplemente me comentó el actor que estaba recibiendo rebajos de salarios. En el horario que laboraba los cupos estaban llenos, podían ser alrededor de diez a doce clases por día y un alumno por clase o clases grupales con un máximo de cuatro alumnos. No tengo conocimiento de cuánto pagaba cada alumno (...). Las clases de cardio no se le pagaban al actor, si se daba algún cobro por eso se le pagaba a la administración. Se nos pagaba un monto por clase impartida. Al actor se le pagaba un monto por clase, a mí se me contrató medio tiempo para posteriormente comenzar a ganar un monto por clase cuando la segunda cancha estuviera lista. No sé cómo hacían cuando llamaban a la cafetería para saber los horarios si la pizarra estaba en la cancha, eso es administrativo. No sé si se le pagaba diferente a cada profesor. No había información respecto de entrada y salidas, solo se cumplía con el horario establecido, seis de la mañana a seis de la tarde, incluso a veces se entraba con alguno de los familiares entonces era una forma de percatarse de los horarios, aparte de la permanencia de ellos (Liz y Rodney y los hijos), casi siempre o a diario en las canchas, ellos estaban en las canchas porque recibían clases o sin recibir clases estaban ahí también. Doña Liz y su familia recibían lecciones y pagaban las lecciones. Cuando a nosotros se nos citaba para pago, en el listado que se emitía estaban las clases impartidas a la familia. Se llevaba un control de las clases impartidas y en base a eso se hace el chequeo. Si se cancelaban las últimas lecciones de la tarde los dueños nos avisaban que el alumno no iba a llegar y ya nosotros disponíamos retirarnos. Era el actor el que informaba que le habían llamado que la clase se había cancelado y que podíamos retirarnos". Por su lado, la parte demandada citó a dos testigos. A folio 67, Mario Alberto Castillo Morales narró: "Soy el contador personal de don Rodney y doña Lizeth. Conozco al actor porque a principios del 2010 supe que él se asoció con doña Lizeth para dar clases de tenis, aprovechando que doña Lizeth tenía unas canchas y que el actor era buen profesor, y ellos*

se reunían en la oficina donde yo trabajaba para los acuerdos de repartición de utilidades. Las veces que se reunieron en la oficina ellos hicieron varios acuerdos y dentro de esos estaban la repartición de las utilidades de las clases que se impartían en razón de un 70% para el actor y un 30% para Lizeth, de los cuales recuerdo que acordaron que del 70% de él este tenía que cubrir el transporte y hacerse cargo de las bolas y ella con su 30% tenía que cubrir la electricidad, el guarda y el mantenimiento de las instalaciones. Las negociaciones las hicieron entre ellos, en realidad ni ella ni yo teníamos mucha experiencia sobre el tenis, se buscó en internet y con esos datos y con lo que ellos aportaron ahí se fijaron las tarifas de lo que costaba cada clase. La academia empezó de cero, pero llegó a tener un aproximado de más de treinta alumnos. Cada alumno pagaba creo que 8.750 por clase, y había alumnos que tenían clases todas las semanas, algunos hasta dos clases y otros iban esporádicamente. Las canchas estaban disponibles todo el día y los horarios los hablaban directamente con el actor. En la cancha había unas pizarras y ahí se iban anotando los espacios disponibles y los ya ocupados. Nosotros nos reuníamos una vez a la semana, porque ese era el acuerdo con él, para la repartición. También un guarda era el que llevaba las anotaciones de las clases que se impartían, pues él estaba ahí todo el día y era con base en estas anotaciones que llevaba el guarda que tanto el actor como doña Liz podían darse cuenta de la cantidad de dinero que había ingresado y por consiguiente se tenía que repartir. Yo estaba presente en esas reuniones, y recuerdo algunos datos sobre la repartición, tales como que al actor le correspondía una suma de alrededor de doscientos o doscientos cincuenta mil colones por semana y a doña Liz la suma de setenta y cinco mil colones, esto aproximadamente, y con eso ella pagaba guarda, mantenimiento y la luz. Para anunciar la academia ellos (Ana Lizeth y el actor) hicieron volantes y el actor los repartía en el mall. La academia se llamaba Academia de Tenis Webb, así decidieron ponerle, no recuerdo quién lo decidió. Los alumnos pagaban a las dos partes, había alumnos que le pagaban a doña Lizeth a través del guarda y otros que le pagaban directamente al actor, incluso había clientes que no pagaban porque le tenían una deuda porque ellos le vendían cosas, entonces los dineros no aparecían, entonces el día de la repartición el actor le tenía que reembolsar el 30% correspondiente al valor de las clases a doña Lizeth. Algunos alumnos pagaban en cheque, muy pocos, la mayoría pagaban en efectivo. Los alumnos que le pagaban a doña Lizeth a través del guarda le daban un recibo y los que le pagaban al actor también les daba un recibo. Cuando le pagaban al guarda les daba un recibo de doña Lizeth con cédula física. Los recibos que yo vi que extendía el actor por el pago eran recibos informales, no tenían membrete. No recuerdo si en esa información divulgando las clases se daban números de teléfono de Café Delicias. A mi oficina no llegaban algunos a matricularse en Café Delicias. Las canchas estaban abiertas de las seis de la mañana hasta las ocho de la noche, pero el horario específico en que impartía lecciones el actor no lo conozco. Unas semanas antes de que el actor se fuera, hubo algunos problemas con ese porcentaje, porque no se cubrían los gastos y él no estaba de acuerdo en negociar menos, y posteriormente, cuando él ya no volvió a ir, escuché que había habido algunos problemas indecorosos con unas alumnas. Yo nunca me di cuenta que la señora Lizeth le diera alguna orden al actor. El actor no contaba con seguro social, porque eso era una repartición de utilidades, nunca fue salario. Cuando ellos se reunían el actor llevaba una lista de todas las clases impartidas durante la semana para hacer cuentas.

Supé que el actor cobraba directamente a algunos alumnos, recuerdo Diego Chacón, doña Felicia y Luis Enrique Brenes. El actor no hacía ningún reporte de entrada y salida cuando llegaba a las canchas, esto lo sé porque tengo mucha amistad con doña Lizeth y me comentaba y yo visitaba la cancha y me comentaba los proyectos. Yo fui a clases con el actor, pocas pero sí fui. El pago de mis clases yo las pagaba en la cancha para que fuera objeto posteriormente de repartición. Doña Ana Lizeth, el esposo y la familia también recibían clases y cancelaban sus clases. El actor podía realizar cambios de clases o suspender horarios, pero eso lo hacía de mutuo acuerdo con los alumnos. El actor no realizaba ninguna comunicación acerca de cambio de horarios o suspensión, salvo que fueran las clases de ella o su familia que supongo que sí le avisaba. Recuerdo que en una oportunidad el actor se ausentó por motivos de salud y suspendió las clases y posteriormente las repuso. En esa época recuerdo estuvo un muchacho que doña Liz contrató para que diera clases de tenis, pero no duró ni tres meses, y se le cancelaba un salario y era con horario de ocho horas, hubiera gente o no, se le cancelaba el salario, se llamaba don Maximiliano. Ellos empezaron el negocio de cero, al principio se manejaban ganancias pocas porque eran pocos alumnos. Sobre lo que hacía doña Liz, ella daba recibo timbrado y tenía que tributar, de lo que hacía el actor no sé. La demandada siempre hizo incansables esfuerzos para que se legalizara la sociedad pero el actor siempre se negó a legalizar los acuerdos ante un notario, recuerdo que yo les ayudé a redactar un documento que incluyera todos los aspectos importantes para llevarlo ante un notario, pero nunca se pudo. El esposo de doña Liz es dueño de todas las cafeterías Café Delicias, que están bajo las denominaciones sociales de las demandadas, y la demandada y el esposo son los representantes legales de las sociedades. Ellos tienen una oficina en cada Café Delicias. Unas semanas antes de irse, ellos se sentaron a negociar lo del 50% y 50% que era lo que doña Liz proponía para fuera más justa la repartición, pero ahí empezaron los problemas. El inmueble donde están las canchas creo que en este momento están a nombre de don Rodney Webb. Yo tenía hojas en Excell donde yo lo formulaba con un 30% y un 70% para ver cómo se repartía, conciliado con los datos que traía el actor de sus apuntes, esto no se imprimía ni se le daba copia al actor, porque él manejaba sus propios apuntes, pero él podía revisarlo y nunca tuve ningún problema en entregárselo si lo solicitaba si era exactamente lo mismo. Recuerdo que había un profesor de nombre Napoleón que iba unas horas los sábados. Son dos canchas las que existen en esa academia". A folio 70, Paula Fernández Álvarez contó: "Soy amiga de doña Liz. Conozco al actor, fue profesor de tenis mío por un tiempo. Yo tenía a mi hijo llevando clases y a raíz de eso hablé con el profesor para llevar clases yo. El horario ya estaba establecido, había una pizarra con espacios en blanco y uno se acomodaba de acuerdo a esos espacios y a lo que el profesor tuviera disponible. La academia es de doña Liz. El actor ganaba un porcentaje, porque cuando íbamos a participar en un torneo, Liz y yo éramos compañeras de juego siempre, Liz me decía venga usted no paga lo que corresponde a la cancha y solo pagamos lo que corresponde al profesor por lección. No sé de cuánto era porcentaje. Sé que era un porcentaje porque Liz me decía que no pagara yo el porcentaje de la cancha, solo la clase al profesor. No sé si al actor le daban ese porcentaje por semana, por quincena o mes. Se le pagaban las clases al muchacho que era encargado de recoger el dinero en la academia. Creo que el macho se llamaba Allan, y también estuvo un tiempo otro de nombre César. Se presentaron varios problemas

a nivel personal del actor con algunas clientas y por ética y moral el señor Rodney y Liz consideraron que no era conveniente que el actor siguiera impartiendo lecciones, incluso algún comentario se le hizo a alguna de las hijas de doña Liz y eso fue lo que reventó el asunto. No sé si le dieron carta de despido. A lo que conozco el actor no tenía horario fijo, se acomodaba al horario de los clientes, incluso cuando había un espacio de varios clientes que no iban a venir se suspendían las clases. Mi clase era de ocho a nueve de la mañana, la llevaba en conjunto con doña Liz, ella también pagaba su clase. No sé cuánto pagaba Liz por su clase. El hijo tenía también clases pero con otro profesor de nombre Napoleón. A veces yo llegaba y lo encontraba descansando en la hamaca, esto porque en ocasiones no tenía una siguiente clase o varias clases, también iba a una pulpería que quedaba por ahí cerca. En algún momento yo realicé cambio de clases y las realizaba con el profesor. En ningún momento el actor me manifestó que tenía que conversar con doña Liz para cambio de clases, siempre era con él. Una vez el profesor me llamó y me dijo que no iba a poder llegar porque estaba mal de un pie y se cambiaba la clase para otro día. También en otras ocasiones yo lo llamé para cambiar la clase. En algún momento el actor impartió clases de cardio-tenis, y fue idea de él, se le pagaban esas clases directamente a él. Esas clases eran los viernes. Las clases se impartían en la cancha de doña Liz. Estas clases eran en la mañana. Doña Liz iba a esas clases. Yo nunca coordiné ninguna lección con don Rodney o doña Liz. Yo nunca vi apersonarse a doña Liz y don Rodney a darle instrucciones al actor. El actor no marcaba ningún dispositivo a su salida o entrada. Eran dos los profesores, el actor y don Napoleón. Los muchachos que cobraban le daban los reportes a doña Liz que era la dueña de la cancha. Yo pagaba por mes y en efectivo. Me daban un recibo y era de la Academia de Tenis Webb. Esta academia no tiene que ver nada con Café Delicias, lo sé por la amistad que tengo con doña Liz, y sé que ella es dueña de la academia y Café Delicias es del esposo y ella es socia también". Los testigos del promovente gozan de mayor credibilidad, puesto que no tienen lazos calificados con ninguna de las partes y conocen de primera mano la manera en que se desarrolló la relación, ya que eran alumnos o empleados de la academia; en cambio, los deponentes traídos por la parte accionada sí ostentan esos lazos calificados (de trabajo o de amistad) que podrían comprometer su imparcialidad. Vale destacar lo complaciente que se mostró el contador de la empresa, quien aseguró que estuvo presente en las negociaciones previas y se refirió a muchos detalles de lo que ahí supuestamente se discutió; pero cuando se le preguntó quién escogió el nombre de la escuela, manifestó no acordarse. En la contestación de la demanda se argumentó que la sociedad entre la señora Corrales Rivera y el actor no se constituyó legalmente por razones de confianza, ya que eran amigos. Esto resulta cuestionable, porque con su propio marido doña Lizeth sí creaba sociedades (por ejemplo, Webb y Corrales S.R.L.). Es más, si de verdad se trató de una sociedad del accionante con doña Lizeth, no se entiende por qué el negocio se llamaba Academia de Tenis Webb (siendo Webb el apellido de su consorte). Lo anterior denota que la pareja era la dueña de la academia. Doña Lizeth era quien contrataba y sufragaba el salario de los trabajadores de la escuela (el otro instructor de tenis y el vigilante). El contador de doña Lizeth era quien le giraba el sueldo al demandante. Dicha señora se apersonaba a las canchas para sacar cuentas con los guardas, quienes se encargaban de cobrarles a los alumnos que pagaban en efectivo. Si estos cancelaban mediante transferencia bancaria, era a una cuenta de doña

*Lizeth. Los estudiantes consideraban a la señora Corrales Rivera como la propietaria del negocio. Era ella quien tomaba las decisiones sobre aspectos tales como torneos, lecciones de cardio, apertura en días feriados, etc. Don Rodney y doña Lizeth le daban órdenes al actor, quien además estaba sometido a un horario, lo que evidencia la subordinación. El demandante tenía que permanecer en las instalaciones, hubiera o no usuarios; solamente si se cancelaba la última lección podía retirarse más temprano. La circunstancia de que el reclamante suministrara las bolas de tenis no demerita la laboralidad del nexo, porque el Código de Trabajo permite que las herramientas de trabajo sean proporcionadas por el propio empleado (precepto 69 inciso d). No hay prueba de que el promovente ejecutara tareas distintas al otro profesor de tenis, quien sí estaba contratado bajo una modalidad laboral, lo que abona a favor de nuestra posición. Un testigo del actor escuchó cuando él pidió la carta de despido y doña Lizeth y don Rodney le respondieron que después se la entregarían, lo cual carecería de sentido si se tratara de un socio, pues el despido es un instituto netamente laboral. La periodicidad semanal de la remuneración que percibía el gestionante no se ajusta a la distribución de las utilidades que opera en las sociedades mercantiles, acercándose más a la figura del salario. La forma de retribución pactada entre los litigantes está contemplada en el precepto 164 del Código de Trabajo, que estatuye entre los esquemas salariales “la participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el patrono”. El demandante se dejaba el 70% de lo que desembolsaban sus alumnos, y doña Lizeth, el 30% (hecho no controvertido). Este punto, que en principio parecería extraño en un contrato de trabajo, se explica porque -como se aceptó en la contestación de la demanda-, doña Lizeth cuando fundó la academia no conocía el manejo de ese tipo de negocios, lo que la llevó a cometer un error a la hora de fijar los porcentajes; empero, el que el patrono se equivoque al establecer el monto de la remuneración no le quita el carácter salarial a esta. Aunado a lo anterior, debe tomarse en cuenta que doña Lizeth percibía ingresos provenientes de la actividad de los otros instructores de tenis. Nótese que si el actor hubiera sido realmente un socio, le hubiera correspondido el 70% de todas las utilidades del instituto, o sea de lo generado por las lecciones que él y el otro instructor impartían, mas solo ganaba ese porcentaje respecto de las clases que él mismo daba. Por último, es obvio que cuando doña Lizeth y sus familiares recibían clases con él tenían que pagárselas (pregunta n.º 9 de la declaración de parte, folios 59-63), dado que la retribución estaba fijada por lección impartida (es decir, el accionante no devengaba un sueldo fijo).*

*IV.- EXISTENCIA DE UN GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO: Ante la proliferación de sociedades de capital, el avance de las relaciones comerciales y la facilidad que existe hoy día para transferir el capital de una sociedad a otra, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido dando relevancia a la figura de la unidad económica como una forma de evitar el fraude patronal a los derechos de los trabajadores. Así, ya no tendrá tanta importancia cuál persona jurídica aparezca formalmente como patrono o a cuál establecimiento se presenta el trabajador diariamente a realizar sus labores, o quién pague el salario, sino la determinación de un interés económico común que une a las empresas y se concreta en la existencia de un fondo económico con capacidad suficiente para atender los reclamos formulados por los trabajadores (así se exteriorizó en el voto de esta Sala N.º 1-2006). En nuestro fallo N.º 98-2005 se apuntó que el grupo de interés económico se caracteriza por los intereses en común de varias empresas, que desde el punto de vista*

formal, aparecen como sociedades distintas. La doctrina española define al grupo de empresas como “el conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única” (Champaud (1962), p. 195 y Plá Rodríguez (1981), p. 187, citados por Edurne Terradillos Ormaetxea, *Los grupos de empresas ante la jurisprudencia social española*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 17). Dentro de los puntos de conexión entre las compañías que forman los denominados “grupos de interés económico”, según la doctrina, están: contar con un mismo representante, tener denominaciones parecidas, que las mismas personas tengan participaciones sociales en las sociedades involucradas, que haya confusión patrimonial, compartir servicios tales como líneas telefónicas, tener el mismo lugar de operaciones, la utilización indistinta de los bienes, no llevar contabilidades separadas, la existencia de una unidad de decisión, la prestación de avales, fianzas y garantías cruzadas entre las sociedades y anunciarse en conjunto (DOBSON (Juan), *El abuso de la personalidad jurídica*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 661; OLIVENCIA RUIZ (Manuel), *La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio*, Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Editorial Civitas S.A., 1978, pp. 496-524; y FASSI (Santiago) y GEBHARDT (Marcelo), *Concursos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, cuarta edición, 1993, p. 663). Luego, este Despacho se ha referido al tema del grupo de empresas de naturaleza familiar: “Lo anteriormente expuesto, también es aplicable al caso en examen, donde se revela una relación familiar empresarial, una dirección unitaria de orden patronal respecto de la actora, pues esta laboró tanto para don R.F., como para su hija, S.F.C. En este asunto, está claro, que doña A.Q.F. dirigió el presente proceso contra Aviata S.R., S.A., domiciliada en Curridabat, y con cédula de persona jurídica tres-ciento uno-trescientos nueve mil seiscientos cincuenta y seis, representada por doña S.F.C. La representante de la accionada alegó, al contestar la acción, que Aviatica Limitada fue una sociedad representada por su padre R.F.C., ya fallecido, para quien laboró la actora, sea, la inexistencia entre su representada y la actora de un nexo contractual, pues nunca fue doña A. trabajadora de esa compañía (se refiere a Aviata SR, S.A., siendo su representante S. y C.F.C., constituida desde el 7 de diciembre de 2001, según folios 20 a 26). Analizado el expediente, cabe destacar que el documento de folio 74, que es la carta de despido, tiene en la parte superior un membrete de la empresa Aviatica Ltda., la firma su Gerente General, señora S.F., quien según certificación de folios 38 a 40, tiene la cédula jurídica 3-101-038286, domiciliada en San José. Además, el cheque de liquidación laboral a nombre de la actora y la liquidación respectiva, es de Clubes de Viajes Aviata SR, S.A., visibles a folios 19 y 18. De esta prueba, se desprenden indicios claros de la existencia de un grupo económico, conformado por la familia F., tanto por su padre como por las hermanas S. y C. F.C. (...). Es claro ese nexo familiar empresarial, no cabiendo duda de que de una u otra forma cooperaban en las actividades entre sí y se beneficiaban todos, con el resultado de sus gestiones a través de esas sociedades” (sentencia N.º 1-2006; en un sentido semejante, puede estudiarse el fallo N.º 101-2003). Otro aspecto que ha dejado claro este Despacho es que es factible considerar a las personas físicas como integrantes de un grupo de interés económico. A modo de ilustración, en la resolución N.º 1117-2006 se razonó: “Así las cosas, no queda más que confirmar lo resuelto en la sentencia impugnada sobre la existencia de una sola e ininterrumpida relación laboral del 18 de junio de 1998 al 31 de agosto del 2003, al servicio

de un grupo de interés económico constituido, entre otros, por la sociedad demandada y el señor C.O.C". De los testimonios transcritos en el apartado pasado y de los documentos que a continuación se enlistarán se deduce que los codemandados conformaban un grupo de interés económico de carácter familiar. A folios 3, 4 y 5 están las certificaciones de personería de las tres sociedades accionadas, donde se observa que sus representantes legales son Ana Lizeth Corrales Rivera y Rodney Webb Orozco -quienes están unidos en matrimonio-. A folio 26 vuelto figura el permiso sanitario de funcionamiento de la Academia de Tenis Webb, cuya representante legal (según allí se consigna) es doña Lizeth. A folio 27 vuelto consta que la institución está inscrita en Tributación Directa a nombre de dicha señora. A folios 39 y 40 se ve que las líneas telefónicas 24950034 y 24950033 le pertenecen a don Rodney. A folio 41 salen varios recibos de los que se le entregaban a los alumnos, algunos con el membrete de la Academia de Tenis Webb y otros con el logo de Café Delicias; siendo que en ambos casos en la papelería aparece el nombre y la cédula de doña Lizeth. A folio 41 vuelto se adjuntaron los volantes que anunciaban la apertura de la Academia de Tenis Webb, indicándose que sus teléfonos eran 24950034 y 24950033. En la contestación de la demanda se afirmó que el señor Webb se dedicaba a la actividad de las cafeterías y que, para tal efecto, había constituido las sociedades codemandadas. Como se analizará, tales locales comerciales estaban entremezclados con la escuela de tenis y eran manejados por los cónyuges. Tanto el instituto como las cafeterías tenían el mismo contador, quien le giraba el salario al actor -en las instalaciones de estas últimas, por cierto-. Ambos cónyuges le daban órdenes al demandante. El inmueble donde se ubican las canchas le pertenece al señor Webb. El nombre de la academia lleva el apellido de dicho señor, mientras que en sus facturas sale el nombre de doña Lizeth. Los recibos de dinero de los alumnos se confeccionaban indistintamente en papelería de la academia o de la cafetería. En la cafetería se promocionaba la academia de tenis, la gente pedía ahí información sobre las clases y llamaban para reservar cupos y matricularse; además, los estudiantes que pagaban las lecciones con tarjeta de crédito lo hacían en la cafetería. La academia en su denominación llevaba el apellido de don Rodney y él era el dueño de las líneas telefónicas que utilizaba dicha entidad, pero quien aparecía como responsable ante Tributación Directa era doña Lizeth; a cuyo nombre también se expedían los permisos sanitarios de funcionamiento. Con base en lo expuesto, se concluye que el gestionante fue empleado de un grupo de interés económico de carácter familiar, conformado por personas físicas y jurídicas; debiendo consecuentemente condenarse de manera solidaria a todos los codemandados....

**POR TANTO:** Se revoca la sentencia impugnada. Se declara parcialmente con lugar la demanda. Se rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva. Se condena solidariamente a los coaccionados a sufragarle al actor estos rubros: por diferencias salariales, un millón cincuenta mil colones; por horas extra, cinco millones trescientos treinta mil trescientos cuatro colones; por aguinaldo, dos millones seiscientos cincuenta y ocho mil trescientos treinta y tres colones; por vacaciones, un millón doscientos veintiséis mil novecientos veintitrés colones; por preaviso, un millón cien mil colones; y por cesantía, un millón seiscientos noventa y dos mil trescientos siete colones con sesenta céntimos. Asimismo, deberán cancelar las cuotas obrero-patronales omitidas durante toda la relación

*laboral. Se declinan los salarios caídos, el daño moral y la petición de dejar sin efecto el cambio del porcentaje de remuneración restituyéndolo al setenta por ciento de los ingresos brutos. Sobre los montos concedidos, se reconocen los respectivos intereses legales, a la tasa del artículo mil ciento sesenta y tres del Código Civil, los cuales regirán, respecto del preaviso y la cesantía, desde la fecha del despido; y en lo tocante a horas extra, aguinaldo, vacaciones y diferencias salariales, desde que cada suma se hizo exigible; en todos los casos hasta el efectivo pago. Son ambas costas a cargo de los codemandados, estableciéndose las personales en el veinte por ciento de la condenatoria. Envíese copia de este fallo al Departamento de Inspección de la Caja Costarricense de Seguro Social, para lo de su cargo.*

Es así, a pesar del intento de disfrazar una relación de trabajo, la Sala establece que todos los ingresos de la actividad desarrollada eran percibidos por los empleadores del actor, dejando clara la relación de subordinación, así como la ajeneidad de la actividad realizada.

## **6.2 Efectos laborales para las Cooperativas**

Con base en la regulación que se estudió anteriormente, referente a las cooperativas, se analizarán las consecuencias laborales en las mismas ante la reforma.

La voluntariedad es el elemento esencial de las cooperativas al estar sus miembros asociados a ellas por su voluntad sin que medien el error, la fuerza o el dolo, pero ¿qué sucede si un patrono solicita a sus empleados que conformen una cooperativa que le brinde sus servicios a este patrono, evitando este el pago de prestaciones sociales?, o si ese mismo patrono condiciona la permanencia en el trabajo de sus empleados a la formación por parte de estos, de una cooperativa que le brinde sus servicios? ¿Se estaría ante una forma de violencia contra los trabajadores?

Los estatutos legales de las cooperativas tienen objetivos muy claros, amparados en las leyes que permiten su creación que, recapitulando, surgen de la necesidad de grupos de personas que deseaban procurarse su sustento a través de un trabajo basado en la colaboración.

Esta cooperación es libre y sin ataduras u obligaciones, surge del deseo de ayudarse y apoyarse, mutuamente, para mejorar el nivel de vida individual y lograr beneficios a nivel grupal. Es por ello que, ante la solicitud de un patrono para la conformación de una cooperativa para que le brinde servicios condicionados a su empresa se sale de la razón del ser de las cooperativas. Sería el caso de una empresa que le solicita a sus agentes de venta crear una cooperativa para obviar el pago de sus obligaciones sociales, pues, a pesar de ser una cooperativa

independiente, mantiene vínculos, únicamente, con la empresa a la que brinda sus servicios, enajenando el interés de los socios a un único interés económico y no de colaboración, educación y crecimiento personal y ante el vicio en el consentimiento de los socios de la cooperativa, lo que se está haciendo es encubrir una relación laboral directa, con prestación del servicio, remuneración y subordinación.

El hecho de que el consentimiento para la constitución de la cooperativa se dé a partir del constreñimiento psicológico, ante la necesidad de mantener el trabajo, vicia esta autorización por el uso de la fuerza amén de, no estar presentes los principios básicos necesarios para la constitución de una cooperativa.

### **6.3 Efectos laborales para los Contratistas Independientes**

Al igual que en las cooperativas, existen efectos relacionados con vicios en la voluntad que se producen en la contratación de empresas independientes, dentro de los cuales podemos señalar:

### 6.3.1 Vicios en el Consentimiento y Simulación

La contratación de terceros para el desempeño de actividades no principales puede llevar a que esta se vea afectada por situaciones tales como las siguientes:

La contratación de personas, ya sean físicas o jurídicas, totalmente, independientes y completamente, ajenas a la empresa contratante, lo cual produce el efecto deseado de tercerización, sin embargo, si este tercero se somete a una fiscalización continua, con órdenes que a cada momento le indican que es lo que hay que hacer y más aún, se le realizan pagos periódicos de igual monto, con materiales y herramientas que la contratante le provee, lo que se configura en un contrato de trabajo, no importa la forma o el nombre que se le dé a la relación contractual.

Puede ser que el contratista se constituya como un simple intermediario, el cual es definido en el Código de Trabajo como:

*Artículo 3º.-Intermediario es toda persona que contrata los servicios de otra u otras para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono. Este quedará obligado solidariamente por la gestión de aquél para los efectos legales que se deriven del presente Código, de sus Reglamentos y de las disposiciones de previsión social.*

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

El intermediario, aunque se comporte como patrono, no es más que un representante del patrono, pues es este último el que ejerce la subordinación, pago

y recibo del servicio prestado, y es obligado solidario, según el artículo citado ante el incumplimiento contractual.

Es por lo anterior que, la contratación de terceros es una materia que debe llevarse a cabo de manera cuidadosa, para no caer en errores de contratación que pueden acarrear errores de tipo legal ante una intermediación que disfrace la contratación de personal directa.

Puede suceder, además, que los trabajadores sean transferidos a otra empresa contratista para que presten labores a la empresa en la cual trabajaban anteriormente, lo que conlleva a que no exista el rompimiento de la relación laboral sino un encubrimiento de la relación laboral, para eludir las obligaciones contractuales del patrono. Adicionalmente, si este contratista contrata nuevos empleados, estos estarán bajo la responsabilidad de la empresa contratante principal, estableciéndose así, un nuevo contrato de trabajo.

En la modalidad de Outsourcing a través de contratistas independientes se puede confundir pues si se contrata una persona bajo esta modalidad, pero se siguen ejerciendo funciones de supervisión, guía y remuneración, se continua en el ejercicio de sus actividades de patrono.

Por otra parte, cuando una actividad que la empresa realiza, habitualmente, se contrata a un proveedor externo, pero con los mismos empleados de la empresa, previa cancelación del contrato laboral es necesario examinar si el contrato inicial, realmente, se rescindió o si el nuevo contrato configura una relación laboral. Para ello, se deben revisar las condiciones en que el trabajador renuncia, pudiendo esto reflejar la voluntad del asalariado o algún tipo de presión por parte del empleador,

en el primer caso no habría problema, pero en el segundo, podría existir un vicio en la voluntad o el consentimiento y por ende, no tendría la virtud de terminar la relación laboral siendo la carga de la prueba requerida a quien alegue dicho vicio.

El nuevo contrato también podría ser controversial pues si los contratistas son los mismos exempleados, la labor se realiza en las mismas dependencias bajo un nivel de control bueno, aun habiéndose constituido una persona jurídica, un juez de trabajo podría declarar la existencia de una relación de trabajo, desconociendo el acto simulado.

Al hacer un examen de la figura de simulación desde el punto de vista laboral, fundamentado en el principio de la primacía de la realidad, se puede dar por sentado que existe, remitido a la prueba revisada, que existe el fingimiento aún sobre lo establecido en el pacto o acuerdo.

Existe una diferencia entre la simulación y el principio de primacía de la realidad y es que en la acción simulación, se pide al juez, la declaración de simulación en un acto jurídico y la declaración, por consiguiente, de lo realmente querido por las partes. Es decir, en el reconocimiento del acto para el cual se comparece a prestar consentimiento, con la primacía de la realidad se busca establecer la figura que realmente se plantea, aunque ello no haya sido el querer de una de las partes, como en este caso, el interés de eludir la relación laboral por parte del patrono.

La Sala Segunda ha dictado jurisprudencia referente al principio de primacía de la realidad, una de las cuales se detalla a continuación:

***Exp: 12-001200-1178-LA***

**Res: 2016-001449**

**SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las diez horas cinco minutos del veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis.

Proceso ordinario establecido ante el Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José (oral-electrónico), por **MARIO ANDRÉS MONTES DÍAZ**, chofer, contra **CARLOS ALBERTO OVARES SEGURA**, casado y empresario. Actúan como apoderados especiales judiciales; del actor, el licenciado Carlos Mauricio Sierra Sánchez; y del demandado, el licenciado Eduardo Gutiérrez Delgado, vecino de Heredia. Todos mayores, divorciados y vecinos de San José, con las excepciones indicadas.

**RESULTANDO:**

1.- El actor, en escrito de demanda de fecha dieciocho de junio de dos mil doce, promovió la presente acción para que en sentencia se condenara al demandado al pago de vacaciones, aguinaldo, horas extra, días feriados, preaviso, auxilio de cesantía, salarios caídos a título de daños y perjuicios, intereses, indexación, costas y que se le diera conocimiento a la Oficina de Inspección de la Caja Costarricense de Seguro Social para lo de su cargo.

2.- El demandado contestó la acción en forma extemporánea.

3.- El Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José (oral-electrónico), por sentencia de las trece horas treinta minutos del siete de noviembre de dos mil catorce, **dispuso**: “Se declara sin lugar la demanda de **MARIO ANDRÉS MONTES DÍAZ** contra **CARLOS ANDRÉS MONTES DÍAZ**. Se condena al accionante a pagar ambas, fijándose las personales en la suma prudencial de doscientos cincuenta mil colones...”.  
(Sic)

4.- La parte actora apeló y el Tribunal de Trabajo, Sección Cuarta, del Segundo Circuito Judicial de San José, por sentencia de las ocho horas veinticinco minutos del cinco de setiembre de dos mil dieciséis, **resolvió**: “No se notan defectos u omisiones que puedan

*haber causado nulidad o indefensión a ninguna de las partes. Se revoca la sentencia y se ordena el pago de cuatrocientos treinta y un mil ciento setenta y seis colones con veinticinco céntimos de feriados, trescientos cincuenta mil colones de preaviso, setecientos diecisiete mil quinientos colones de auxilio de cesantía, novecientos cuarenta y dos mil doscientos veinticuatro colones con un céntimo de aguinaldo, cuatrocientos treinta y un mil ciento setenta y seis colones con veinticinco céntimos de vacaciones y, dos millones cien mil colones de daños y perjuicios. Sobre dichas sumas se reconocerán intereses desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta su efectivo pago, salvo de los daños y perjuicios que correrán desde la firmeza de la sentencia. Del mismo modo su abono se realizará indexado. Son las costas a cargo del perdedor, se fijan las personales en el veinte por ciento del importe de la condenatoria. La denegatoria por horas extra se mantiene. Dese copia a la Oficina de Inspección de la Caja Costarricense de Seguro Social para lo de su cargo”.*

*5.- El apoderado especial judicial del accionado formuló recurso para ante esta Sala, en memorial fechado el diez de octubre de dos mil dieciséis, el cual se fundamenta en las razones que de seguido se dirán en la parte considerativa.*

*6.- En los procedimientos se han observado las prescripciones de ley.*

**Redacta la Magistrada Varela Araya; y,**

**CONSIDERANDO:**

**1.- SÍNTESIS DEL RECURSO.-** *El apoderado del actor acude a esta tercera instancia rogada y recurre el voto el Tribunal. Expone los siguientes argumentos: A) A la luz de una relación de amistad, confianza y buena fe, lo que existió entre las partes fue una relación comercial y/o convenio de alquiler de un vehículo de la modalidad taxi, donde el actor se obligó a pagar al demandado una tarifa diaria equivalente a diez mil colones por el uso del vehículo, el cual debía devolver con el tanque lleno y entregar las facturas de combustible. De esta manera, se acordó el alquiler del taxi con una única suma fija diaria,*

que representaba el equivalente de 26 días de uso del vehículo (lunes a sábado). Destaca que el actor no recibía salario, ni se ejercía sobre él ningún control, ya que al demandado no le interesaba cuánto dinero recaudaba con el uso del vehículo, únicamente le importaba recibir el monto diario acordado para el alquiler y que el vehículo tuviera siempre combustible. **B)** Aduce que si se confrontan los ingresos versus los gastos, el único ingreso del demandado es de ₡260.000,00 por mes, por el alquiler del vehículo, y el actor dijo que se le pagaba un salario de ₡350.000,00, sin considerar cargas sociales, por lo que el negocio dejaría pérdidas, situación que no tiene ninguna lógica. La realidad era que bajo una relación estrictamente comercial, con el acuerdo que se dio entre las partes, el propietario del vehículo siempre iba a obtener un ingreso que le producía rentabilidad, lo que hizo que esta relación comercial permaneciera en el tiempo, tal y como sucedió. **C)** Alega que el Tribunal no consideró lo establecido en el ordinal 468 del Código de Trabajo, cuando señala que los hechos se tendrán por ciertos, excepto cuando en el expediente exista prueba fehaciente que los contradigan, como en este caso, en el que se desprende de las pruebas que la relación que existió fue de índole comercial, concretamente de alquiler de vehículo. Por lo anterior solicita que se revoque el fallo del Tribunal y en su lugar, se confirme el de primera instancia (escrito agregado a las 03:58:16 p.m. del 10/10/2016).

**II.- ANTECEDENTES.-** El actor demandó al señor Carlos Alberto Ovarés Segura, quien adujo era su patrono cuando prestaba sus servicios como conductor del taxi placas TSJ 004279. Indicó que tenía un salario de ₡350.000,00 mensuales y se le pagaba de manera semanal. Señaló que la relación laboral inició el 20 de enero de 2009 y finalizó el 13 de junio de 2012, cuando fue despedido. Adujo que laboró 37 días feriados que no se le pagaron dobles y que tenía una jornada de trabajo de las 7:00 a.m. a las 5:00 p.m. con media hora de almuerzo, por lo que trabajaba 9 horas extra por semana, un total de 1586 horas extra durante toda la relación laboral. Por lo anterior solicitó: vacaciones y aguinaldo, según las horas extra, 1586 horas extra, 37 días feriados, preaviso, cesantía, salarios

caídos a título de daños y perjuicios, intereses y ambas costas (escrito incorporado a las 09:31:41 a.m. del 19/06/2012). El 7 de enero de 2013, el demandado contestó la acción y por resolución de las 8:15 horas del 8 de enero de 2013, el Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial tuvo por contestada la demanda de forma extemporánea. Confirió audiencia a la parte actora de la prueba aportada por la demandada (documento incorporado a las 08:07:25 a.m. del 08/01/2013). Por resolución de las 14:55 horas del 4 de marzo de 2013, el Juzgado convocó a las partes a audiencia de conciliación de recepción de pruebas, para el 6 de enero de 2014 (documento agregado a las 02:51:21 p.m. del 04/03/2013). En escrito presentado el 8 de marzo de 2013, el actor reclamó que se hubiera citado a audiencia de conciliación y recepción de pruebas a pesar que la demanda se contestó de forma extemporánea (escrito incorporado a las 02:12:53 p.m. del 11/03/2013). Mediante resolución de las 9:53 horas del 20 de marzo de 2013, el A-quo le indicó al actor que el juzgador tiene la facultad para ordenar pruebas para mejor resolver, aún y cuando la demanda no haya sido contestada en tiempo, de conformidad con el artículo 491 del Código de Trabajo (documento agregado a las 09:48:26 a.m. del 20/03/2013). El 14 de febrero de 2014, se evacuó llevó a cabo la audiencia de conciliación y recepción de prueba (acta de audiencia agregada a las 11:21:34 a.m. del 17/02/2014). En primera instancia la demanda se declaró sin lugar y se condenó al accionante al pago de ambas costas, fijándose las personales en la suma prudencial de \$200.000,00. Estimó que no existió entre las partes relación laboral porque no había subordinación, o sujeción a un poder de dirección, fiscalización y disciplina, ya que el demandado nunca le dio instrucciones al actor, quien tampoco tenía que rendir información ni cuentas sobre lo recaudado durante el día y tenía libertad en el uso de su tiempo (documento incorporado a las 07:40:47 a.m. del 11/11/2014). La parte actora apeló el fallo de primera instancia (escrito agregado a las 07:39:16 a.m. del 27/11/2014). El órgano de alzada revocó la sentencia del Juzgado y ordenó el pago de preaviso, auxilio de cesantía, aguinaldo, vacaciones y daños

*y perjuicios. Concedió intereses legales e indexación. Fijó las costas a cargo de la parte demandada, las personales en el 20% del importe de la condenatoria. Mantuvo la denegatoria de horas extra y ordenó se remitiera copia de la sentencia a la Oficina de Inspección de la Caja Costarricense de Seguro Social para lo de su cargo. Estimó que la prestación de servicios que ejecutó el actor se encontraba cubierta por la presunción de laboralidad establecida en el artículo 18 del Código de Trabajo y no hay ningún elemento que la invalide (documento agregado a las 10:31:28 a.m. del 13/09/2016).*

**III.- ELEMENTOS QUE DEFINEN UN CONTRATO DE TRABAJO.-** *Esta Sala, en forma reiterada, ha señalado que la naturaleza de una relación jurídica puede determinarse mediante la identificación de sus elementos característicos. Para establecer si un contrato tiene naturaleza laboral debe atenderse, primero, a las regulaciones estipuladas en el numeral 18 del Código de Trabajo, que dispone las particularidades que definen la relación laboral. De conformidad con dicha norma, con independencia del nombre que se le dé, existe un contrato de trabajo cuando una persona se obliga a prestar a otra u otras, sus servicios o a ejecutarle(s) una obra, bajo su dependencia permanente y dirección inmediata o delegada y por una remuneración, de cualquier clase o forma. Dicho numeral también establece una presunción legal -la cual admite prueba en contrario, pues es solo iuris tantum-, respecto de la existencia de un vínculo laboral entre la persona que presta sus servicios y quien los recibe. La remuneración, de conformidad con el numeral 164 ídem, puede pagarse por unidad de tiempo, por pieza, por tarea o a destajo y en dinero, en dinero y especie, por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el empleador. Tres elementos son, entonces, los que definen jurídicamente el carácter o la naturaleza de una relación de trabajo: la prestación personal de un servicio, la remuneración y la subordinación. Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se ha establecido que, por lo general, tal subordinación o dependencia es el elemento fundamental para poder determinar si se está o no en presencia de una relación laboral. Esto por cuanto existen*

otros tipos de relaciones jurídicas donde los elementos de la prestación de los servicios o de la ejecución de obras y el de la remuneración también están presentes, configurando lo que se ha denominado “zonas grises” o “casos frontera”. Por otra parte, es preciso considerar que al realizar el análisis de asuntos como el que se conoce, debe tenerse en cuenta el principio de la primacía de la realidad, cuya regulación está implícita en el mencionado artículo 18, de conformidad con el cual, en materia laboral, cuentan antes y preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, las cuales se superponen a los hechos que consten documentalmente, desde el punto de vista jurídico. La Sala también ha analizado la naturaleza de la relación jurídica que se genera entre el dueño de un vehículo -quien es, a la vez, concesionario de un servicio de transporte público en la modalidad de taxi-, con la persona dedicada a conducir dicho automotor, sea en forma permanente u ocasional. Así, se han definido ciertas actividades a cargo del conductor del taxi, propias de este tipo de relación, que han permitido otorgarle naturaleza laboral, entre las cuales se encuentran: **a)** laborar en turnos; **b)** cancelar una suma fija diaria; **c)** no rendir cuentas sobre las utilidades totales; **d)** no encargarse de las reparaciones del vehículo, las cuales corren a cuenta del dueño de este; **e)** entrega del automotor lavado y con combustible; **f)** obligación de utilizarlo en un rango horario establecido por el dueño de este; **g)** estar a disposición de la central de radio para atender los servicios demandados por los usuarios. (Consúltense al respecto las sentencias números 806, de las 14:50 horas del 29 de setiembre de 2011 y 58, de las 9:35 horas del 1° de febrero de 2012). Tales premisas deben orientar el estudio del recurso incoado por la parte demandada, a los efectos de determinar si su relación tuvo o no naturaleza laboral.

**IV.- ANALISIS DEL CASO CONCRETO.-** La parte demandada se encuentra disconforme con la decisión del Tribunal de considerar la relación que mantenía con el actor como de naturaleza laboral. Aduce que nunca hubo subordinación ya que el actor no era controlado en los tiempos y el uso del taxi y tampoco debía rendir cuentas de lo recaudado

en el día. Únicamente tenía tres obligaciones: pagar la suma de ₡10.000 colones diarios por concepto de alquiler del vehículo, devolverlo lleno de gasolina y entregar las facturas de combustible. Una vez analizados los hechos concluye esta Sala que la sentencia del Tribunal debe confirmarse. No existe controversia en que el actor conducía el taxi placa TSJ-4279, propiedad del demandado. De ahí que se compruebe la existencia de una prestación personal del servicio: conducir el taxi. Según se explicó en el considerando anterior, en virtud de lo establecido en el ordinal 18 del Código de Trabajo, cuando se comprueba la prestación personal del servicio, surge una presunción "iuris tantum" de la existencia de una relación laboral. Ello quiere decir, que el patrono tiene que deber de probar que la relación no fue laboral, lo que en este caso no hizo. La defensa del demandado se centra en que no existió subordinación, pues el actor no era controlado en los tiempos, en sus rutas o la manera en la que prestaba el servicio. Las características de una relación que deben analizarse a efecto de determinar la existencia del elemento de subordinación varían en cada caso. Si bien, en reiteradas ocasiones la Sala ha indicado que se trata de estar bajo el mando, las órdenes y la fiscalización de un patrono, ésta puede ejercerse se formas muy variadas, que deben verse a la luz de cada caso concreto. Particularmente, los conductores de taxi no pueden estar sujetos a un control estricto, pues su labor no lo permite, ya que se desenvuelven en la calle y no pueden saber los lugares por los que transitarán durante ese día. Entonces, la subordinación se ejerce mediante la presentación de las facturas diarias de gasolina, pues de esa manera el patrono puede verificar cuántos kilómetros manejo y la cantidad de tiempo. La forma de pago del salario también evidencia subordinación, pues el actor ganaba el excedente de ₡10.000,00 colones diarios, es decir, por utilidades, según el artículo 162 del Código de Trabajo, por lo que si no laboraba, no ganaba, situación con la que el accionado se asegura que el demandante realizará su trabajo por varias horas al día, pues de lo contrario él no tendría ganancias. Tal y como bien lo apuntó el Tribunal, también debe considerarse que los insumos de trabajo

*los proporcionaba el demandado, sea el vehículo, y era él el responsable de su **manutención**, es decir, de darle al actor la maquinaria necesaria para trabajar en buen estado, elemento propio de una relación laboral. Sobre la aplicación del numeral 468 del Código de Trabajo, cuando la demanda no se contesta o se hace de manera extemporánea –como en este caso–, lleva razón el recurrente sobre que los hechos que no se tienen por ciertos automáticamente, pues debe analizarse también la prueba que consta en el expediente. Sin embargo, en este caso no hay prueba que contradiga las afirmaciones hechas por el actor en la demanda, pues con la contestación extemporánea, lo que el demandado aportó fue únicamente los recibos de gasolina y de la prueba confesional, solamente se logra confirmar lo ya indicado, sea que el actor tenía que darle al accionado **¢10.000,00 colones diarios**, presentar las facturas de gasolina y devolver el carro con el tanque lleno. Sobre las ganancias del demandado, no es un aspecto que incida en determinar la naturaleza de la relación en este caso concreto, ya que, incluso se observa que sus ganancias eran de **¢10.000,00 por día**, si esta suma representa muchas o pocas ganancias, no es un aspecto que competa a esta Sala determinar. Casos como el que nos ocupan ya han sido anteriormente analizados, tanto en las sentencias citadas en el considerando anterior, y más recientemente la n.º 2014-001178 de las 9:40 horas del 5 de diciembre de 2014.*

**V.- COLORARIO.-** *En mérito de lo expuesto, procede confirmar el fallo impugnado.*

**POR TANTO.**

*En lo que fue objeto del recurso, se confirma la sentencia recurrida.”*

Como se puede razonar de esta jurisprudencia, si la empresa continúa utilizando los servicios de sus empleados, bajo su supervisión, con cumplimiento de órdenes directas, con la exigencia del cumplimiento de determinadas horas de trabajo y en general, ejerciendo actitudes propias del empleador, realmente no se varía la

relación laboral original pues, lo que podría estar generándose es el incumplimiento de las obligaciones que la misma lleva implícita, con las consecuentes sanciones previstas en la ley para estos casos, pues se ha configurado una simulación al aparentar una relación comercial o civil, cuando en realidad, no hubo resolución de continuidad en la relación laboral, operando el principio de primacía de la realidad por encima de la cortina de humo jurídica y se estaría reconociendo por parte del juez laboral, la existencia de un contrato de trabajo. Adicionalmente, en los casos en que se crea una persona jurídica para encubrir la relación laboral, se presenta la misma condición pues el hecho de ser persona jurídica no disfraza la relación laboral y su dependencia.

### **6.3.2 Solidaridad**

Un aspecto de fundamental relevancia en el presente desarrollo es el tema de la solidaridad. Aún y cuando la contratación externa se haga de manera clara y sin vicios en el consentimiento, además de ser libre de posibles nexos o velos respecto a encubrir una relación laboral, el empresario podría tener que llegar a pagar salarios y prestaciones a los trabajadores de sus contratistas pues, a pesar de que la regla general es que los contratistas independientes respecto de sus empleados son verdaderos patronos y por ello, asumen en su totalidad los salarios y prestaciones laborales, la ley prevé ciertos eventos en que el contratante será, solidariamente, responsable ante el incumplimiento de las obligaciones laborales y sociales dejadas de cancelar a los trabajadores del primero, según el Artículo 399 del Código de Trabajo como ya se ha mencionado y es uno de los puntos medulares de la relación existente cuando un Patrono decide contratar los servicios de un Tercero u Outsourcing.

Al existir la Reforma Procesal Laboral, el tema de la solidaridad resultará ser, una parte muy importante dentro de la relación laboral, pues en la actualidad y tal y como se planteó en la justificación del tema, el contratar por un tercero, que al final resulta ser el mismo patrono, ha sido una práctica regular desde mi experiencia laboral y dado que en materia laboral nacional aún no existe jurisprudencia en este momento, se presenta una resolución que al respecto se pronunció en la Corte Suprema de Justicia de Colombia en que se hace referencia a labores no extrañas a la actividad normal de la empresa y que tienen carácter de conexas e inherentes a las mismas:

*“...La responsabilidad solidaria se predica legalmente cuando la naturaleza o finalidad de la obra contratada sea inherente (forma empleada en la legislación laboral argentina), o también conexa (fórmula aún más amplia en la legislación laboral venezolana), con actividad ordinaria del beneficiario.*

*Nuestro Código Sustantivo del trabajo... al referirse a “labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio”, para configurar la excepción al principio legal de la responsabilidad solidaria, obviamente incluyó dentro del ámbito de la regla general todas aquellas obras inherentes o conexas con las actividades ordinarias del beneficiario”*

Tomando como definición de conexidad que es la relación de una cosa con otra, es decir que en actividades complementarias se puede aplicar también la solidaridad, la jurisprudencia citada señala que labores no extrañas se ligan y en cada caso concreto, se ligan, cada vez que se demande de forma solidaria a la empresa beneficiaria y al contratista por los pagos de los empleados de este último y se hace necesario un exhaustivo análisis para determinar hasta qué punto la labor contratada se considera o no extraña, es decir cuando esta está dentro de las actividades cotidianas de la empresa.

Es así como, en reiteradas ocasiones en Colombia, quienes se presentan a juicio a reclamar la solidaridad, deben probar tres cosas: contrato de trabajo con el contratista independiente, contrato de obra de su empleador con el contratante o empresa y una relación de causalidad entre los dos (que no es más que la prueba de que existen actividades cotidianas dentro de lo contratado). Es así como de lo expresado anteriormente, se desprende que la solidaridad se demuestra y si no media un contrato laboral, se desvirtúa la misma.

En la actualidad, los patronos podrían suscribir pólizas de seguro, llamadas pólizas de cumplimiento, en las cuales la compañía de seguros acepta el traslado del riesgo del eventual incumplimiento del contratista de pagar salarios y prestaciones a sus empleados evitando así el patrono, acarrear esta responsabilidad solidaria.

Por otra parte, el respaldo no se puede aplicar cuando lo que se contrata son bienes o servicios que no son parte del objeto principal de la empresa como puede ser el caso de la contratación de una desarrolladora de sistemas informáticos en una compañía de transportes.

En Costa Rica, la solidaridad ha sido fortalecida a través de las resoluciones que ha dictado la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha definido, no solo la solidaridad sino también la subsidiaridad en la responsabilidad tanto del contratante como del contratista, ante el incumplimiento de sus deberes contractuales para con sus trabajadores, es así como en la sentencia 2018-00016, se obliga tanto al patrono, en este caso la Caja Costarricense del Seguro Social como el contratista, la FUNAC 4-S, a cancelar los extremos a las trabajadoras contratadas para la confección de uniformes:

*“ III. ANÁLISIS DEL CASO. Mediante Ley n.º 2680, del 19 de noviembre de 1960 se creó la Fundación Nacional de Clubes 4-S, como un organismo semiautónomo tendiente al fomento y mejor desarrollo de los programas propios de los Clubes 4-S en Costa Rica. Su dirección se dejó a cargo del Ministerio de Agricultura, como parte del Servicio de Extensión Agrícola, y entre sus fines se previó el de colaborar con dicho Servicio en la promoción del programa de los Clubes 4-S. La ley se emitió con el fin de fortalecer el movimiento de esos*

*Clubes, el cual funcionaba en el país desde agosto de 1949. Posteriormente, mediante Ley n.º 9056 del 23 de julio de 2012, su naturaleza varió a la de Consejo Nacional de Clubes 4-S, como un órgano de desconcentración mínima de dicho Ministerio. Sus funciones se redefinieron más claramente, en lo que interesa, así: “Desarrollar y coordinar acciones dirigidas a la organización comunitaria de los niños y las niñas, los jóvenes y las mujeres adultas de las zonas rurales del país, mediante su integración y conformación en Clubes 4-S, a los que les brindará, con equidad y perspectiva de género, asesoramiento para su organización, capacitación para el fomento de la producción y acompañamiento en el desarrollo de proyectos de carácter agropecuario, agroindustrial, forestal, ambiental, artesanal y turístico, así como la promoción de los valores fundamentados en sus principios filosóficos relacionados con la salud, el saber, los sentimientos y el servicio” (artículo 2, inciso a), de la ley última citada). En ese ámbito de acción, la FUNAC 4-S, el 15 de octubre de 1987, firmó un convenio de cooperación institucional con la Caja Costarricense de Seguro Social. En la adopción de este convenio, se tomaron en cuenta las siguientes circunstancias: “Considerando que las instituciones arriba indicadas han estimado de fundamental importancia impulsar la creación de talleres para producción de ropa, como un mecanismo real de generación de empleo y de participación e incorporación del costarricense al proceso productivo nacional de forma que permita elevar el nivel socioeconómico de sus integrantes y conscientes de la grave crisis por la que atraviesa la Caja en la confección y abastecimiento de prendas hospitalarias, acuerdan suscribir el presente convenio” (folder 2 aportado como prueba en formato físico “Convenio entre la Caja Costarricense de Seguro Social y la Fundación Nacional de Clubes 4-s”). De lo transcrito se advierte que el acuerdo se adoptó con el fin de solventar una necesidad imperiosa y básica de la Caja Costarricense de Seguro Social. En virtud del convenio, la FUNAC 4-S asumió los siguientes compromisos: a) Coordinar las actividades y labores de las etapas de producción de ropa y la puesta en marcha e implementación de las empresas*

*de las distintas comunidades o grupos; b) colaborar en el financiamiento para el inicio de los proyectos de producción mediante el pago mientras dure el trámite de cancelación ante la Caja, recuperando posteriormente esos adelantos, cobrándolos de la cancelación hecha por la Caja; c) colaborar con la confección de los estudios de pre factibilidad y factibilidad que garanticen que los proyectos de confección de ropa sean rentables y durables; d) colaborar con la coordinación del desarrollo de las actividades de capacitación de los socios 4-S que se incluyen en proyectos de confección de ropa; e) cuando sea solicitado por la Caja Costarricense de Seguro Social, FUNAC realizará en su taller el corte de prendas que le sea asignado, aportando la Caja las telas y moldes de corte que sean necesarios para este requerimiento; f) de la tarifa establecida por la Caja, FUNAC 4-S cobrará un 15% con el propósito de cubrir los gastos indirectos del proyecto, tales como la administración, supervisión, seguimiento y evaluación; g) supervisar que cada taller realice el conteo de la orden asignada, tanto al recibo como a la entrega de materiales; h) supervisar que cada taller se haga cargo de los servicios de transporte del material y el producto terminado; i) responsabilizarse por el uso y destino de las materias primas y materiales entregados por la Caja; j) responsabilizarse de que la confección se elabore de acuerdo con las características de calidad estipuladas por la Caja y que la labor de supervisión sea realizada en forma conjunta por personal especializado de la Caja y de FUNAC; k) por último, asumió la obligación de trasladar al supervisor de la Caja a los diferentes talleres comunales, para lo cual debía aportar el vehículo respectivo. En orden al cumplimiento del convenio referido, la FUNAC 4-S procedió a contactar distintas personas o talleres a fin de que se organizaran, se constituyeran en asociaciones y se inscribieran como Clubes 4-S; para que, de esa manera, pudieran acceder a la labor de confección de la ropa requerida por la Caja. Como se ve, esa fue la organización exigida o impuesta por la FUNAC, a efecto de que las personas pudieran brindar aquel servicio a la Caja, de ahí que el argumento del Estado de que se contrató con personas jurídicas y que por ello se excluye el vínculo laboral no es*

suficiente para que se resuelva como lo pretende. Esta Sala ha tenido la oportunidad de conocer asuntos similares al presente. En uno de ellos conoció el reclamo de una persona organizada en ese tipo de asociaciones en relación directa con la Caja, FUNAC y la asociación respectiva. Se concluyó que no podía excluirse de responsabilidad a la FUNAC (Estado), por cuanto sí se evidenciaban los elementos del contrato de trabajo y, en especial, porque no se desvirtuó la presunción de legalidad sobre la existencia de una relación de ese tipo entre la persona que presta un servicio y quien la recibe (véase la sentencia 1033, de las 9:40 horas del 23 de setiembre de 2015). Nótese que además, resultan estériles los argumentos dados por el Estado, respecto de que la carga probatoria corresponde al particular (empleado), pues véase que la propia CCSS admitió, en escrito de fecha 25 de marzo de 2008 la existencia de una relación laboral que bien puede extenderse a FUNAC-4S en razón de la condena solidaria impuesta en el caso subexámine. Para ilustrar mejor lo dicho, la Caja, en el documento antes citado indicó lo siguiente “tomando en consideración que los informes de la propia Inspección de la Caja señalan la laboralización de la relación entre las demandantes y la institución, esta Gerencia recomienda a la Junta Directiva, que en ejercicio de las potestades conferidas por el artículo 14 inciso d) de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, se apruebe acudir a los institutos de la conciliación o transacción sea en sede judicial o extrajudicial de los extremos que pudieran derivarse de la relación laboral, con las personas que laboraron en los centros de corte y confección creados al amparo del Convenio con FUNAC, para lo cual se somete a la valoración la siguiente propuesta de acuerdo” (folios 7-10 expediente judicial). De mayor relevancia resulta lo decidido en el voto 1227 de las 9:35 horas del 4 de noviembre de 2015, pues en esa oportunidad se analizó el reclamo del Estado contra el acto administrativo por el cual la Caja Costarricense de Seguro Social procedió a confeccionar planillas adicionales y a cobrarle las cuotas obrero-patronales correspondientes a las personas que laboraron en alguno de esos talleres o asociaciones encargadas de confeccionar la ropa hospitalaria

requerida por la Caja. En ese pronunciamiento se explicó: "...los 3 elementos que definen jurídicamente el carácter o la naturaleza de una relación de trabajo se encuentran presentes en el caso concreto: A) Prestación personal del servicio. En estos casos, Funac es la encargada de buscar grupos de mujeres, incentivarlas para que se agremien y formen parte de los clubes 4-S, brindarles capacitación y hasta de colaborar con la búsqueda del financiamiento y adquisición de las máquinas que se requieren para la maquila de ropa hospitalaria, cada asociación contrata a las operarias, lo que comprueba que sí se dio una prestación personal del servicio, que era precisamente la confección de ropa para hospitales de la Caja Costarricense de Seguro Social. La testigo Yorleny María Víquez Vargas, quien se desempeña como jefa de la fábrica de ropa de la Caja Costarricense de Seguro Social, dijo que FUNAC era la encargada de conformar los talleres y posteriormente le decía a la Caja cuales estaban adscritos. La Caja le entregaba a la FUNAC las órdenes de producción, que tienen que ser confeccionadas en un plazo establecido y la FUNAC es la que se encargaba de entregar las órdenes a la Asociación. Además, la Caja le entregaba a la FUNAC la materia prima y ésta se encargaba de distribuirla en los distintos talleres...

B) Salario. En cuanto este elemento, el pago era a destajo, la Caja le pagaba a la FUNAC las órdenes y esta se dejaba el 15% y giraba el restante a la Asociación. C) Subordinación. Tanto la FUNAC como la Caja tienen injerencia en el horario, de lunes a viernes de las 7:00 a.m. a las 5:00 p.m. Sobre este aspecto la señora Víquez Vargas indicó que FUNAC es la que responde a la Caja, por lo que el Coordinador de FUNAC realizaba visitas a los diferentes talleres, porque era el responsable de cumplir con los plazos de entrega. Funcionarios tanto de FUNAC como de la Caja hacían inspecciones. Cuando un taller no cumplía con los pedidos a tiempo, FUNAC los sancionaba suspendiéndoles la entrega de órdenes de producción. De los tres elementos descritos anteriormente, se colige que la enajenación de la fuerza de trabajo es realizada en forma conjunta por FUNAC y la Caja Costarricense de Seguro Social, por cuanto, la primera como parte de sus objetivos de

creación y en cumplimiento de lo dispuesto en el convenio suscrito por la Caja, contrataba con el taller para que este pudiera confeccionar las prendas de ropa hospitalaria, a cambio de lo cual, obtenía un ingreso del 15% del monto total cancelado por la Caja por las órdenes de producción maquiladas. La Caja se beneficiaba al contar con ropa hospitalaria que requería para el normal funcionamiento de los centros de salud a su cargo". En el presente caso, la parte recurrente sostiene que nunca pudo mediar contrato de trabajo porque la FUNAC nunca contrató directamente con personas físicas, sino solo con asociaciones o talleres. Sin embargo, como se dijo, ese argumento no puede resultar válido para restarle la naturaleza laboral dada al vínculo; por cuanto, como se advirtió, esa fue una condición impuesta por la FUNAC para contratar la prestación requerida. En el último fallo citado, tal cuestión fue abordada y, al respecto, se manifestó: "Cabe aclarar que no es de recibo el argumento en cuanto a que la FUNAC no mantuvo vínculo alguno con las integrantes de la Asociación, de manera individual, para negar la relación laboral, pues ello se debe a que el contrato se hizo con la Asociación directamente y no con las trabajadoras de manera individual, situación que no desmerita la laboralidad". La condición de agruparse en asociaciones fue impuesta por la FUNAC como requisito para poder acceder al trabajo. Por esa misma circunstancia es que no le asiste razón a la recurrente en cuanto muestra disconformidad con la decisión de haberse excluido de responsabilidad, a la Asociación de Mujeres Costureras de Lomas, ya que la conformación de las distintas personas en ese tipo de organización fue una condición necesaria para poder trabajar en la confección de ropa hospitalaria requerida por la Caja, sin que realmente ejercieran un rol de empleadoras. En el recurso, también se pretende discutir la condena solidaria con la Caja, no obstante, del propio convenio firmado entre la CCSS y la FUNAC queda claro que esta última también tuvo participación activa en la relación, al grado que, de conformidad con el convenio suscrito, era la encargada de determinar las personas que brindarían el servicio, de asignar las órdenes de confección y de ejercer fiscalización en compañía de la Caja. En otro orden

*de ideas, la recurrente objeta que se hayan tenido como ciertas las fechas de inicio y término de los vínculos, expuestas en la demanda. Considera que tales aspectos debieron haber sido demostrados por las demandantes y no hay pruebas sobre el particular. No obstante, tal y como se advirtió, los hechos se tuvieron como ciertos con base en el principio de redistribución de la carga probatoria, conforme al cual, deben presumirse como verdaderos los hechos invocados en la demanda respecto de los cuales la parte demandada no haya aportado las pruebas para desacreditarlos. En el caso, si se consideró que la FUNAC 4-S ejerció funciones de empleadora, a ella le correspondía la obligación procesal de demostrar los hechos básicos de la relación, como lo serían la fecha de inicio y fin del vínculo o el salario pagado. Como no presentó ninguna prueba sobre esos puntos, deben tenerse por ciertas las afirmaciones hechas en la demanda, sin que estas se adviertan como falsas, exageradas o desproporcionadas. Respecto del tercer y cuarto agravio, puede apreciarse que la FUNAC 4-S efectivamente fungió como un intermediario necesario entre las personas operarias de los talleres de costura y la C.C.S.S. Acierta el tribunal respecto de lo declarado por el señor Bernal Méndez Arias sobre la dinámica de la FUNAC-4S con las demandadas, pues ciertamente la labor de la Fundación no era simplemente de ayudar a las mujeres para llevar sustento a sus casas, sino “les solicitaba que debían integrarse en forma de clubes 4-S, el pago por la labor realizada se hacía por medio de la Fundación”. También reprocha el recurrente la condena solidaria junto con la C.C.S.S., sin embargo, está claro que la FUNAC 4-S fue un ente facilitador de la relación laboral entre los actores y actoras y aquella. Frente a los y las accionantes, tanto la C.C.S.S. como la FUNAC 4-S se presentaban como entes patronales y sobre este punto la jurisprudencia de esta Sala es prolija al indicar que la persona trabajadora no tiene la obligación de conocer quién es realmente su patrono. En este caso, ello les faculta para accionar contra cualquiera de las demandadas, o contra ambas, a pesar de que a lo interno de la relación entre las codemandadas una pueda ser considerada como patrono y otra*

como intermediario (voto de esta Sala n.º 574 de las 10:05 horas del 21 de abril de 2010). Al respecto, el artículo 2 del Código de Trabajo, establece que patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un convenio de trabajo; mientras que el numeral 3 del mismo código señala como intermediario, a quien contrata los servicios de otra u otras, para que le ejecuten un trabajo, en beneficio de otro, quien es el patrono; asimismo, califica como patronos (y no como intermediarios), los que se encarguen, por contrato, de trabajos que ejecuten con capitales propios. CALDERA define la figura del intermediario como “aquella persona que contrata los servicios de un trabajador en su propio nombre, pero por cuenta o beneficio de otra; y sin perder su propia responsabilidad, compromete la del beneficiario de aquellos servicios, siempre que éste haya autorizado expresamente al intermediario o recibiere la obra ejecutada” (CALDERA (Rafael), *Derecho del Trabajo*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1979, p. 242). Ahora bien, independientemente de la calificación como patrono o intermediario, la responsabilidad frente a los trabajadores es la misma, pues el intermediario quedará obligado solidariamente por la gestión del patrono, para los efectos legales que se deriven del Código de Trabajo, sus reglamentos y de las disposiciones de previsión social (artículo 3 *ibidem*). Esta Sala, en un caso similar indicó: “No regula el Código fenómenos societarios como el de los grupos de interés económico o consorciales, en los cuales vamos a encontrar empresas controladas o simplemente instrumentales, creadas con el fin de hacer posible o facilitar la actividad de las controlantes, pues cuando se promulgó el Código estas figuras no eran conocidas... Dijimos que el Código no se ocupa expresamente de la figura jurídica comentada, pero si el Código contiene la regla de la solidaridad en el caso de los intermediarios, es claro que la filosofía del Código es la tutela efectiva de los trabajadores frente al empleador, cualquiera que sea la forma de organización, siempre y cuando sea el verdadero beneficiario de los servicios. En otras palabras, el Código, en materia de responsabilidad frente a los trabajadores se inclina por la solidaridad

*considerando quien es en la realidad el que se beneficia de la fuerza de trabajo, lo cual no es extraño, pues la legislación laboral en desarrollo del principio de protector se basa para hacer justicia y equidad en la primacía de la realidad. De otro lado, al interpretar los institutos jurídicos en la legislación laboral, cuando se estuviere en frente de dualismos, debe escogerse aquel elemento que más favorezca al trabajador (artículo 17 ídem). Así las cosas, considerando que en la realidad quien se benefició de la fuerza de trabajo del actor fue el Estado y que el Consejo demandado solo es un instrumento de aquel, debe resolverse la cuestión a favor de la solidaridad, pues esta es más favorable. De lo contrario, se obligaría al trabajador a agotar procedimientos y solo en el supuesto de que sus esfuerzos sean negativos podría dirigirse contra el beneficiario de su trabajo. El hecho de que los demandados sean el Estado y un órgano dependiente de él, no enervan la aplicación de los principios propios del Derecho de Trabajo para la solución del caso, cuando se trata de hacer efectivas prestaciones reguladas en este Derecho y sus leyes conexas” (Voto n.º 1135 de las 9:35 horas del 19 de noviembre de 2014). La relación laboral entre los actores y la C.C.S.S. está fuera de discusión en este proceso, debido a que la Caja, como se mencionó ut supra, reconoció que sus propios inspectores determinaron la existencia de una relación laboral entre dicha institución y los trabajadores de estos talleres. Es importante dejar claro que no es posible atribuir a la “Asociación de Mujeres Costureras de Lomas” la responsabilidad que corresponde a la FUNAC 4-S. Así, no es posible endilgar a dicha asociación, la responsabilidad correspondiente a las codemandadas, pues se caería en el ilógico de condenar a las personas trabajadoras al pago de sus propios derechos laborales. Según lo expuesto, no se encuentran motivos para variar la condena solidaria dispuesta contra la CCSS, el Estado y la FUNAC 4-S por la sentencia que se recurre.*

*IV. CONSIDERACIONES FINALES Y COSTAS. La recurrente pretende que se exonere al Estado del pago de las costas, pues estima que no se acogieron todas las*

*pretensiones formuladas en la demanda. Si bien es cierto muchas de las peticiones no fueron acogidas, situación que se enmarca en alguno de los supuestos de hecho que se regulan en el artículo 222 del Código Procesal Civil, la Sala considera que no es dable aplicar la facultad contemplada en esa norma, ya que las accionantes tuvieron que gestionar el reconocimiento y pago de derechos fundamentales en sede judicial, sin que se estime oportuno que ellas deban cargar con el pago de los gastos del proceso.*

**POR TANTO:**

*En lo que fue objeto de agravio, se confirma la sentencia recurrida.”*

Como se puede colegir de esta resolución, la responsabilidad solidaria y subsidiaria ha sido reforzada por parte de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la cual asigna las responsabilidades a cada uno de los actores dentro de la relación de Outsourcing entre la Caja Costarricense de Seguro Social y la FUNAC 4-S.

### 6.3.3 La Sustitución Laboral

Al transferirse actividades a otra persona natural o jurídica, no con el ánimo de evadir responsabilidades laborales, sino buscando realizar ajustes empresariales hacia la especialización, podría surgir la duda de si es aplicable la sustitución patronal, al haber un cambio de un patrono por otro y ante diferentes circunstancias. Esta sustitución se configura cuando se conjugan los siguientes tres elementos: la continuidad de la empresa, la continuidad del trabajador y un cambio de patrono y está regulada según el artículo 37 del Código de Trabajo:

**ARTICULO 37.-** *La sustitución del patrono no afectará los contratos de trabajo existentes, en perjuicio del trabajador. El patrono sustituido será solidariamente responsable con el nuevo patrono por las obligaciones derivadas de los contratos o de la ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución y hasta por el término de seis meses. Concluido este plazo, la responsabilidad subsistirá únicamente para el nuevo patrono.*

Como se puede colegir de este artículo, el contrato laboral se mantiene y no se extingue, sino que hay un traslape de responsabilidades de ambos patronos por un período de seis meses.

El tema de la sustitución patronal ha sido ampliamente analizado y acorde a ello se han emitido jurisprudencias que, en lo conducente, reconocen esta figura legal. A continuación, se transcribe una jurisprudencia de la Sala Segunda referente al tema:

*“Exp: 12-300090-0927-LA*

*Res: 2015-001117*

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del siete de octubre de dos mil quince.

Proceso ordinario establecido ante el Juzgado de Trabajo del Primer Circuito Judicial de Guanacaste, sede Cañas, por **ARYERI VANESSA ELIZONDO CORDERO**, soltera, cocinera, contra **KATTIA CAMBRONERO HERRERA**, casada, comerciante. Ambas mayores y vecinas de Guanacaste.

**RESULTANDO:**

1.- La actora, en acta de demanda fechada trece de agosto de dos mil doce, promovió la presente acción para que en sentencia se condenara a la demandada a cancelarle preaviso, auxilio de cesantía, vacaciones, aguinaldo y horas extra de toda la relación, ajuste de salarios y ambas costas del proceso.

2.- La parte demandada contestó en los términos que indicó en el memorial de fecha veintinueve de enero de dos mil trece y opuso las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva y pago.

3.- El Juzgado de Trabajo del Primer Circuito Judicial de Guanacaste, sede Cañas, por sentencia de las quince horas cinco minutos del veinticinco de febrero de dos mil quince, dispuso: "De conformidad con las razones expuestas, citas de ley invocadas, se declara con lugar la presente demanda ordinaria laboral incoada por **ARYERI VANESSA ELIZONDO CORDERO** contra **KATHIA CAMBRONERO HERRERA** y se condena a ésta a pagar a la actora las siguientes sumas de dinero: ₡1.902.812,70 (un millón novecientos dos mil ochocientos doce colones con setenta céntimos), correspondiente al reajuste de salarios ₡491.120,91 (cuatrocientos noventa y un mil ciento veinte colones con noventa y un céntimos) por horas extras de toda la relación laboral, ₡285.210,56 (doscientos ochenta y cinco mil doscientos diez colones con cincuenta y seis céntimos) por preaviso; ₡380.280,74 (trescientos ochenta mil doscientos ochenta colones con setenta y cuatro céntimos, por auxilio de cesantía; ₡262.386,15 (doscientos sesenta y dos mil trescientos ochenta y seis

colones con quince céntimos), por vacaciones de toda la relación laboral; ₡483.723,14 (cuatrocientos ochenta y tres mil setecientos veintitrés colones con catorce céntimos); por aguinaldo de toda la relación laboral. El total a pagar a la actora es la suma de ₡3.805.534,20 (tres millones ochocientos cinco mil quinientos treinta y cuatro colones con veinte céntimos). De conformidad con el resultado del proceso, se rechazan las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación en sus das sentidos, por haberse demostrado el derecho de la actora de recibir todas las pretensiones de la demanda, y la de pago por no haberse demostrado el mismo, dado la falta de firma de la actora en el documento de folio 17. Se impone al tenor de las probanzas del expediente condenar en costas a la parte accionada fijándose las personales en un 15% del total de la condenatoria, que corresponde a la suma de ₡570.830,13 (quinientos setenta mil ochocientos treinta colones con trece céntimos). Remítase copia de esta sentencia a la Caja Costarricense de Seguro Social, para que realice los cobros respectivos por concepto de cuotas de seguridad social..." (sic).

4.- La parte demandada apeló y el Tribunal de Trabajo del Primer Circuito Judicial de Guanacaste, sede Liberia, por sentencia de las siete horas cuarenta y cinco minutos del nueve de junio de dos mil quince, resolvió: "En los procedimientos se han observado las formalidades y prescripciones de ley, no hay errores causantes de actividad procesal defectuosa o indefensión. En lo que fue objeto del recurso de apelación, se CONFIRMA la SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA".

5.- La parte demandada formuló recurso para ante esta Sala en memorial remitido vía facsímil el siete de julio de dos mil quince, el cual se fundamenta en los motivos que se dirán en la parte considerativa.

6.- En los procedimientos se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Aguirre Gómez; y,

**CONSIDERANDO:**

*I.- La actora planteó esta litis para que en sentencia se condene a Kattia Cambronero Herrera, a pagarle lo correspondiente a preaviso y cesantía, vacaciones, aguinaldo y horas extra de toda la relación, ajuste de salarios y ambas costas del proceso. Indicó haber laborado para la accionada como cocinera en el Bar Los Amigos en Cañas Guanacaste, preparando las bocas que se vendían en el lugar, desde el 16 de agosto de 2010 hasta el 12 de agosto de 2012 de miércoles a lunes, porque el martes era su día libre, en el siguiente horario: lunes, miércoles y jueves de 4:00 p.m. a 11 p.m. (7 horas), los viernes de 2:00 p.m. a 11:00 p.m. (9 horas), los sábados de 1:00 p.m. a 11:00 p.m. y los domingos de 11 a.m. a 9:00 p.m. (10 horas), con un salario de cuarenta mil colones semanales. Dijo que no se le pagaron aguinaldos, horas extra, aumentos salariales con base en el reajuste de ley; que tampoco se le cancelaron ni disfrutó vacaciones y que no se le aseguró (folios 1 a 3). La demandada contestó negativamente la acción y opuso las excepciones de pago, falta de derecho y falta de legitimación ad causam activa y pasiva (folios 22 a 25). El Juzgado desestimó las defensas opuestas, declaró con lugar la demanda, condenando a la accionada a pagar a la actora un millón novecientos dos mil ochocientos doce colones con setenta céntimos por reajuste de salarios; cuatrocientos noventa y un mil ciento veinte colones con noventa y un céntimos por horas extra; doscientos ochenta y cinco mil doscientos diez colones con cincuenta y seis céntimos por preaviso; trescientos ochenta mil doscientos ochenta colones con setenta y cuatro céntimos por cesantía; doscientos sesenta y dos mil trescientos ochenta y seis colones con quince céntimos por vacaciones y cuatrocientos ochenta y tres mil setecientos veintitrés colones con catorce céntimos por aguinaldo, para un total de tres millones ochocientos cinco mil quinientos treinta y cuatro colones con veinte céntimos. Le impuso, además, el pago de ambas costas a la parte vencida, fijando las personales en el quince por ciento de la condenatoria, que corresponde a quinientos setenta mil ochocientos treinta colones con trece céntimos y ordenó remitir*

*copia de la sentencia a la Caja Costarricense de Seguro Social para lo de su cargo (folios 136 a 145). La accionada apeló lo resuelto y el tribunal lo confirmó (folios 149 a 152 y 158 a 163).*

*II.- Ante la Sala se muestra disconforme, por considerar que el fallo del ad-quem violó las reglas de la sana crítica al justificar los argumentos del a-quo en cuanto a que la relación entre ella y la actora se estableció por más tiempo del que cree haber acreditado. Aduce que en su apelación acudió a una serie de contratos para probar que la relación laboral con la accionante fue más breve de lo que se indicó en la acción, pero en el fallo se afirmó que la existencia de los contratos per se, no pueden llevar a establecer por si solos la duración de la relación laboral y se afirma que esta no tiene por qué ser equivalente a la suscripción de esos contratos, aseveración que estima vulnera las reglas de valoración de la prueba que deben ser observadas en la materia. Refiere que con los contratos de alquiler del local y de la patente de licores, demostró que asumió el rol de propietaria del bar Los Amigos a partir del primero de mayo de 2012, por lo que es desde esa fecha que la actora inicia labores para ella y lo hace únicamente por tres meses y una semana (como ayudante y no como cocinera). Alega que antes de esa data la actora no laboró para ella sino para la propietaria de la patente de licores Wong Yeung Wai Sui (conocida como Rosita), a quien también la recurrente prestaba sus servicios como administradora del centro comercial. Apunta que aparte de los contratos con que acredita su dicho aportó el comprobante 0352517 de 24 de octubre de 2012 y los testimonios que así lo refieren, y que los testigos de la actora, por el simple hecho de declarar a favor de la parte más débil, no son infalibles, al grado de desechar la testimonial por ella ofrecida y no hacer reparo sobre lo que reflejan los contratos y el comprobante. Dijo que por ser los testigos por ella ofrecidos familia, no se les dio credibilidad y que en el fallo no se indican las inconsistencias de esos testigos, solo se limita a señalar que el testimonio de Juárez Hidalgo no es creíble, sin dar una sola razón. Alega que la sentencia recurrida no es reflejo de lo que las pruebas exponen. Con esos*

*argumentos solicita se revoque el fallo impugnado y se desestime en todo la demanda (folios 174 a 176).*

*III.- Los reparos de la recurrente de que el fallo impugnado violó las reglas de la sana crítica en la valoración de prueba, al justificar que la relación entre ella y la actora se estableció por más tiempo del que se acreditó, con los contratos de alquiler del local comercial y de la patente de licores, con los que entiende probó haber asumido como propietaria del bar Los Amigos a partir del 1° de mayo de 2012 y por ende, que la actora inició labores para ella desde esa data trabajando como ayudante de cocinera tres meses y una semana, no son atendibles. La accionada ha sostenido la tesis de que la actora laboró únicamente tres meses y una semana para ella, sustentando su dicho en los contratos de arrendamiento del establecimiento comercial y de la patente de licores, pero esos documentos por si solos, no se consideran suficientes para establecer la duración de la relación laboral y que el mes de mayo de 2012 haya sido el inicio del contrato de trabajo entre las partes. Respecto de ese punto concreto, el testigo Sergio Robleto Elizondo, declaró que la actora trabajó para la accionada como cocinera desde que tenía el bar Jaque Mate y que estuvo laborando para ella en el bar Los Amigos en los últimos dos años (de agosto de 2010 a agosto de 2012), declaración coincidente con la de la testigo Dyana Marcela Montoya Hernández, quien señaló que la actora trabajó para la accionada en el bar Los Amigos como cocinera desde antes de tener el bebé y volvió a laborar de agosto de 2010 a agosto de 2012. Además, sostuvo que la accionada ha tenido varios negocios. Por su parte, la deponente Hazel Andrea Elizondo Cordero (hermana de la actora y quien le cuidaba el hijo para que pudiera laborar), declaró que Aryeri trabajó para la accionada como cocinera en el bar Los Amigos desde agosto de 2010 (como para el día de la madre) y laboró hasta agosto del 2012; deposiciones con las cuales la actora acreditó su dicho respecto de esos puntos concretos y la accionada no logró desvirtuarlos. A este órgano jurisdiccional, al igual que sucedió con los despachos de las instancias precedentes, no le*

*merece credibilidad el testimonio de Júnior César Juárez Hidalgo y Júnior José Juárez Cambronero (esposos e hijos de la accionada), por cuanto declararon que en su presencia la señora Elizondo Cordero, recibió la suma de quinientos mil colones y firmó el recibo n.º 001057 del 12 de agosto de 2012 (de folio 17 de los autos), el cual según pericia de folios 76 a 83 no fue firmado por la actora y al haberse demostrado técnicamente que la accionante no firmó tal recibo, se concluye de forma indubitable que los mencionados testimonios no están apegados a la verdad, por lo que carecen de credibilidad en cuanto a lo manifestado por ellos respecto del inicio, desarrollo y cesación de la relación laboral de la actora con la accionada. La deposición de esos testigos a no dudarlo resulta a todas luces complaciente con su esposa y madre, quien en la contestación de la demanda además de señalar que la demandante había recibido la citada suma de dinero, sostuvo que aquella laboró para el Bar Los Amigos como ayudante de cocina, no para su persona sino para Wong Yeung Wai Sui (dueña de la patente de licores), para quien también ella laboraba como encargada en el bar (no como cocinera, según lo sostuvieron su esposo e hijo, con la intención de desacreditar el dicho de la actora de que laboró como cocinera). Lo anterior permitió a las instancias precedentes tener por acreditado que la actora laboró como cocinera al servicio de la accionada y no de asistente de cocina como ha sostenido la demandada, pretendiendo acreditar su dicho con el testimonio de su esposo e hijo, los cuales por las razones citadas no son creíbles. Por último, con la suscripción de aquellos contratos se dio una sustitución patronal según el artículo 37 del Código de Trabajo, con la cual asumió la accionada toda la antigüedad y obligaciones que tenía el patrono sustituido con sus empleados, por lo que al haber despedido la demandada con responsabilidad patronal a la accionante, la obligación de cancelarle las prestaciones estimadas en el fallo, lo es por todo el tiempo servido, incluido el laborado con el empleador sustituido. Así las cosas, no se puede sostener que el fallo que nos ocupa no sea reflejo del cuadro fáctico del caso concreto.*

*IV.- De acuerdo con las consideraciones precedentes, al no ser atendible ninguno de los reparos esgrimidos por la recurrente, se debe confirmar el fallo impugnado en todo lo que fue objeto de recurso, como en efecto se dispone.*

**POR TANTO:**

*Se confirma el fallo impugnado, en lo que fue objeto de recurso.”*

En los casos en que una empresa desee, a pesar de contar con el personal idóneo y por decisión estratégica, subcontratar una compañía, para ciertas actividades que requieren de especialización, pero en que se utilizarán equipos de la empresa y estos equipos se darán en arriendo a la subcontratante, si esta última decide contratar a esos empleados idóneos, deberá realizarse la liquidación de los mismos y realizar nuevos contratos, sin vicios de la voluntad que eviten la posibilidad de la sospecha de una contratación fingida con las consecuencias que esto acarrearía así como de una falsa sustitución patronal.

***Propuesta ante una sustitución laboral***

Al existir la posibilidad de una sustitución patronal, en los trabajadores surge la preocupación en cuanto a la continuidad de sus derechos laborales y de una posible desmejora de estos, así como salir de la protección que implica un contrato de trabajo y todas sus garantías. ¿Qué hacer?

Si se revisa el capítulo de Derecho Comparado, unas páginas más adelante, con referencia al Reino Unido, esta inquietud se recogió y plasmó en una reglamentación específica que la regula para que los trabajadores que serán

contratados externamente y tendrán la tutela laboral en cuanto al mantenimiento de sus condiciones de trabajo ante el cambio de patrono.

El TUPE, siglas en inglés para esta reglamentación, señala que se deben mantener algunas de las condiciones laborales favorables tales como el nivel salarial, algunas prestaciones sociales, etc. Este reglamento conlleva la ventaja de asegurar y dar tranquilidad a los empleados y seguridad jurídica al empleador.

Por otra parte, una legislación laboral excesivamente rígida, conlleva desventajas para una economía que busca crecer soportada, básicamente, por la empresa privada. Los costos laborales excesivos generan una menor productividad y con ello, la cancelación de contratos de trabajo, además de afectar la eficiencia de la operación, al exigir un mayor esfuerzo del trabajador para cumplir con las metas productivas establecidas ante la amenaza de una subcontratación con el propósito de disminuir los costos.

Ante este panorama, las oficinas gubernamentales y en especial, el Ministerio de Trabajo deben de velar porque la constitución de empresas o cooperativas, con el propósito de subcontratar servicios, cumplan con la nueva normativa en cuanto a control de contratos, observancia de responsabilidades, pago de las obligaciones laborales, así como del pago de las cargas sociales asociadas a sus labores.

Dentro del ámbito de aplicación de la Reforma Procesal Laboral, se deben plantear una serie de condiciones mínimas para la transferencia de empleados de una empresa a otra, para que, sobre la base de la mejor condición para el trabajador, se le mantengan sus condiciones actuales o en el mejor de los casos, se le mejoren,

pero que nunca el cambio de patrono signifique un detrimento en sus condiciones laborales, las que podrían presentarse bajo las siguientes formas:

- Al ser los empleados contratados por otra empresa la cual continuará prestando servicios al expatrono de los trabajadores y estos, al desempeñar sus antiguas labores, y recibir a cambio, una menor retribución o un aumento en la jornada laboral. Siendo lo correcto mantener, al menos, las condiciones laborales con que salieron del anterior trabajo pues, a pesar de que se configura un nuevo contrato laboral, con un patrono diferente, la tercerización no puede servir de instrumento para una desmejora para los trabajadores y que, únicamente, la empresa resulte beneficiada.
- Cuando los trabajadores abandonan una empresa en la que laboraban bajo un contrato de trabajo y por ende, disfrutaban de todas las condiciones laborales, para trabajar para otra empresa bajo la modalidad de prestación de servicios para un contratista independiente el cual brinda servicios a la empresa para la cual laboran estos trabajadores, se puede establecer, bajo el principio de primacía de la realidad que lo que existe es una continuación velada de la relación laboral y por consiguiente, la posibilidad de un reclamo laboral para el correspondiente resarcimiento de los derechos dejados de percibir por parte de los trabajadores.
- Se puede presentar una situación similar a la anterior, pero a nivel profesional, es decir, los profesionales de la empresa dejan esta para ser contratados por un tercero, bajo la modalidad de servicios profesionales, pero laboran para la misma empresa, estaríamos ante el mismo caso del ejemplo

anterior. Caso contrario sería que se establezca un contrato civil, no laboral, en que el derecho laboral no puede intervenir y deberá regirse este contrato por la normativa vigente para este tipo de negociación.

## **6.4 Del Régimen Sancionatorio**

### **6.1.1 El Área Laboral**

La Reforma Procesal Laboral contempla diversas sanciones acordes la falta cometida ya sea por el contratante, como por el contratista, o también por el trabajador.

Estas sanciones están definidas a partir del artículo 396, el cual señala:

*Artículo 396.- Constituyen faltas las acciones u omisiones en que incurran las partes empleadoras, sus representantes y administradores, los trabajadores, las trabajadoras o sus respectivas organizaciones que transgredan las normas previstas en la Constitución Política, los pactos internacionales sobre derechos humanos y los convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por la Asamblea Legislativa y las demás normas laborales y de seguridad social, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiera corresponderles. Serán también sancionables los funcionarios públicos de la Contraloría General de la República, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), la Procuraduría General de la República o de entidades análogas, que en el ejercicio PLENARIO - 9 - LEY N.º 9343 ASAMBLEA LEGISLATIVA de potestades de control, fiscalización y asesoría vinculante hagan incurrir en la comisión de este tipo de faltas a la Administración Pública.*

Como se puede interpretar del artículo anterior, hay que referirse a los diversos tratados, a la Constitución Política además de la normativa vigente con respecto a las faltas de tipo laboral que se pueden castigar, sin embargo, no es clara en cuanto

a que tipo de sanción corresponde a qué falta, señalando únicamente, la calidad de las sanciones referentes al Artículo 399, en el artículo 398, el cual señala:

*Artículo 398.- Las personas transgresoras referidas en el artículo 399 de este Código serán sancionadas con multa, según la siguiente tabla:*

- 1) De uno a tres salarios base mensuales.*
- 2) De cuatro a siete salarios base mensuales.*
- 3) De ocho a once salarios base mensuales.*
- 4) De doce a quince salarios base mensuales.*
- 5) De dieciséis a diecinueve salarios base mensuales.*
- 6) De veinte a veintitrés salarios base mensuales.*

*La denominación de salario base utilizada en esta ley en todo su articulado, salvo disposición expresa en contrario, debe entenderse como la contenida en el artículo 2 de la Ley N.º 7337, de 5 de mayo de 1993, de conformidad con lo establecido en este mismo Código.*

Así mismo, en el Código de Trabajo, en el Artículo 608, señala que las faltas a las regulaciones laborales son punibles acorde con la transgresión a las leyes laborales entre las que se encuentran el Código de Trabajo y los Convenios de la OIT. Y en el Artículo 612, se establece como serán distribuidas las sanciones pecuniarias entre diversas entidades laborales, haciendo la prohibición específica de utilizar estos recursos para la creación de nuevas plazas de orden laboral, así como la contratación de servicios.

### **6.1.2 El Acoso Laboral**

Desde el punto de vista del acoso laboral, la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Trabajo y la Docencia (Ley 7476) (ASAMBLEA LEGISLATIVA, Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia Ley 7476, 1995), señala la responsabilidad del contratante de velar para que sus trabajadores no sufran de hostigamiento sexual en el trabajo, pero además, señala que los terceros que puedan estar interviniendo en las actividades de la empresa deberán ser informados y serán cubiertos por esta normativa, según lo señala dicha ley en su artículo 5 parte primera que lo señala así:

#### ***ARTICULO 5.- Responsabilidades de prevención***

*Todo patrono o jerarca tendrá la responsabilidad de mantener, en el lugar de trabajo, condiciones de respeto para quienes laboran ahí, por medio de una política interna que prevenga, desaliente, evite y sancione las conductas de hostigamiento sexual. Con ese fin, deberán tomar medidas expresas en los reglamentos internos, los convenios colectivos, los arreglos directos o de otro tipo. Sin limitarse solo a ellas, incluirán las siguientes:*

- 1) *Comunicar, en forma escrita y oral, a las personas supervisoras, representantes, funcionarias y trabajadoras en general sobre la existencia de una política institucional o empresarial contra el hostigamiento sexual. Asimismo, darán a conocer dicha política de prevención a terceras personas cuando así convenga al cumplimiento de los fines establecidos en la presente ley.*
- 2)

### **6.1.3 La Normativa Tributaria**

Con referencia a la normativa tributaria, no existe responsabilidad en este campo para el contratante que, únicamente, hará, en su declaración de renta, una entrada dentro de sus costos de operación al hacer referencia a los gastos en que incurre ante la contratación de servicios externos, con el propósito de obtener exención fiscal sobre sus costos.

Por otra parte, el contratista si tiene la obligación de reportar los trabajadores a su cargo si desea que le sean aplicadas las exenciones correspondientes a sus gastos operativos referentes a planilla, pues este sí tiene responsabilidad sobre las cargas sociales que le corresponden.

Según el Artículo 67 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Ley 4755), se sancionan las personas jurídicas que incumplan con la normativa tributaria pero no se aplica la solidaridad en cuanto a la figura del outsourcing ya que este artículo estatuye lo siguiente:

***ARTÍCULO 67.- Responsabilidad en persona jurídica***

*Los representantes, apoderados, directores, agentes, funcionarios o los empleados de una persona jurídica serán responsables por las acciones o las omisiones establecidas en la presente ley. Tal responsabilidad no se presume y, por tanto, está sujeta a la demostración debida.*

Como se puede colegir de lo anterior, existe un vacío en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios en cuanto a la figura del outsourcing ya que, ante la falta cometida en el cumplimiento de la normativa laboral por parte del contratista,

el contratante no tiene responsabilidad fiscal de lo que haga o no haga el contratista, razón por la cual, debería aplicarse la solidaridad y subsidiaridad para velar por el cumplimiento de las obligaciones fiscales y laborales de las partes involucradas en la figura del outsourcing.

**CAPÍTULO 7**  
**FORMAS DE TERCERIZACIÓN EN EL DERECHO**  
**COMPARADO**

En el presente capítulo se hace una revisión de la legislación laboral vigente en Europa, primordialmente en España, La Unión Europea, el Reino Unido con la aplicación del TUPE, por sus siglas en inglés para Transfer of Undertakings (Protection of Employment) regulations, es decir la protección de los derechos adquiridos para los trabajadores ante el cambio de patrono para subcontratación.

En segunda instancia, se revisa la legislación laboral vigente en Colombia por el desarrollo del cooperativismo como subcontratista en ese país y en Chile en que la evolución de la jurisprudencia ante la contratación independiente, así como la normativa laboral mexicana, más completa a partir de la promulgación de la Ley Federal del Trabajo.

## **7.1 Europa**

### **7.1.1 España**

España ha evolucionado en las dos últimas décadas en cuanto a la legislación laboral, a partir de varias transformaciones surgidas luego de la variación de la situación económica de las empresas que las ha obligado a variar sus estructuras administrativas.

Francisco Alemán Páez lo ha descrito así:

*“Nos encontramos ante una paradigmática etapa de revolución industrial del sistema capitalista jornada por dos motores basilaes: la irrupción de nuevas tecnologías y el acontecimiento de transformaciones organizativas en las estructuras productivas por parte de las empresas. La difusión generalizada de ambos factores desde hace más de una década, evidencian un tránsito de una economía de escala a una economía de “flexibilidad” o “extensión”.*

Este cambio es el paso de una tendencia de producción en masa, homogénea y de larga duración a una producción de bienes diversos y producción en ciclos cortos, además de la globalización y la apertura económica de los países.

En Europa se dio el proceso de desregulación entendida como una flexibilización de las normas laborales rígidas para permitir el desarrollo de las iniciativas privadas.

*“El instrumento técnico utilizado para vehicular las reformas normativas reside en la “desregulación”. Dicho mecanismo, recurrente y no pacíficamente abordado a nivel doctrinal, tiene como objetivo la supresión de los elementos de rigidez existentes en*

*el mercado de trabajo. Para ello se efectúa un doble proceso de disminución de las normas de derecho necesario y, empero, ocupación de los espacios abiertos en ese repliegue normativo por la autonomía negocial.”*

En España, la tasa de desempleo explotó, literalmente, al entrar en crisis la economía y es a partir de esta inestabilidad que surge la reforma laboral de 1984, la que introdujo la posibilidad de contratar trabajos atípicos, con plazos definidos y contratos temporales, para fomentar el empleo.

En 1994, se expidió la Ley 11, la cual es contundente en sus motivos:

*“De no introducirse este criterio de adaptabilidad en el desarrollo de la relación laboral, en la regulación estatal y en la negociación colectiva, el esquema de garantías para los trabajadores inherente al derecho del trabajo irá apareciendo cada vez más como una regulación puramente formal, que no solo no sirve para proteger el empleo existente, sino que abre una brecha cada vez mayor entre ocupados y desempleados”*

Con respecto a la ley 42 de diciembre de 1994, sigue el mismo lineamiento de la reforma de 1984 que es resumida por Wilfredo Sanguinetti en tres puntos fundamentales:

- Primero, las medidas a que se hace referencia, relacionadas con los mecanismos de acceso al empleo, limitando el anterior monopolio del Estado, y permitiendo agencias privadas que posibiliten este acceso a dicha labor y la creación legal de agencias de trabajo temporal.
- Segundo, en los contratos temporales, la exclusión de las normas ordinarias de la contratación, al conceder a las empresas, la autonomía negocial en

dichos contratos. Al respecto Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer expresan:

*“La defensa, desde el lado empresarial, de una mayor flexibilidad y elasticidad en la utilización de la prestación del trabajo, ha llevado a plantear la reducción de los límites y condicionamientos del ejercicio de los poderes empresariales mediante una reducción de la intensidad de la regulación legal y colectiva para recuperar mayor espacio de disponibilidad contractual.” Pero no solo esto, también hace énfasis en que ésta mayor flexibilización cubre también al trabajador en una mayor autonomía contractual, en la medida que él encuentra mayores espacios de decisión en su servicio. “La tendencia consecuente es la ampliación del papel de la voluntad del trabajador en la determinación de las condiciones de trabajo y en la administración del contrato, otorgándole un mayor margen de elección respecto al sí, al cómo y a cuánto trabajar”.*

- Tercero, se da una flexibilización en la categorización de los profesionales que tiene como resultado la adaptabilidad a otros tipos de categoría laboral de dicho profesional, acoplándose a las necesidades de la empresa. Igualmente, el salario goza de mayor margen de negociación y autonomía.

La posibilidad de modificar las condiciones de trabajo, por razones de situación económica y por cambios en el mercado, es novedosa, ante la flexibilidad que provee al trabajador y a la empresa hasta ese momento constreñidos a una legislación muy rígida y poco conciliadora, además de permitir que las decisiones empresariales se sometieran al control judicial, posterior a las medidas de emergencia que se tomaron en un momento de crisis.

Adicionalmente, al tener la empresa la potestad de disminuir la planilla por razones económicas, sin ser, necesariamente, una crisis irreversible, refleja estas reformas como un instrumento de supervivencia de la empresa ante un eventual deterioro de sus finanzas.

La existencia de diversos incentivos para el fomento del empleo en ciertos sectores laborales, en la Ley 42 de 1955 en España, entre ellos, la reducción de un 75% de la cuota por seguridad social que debe pagar el empresario por aquellos empleados con edades superiores a los 45 años o en condición de minusvalía o, en otro caso, ante la contratación de empleados beneficiarios de prestaciones por desempleo.

La Ley 13 de 1996, la ley 66 de 1997 y la ley 50 de 1998 dan énfasis en, la primera, la contratación de personas con discapacidad “física, psíquica o sensorial”, la segunda amplía los beneficios para los contratos indefinidos, así como para los jóvenes menores de 30 años con variaciones en los incentivos o beneficios siempre que el empleador esté al día con las obligaciones tributarias. La tercera, incluye beneficios para la contratación de personal femenino.

La política o método para la reforma laboral española ha sido criticado, fuertemente, ante su aplicación y adopción, no por ser producto del consenso social, según Carlos Palomeque López, sino por no tomar en cuenta, la opinión sindical a pesar de no contar con una férrea oposición.

Las empresas españolas son las beneficiadas por parte del legislador al responder a las necesidades económicas y administrativas, con un apoyo en la legislación laboral que busca en menor medida, la subcontratación externa de

operaciones y servicios pues esta legislación provee las herramientas legales para administrar, de manera interna, todo lo relacionado con su objeto.

*“A pesar de este ‘chantaje histórico’ de la crisis y no obstante la dependencia del ordenamiento laboral para dar respuesta a los recurrentes anteriores del sistema productivo, son medidas económicas y no exclusivamente jurídicas, las que se van a inferir en la evolución del mercado laboral Español, existiendo otros vectores corresponsables de esa continua e inacabada labor de racionalización, ‘desregularización’ o flexibilización de esta rama del ordenamiento (normas económicas, financieras, educativas, etc.)”*

### 7.1.2 Unión Europea

En general, en Europa, la normativa y el desarrollo jurisprudencial de la Comunidad Económica Europea, con la libre prestación de servicios, permite una clasificación que hace una clara diferenciación entre el trabajador asalariado (subordinado) y el trabajador autónomo, estableciendo la siguiente definición de la prestación de este último de la siguiente manera:

*“...la libre prestación de servicios consagrada en el derecho comunitario se refiere únicamente a la modalidad de servicios prestados por trabajadores autónomos (...) titulares de esta libertad comunitaria, son solo por tanto los trabajadores autónomos, en el sentido más amplio que incluye a los profesionales liberales.”*

Así es como, en la parte final del Artículo 50 del tratado de la CEE se señala:

*“...el prestador de un servicio podrá, con el objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el estado donde se lleva a cabo su prestación, en las mismas condiciones que imponga ese estado a sus propios nacionales.”*

Adicionalmente, desde 1993, también en la CEE, existe una regulación expresa mediante la “Directriz de Servicios de la Unión Europea”, para el suministro de servicios con reglas muy claras en la publicidad y concesión de contratos.

En Inglaterra, se debe resaltar, ante el aumento considerable de la contratación externa u outsourcing, con los trabajadores independientes lo siguiente, según lo reseña Brian Pothery:

*“En 1993, el gasto anual del servicio civil del Reino Unido en actividades contratadas fue de 1.500 millones de libras esterlinas. Para fines de 1997 podría alcanzar los 10*

*millones. Fuentes gubernamentales del Reino Unido estiman que los ahorros obtenidos mediante subcontratación podrían ser del 6 al 25 por ciento. Las autoridades locales ya han subcontratado servicios por un valor de 2 mil millones de libras, principalmente en recolección de basuras, limpieza de edificios, mantenimiento de parques y jardines, administración de instalaciones deportivas y de recreación, mantenimiento de vehículos y servicios de comedor. Lo mismo está sucediendo ahora con la subcontratación de la administración de hospitales y centros de salud. El gobierno subcontratará funciones de auditoría, contabilidad, nómina y servicios jurídicos.”*

El outsourcing ha tenido un auge tal, que se ha llegado a la contratación de servicios para el cobro de multas por mal estacionamiento y administración de escuelas, colaboración para controles en aduanas que ha dado origen al TUPE en 1981, el cual está conformado por una serie de reglamentos relacionados con la transferencia de empresas y protección al empleo.

El TUPE nace como una idea para proteger al trabajador al garantizarle el derecho a mantener las condiciones de trabajo similares, principalmente su salario, cuando es transferido a otra organización, sin embargo, no cubre otros beneficios laborales como la pensión.

En un principio, aplicaba únicamente para transferencias entre empresas de naturaleza comercial, excluyendo a los trabajadores del Sector Público, pero en 1993, al reformarse la ley de sindicatos y derechos de empleo, se corrigió esta discrepancia.

Los precedentes fijados por la Corte Europea, al resolver varios casos y de manera consistente, han sustentado la aplicación del TUPE, el cual es visto como de gran beneficio por parte de los diversos sectores que componen el mercado laboral en cuanto a la protección de derechos adquiridos, pues para el trabajador significa un menor grado de incertidumbre respecto a sus condiciones y garantías y a la vez, facilita la movilidad laboral necesaria en las empresas.

## **7.2 Latinoamérica**

En Latinoamérica, el caso del cooperativismo como figura de contratación en la tercerización en Colombia, es de relevancia. En Chile, la jurisprudencia es la que ha marcado la pauta en cuanto a los contratos civiles y mercantiles con contratistas independientes, además la codificación venezolana regula directamente, la tercerización y las responsabilidades que esta conlleva.

### 7.2.1 Colombia

En el caso de Colombia, la contratación de trabajadores independientes, para la realización de actividades no fundamentales de los contratantes se regula en el Artículo 34 del Código de Trabajo, en el cual se detalla que, si un tercero es contratado para la realización de actividades por un contratante, ambos tendrán responsabilidad solidaria si las labores contratadas son propias de su empresa, siendo esta relación entre contratista y contratante de índole laboral.

Con la promulgación de los decretos 2663 y 3743 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), artículo 34, subrogado por el artículo 3 del decreto 2351 de 1965, se define la actual figura del contratista independiente como:

*“1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista, por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad, que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores. 2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores,*

*solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores. 3. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de los subcontratistas.”*

Al establecer que el contratista independiente podrá ser una persona física o jurídica, amparado a las formas legales de organizaciones como trabajador independiente, cooperativas de autogestión y otras, vinculados mediante contratos civiles o comerciales, establece la independencia del contratista, manteniendo su autonomía plena y realizando el servicio con sus propios medios.

### 7.2.2 Chile

El caso chileno es de especial mención ante la solidez de la seguridad social y la legislación laboral que se ha adaptado a teorías neoliberales en los últimos años, razón por la cual, el outsourcing se ha implementado bajo la figura de la contratación independiente (Ley 18-620, ART. PRIMERO, artículo 3). La evolución del sistema chileno la resume, en forma breve, Eduardo Fernández Flores de la siguiente manera:

*“Para 1968 existía en Chile, por ley, una prohibición para la ejecución de actividades principales de la empresa a través de contratistas, estas labores, inherentes a la actividad principal de una industria debían ser desarrolladas por ésta, al ser derogada dicha ley en 1979, se estableció la posibilidad de contrataciones de este tipo, eso sí, bajo la advertencia de que, de darse dicha contratación, se establecía una responsabilidad subsidiaria de la empresa contratante con relación a las obligaciones laborales adquiridas por el contratista.”*

Adicionalmente, en la legislación laboral chilena existe una norma mediante la cual se pueden imponer multas en beneficio del estado (art 507 Código de Trabajo y el artículo único de la ley 19.759), en el evento en que el empleador simule la contratación de trabajadores a través de terceros, estableciendo incluso, un aumento en el monto de estas, dependiendo de la reincidencia en que incurra el contratista o contratante.

*“Para que proceda la aplicación de sanciones, la ley exige que la empresa actúe ‘dolosamente’ al simular (aparentar o fingir) la contratación de trabajadores a través de terceros (contratistas), con lo cual requiere la concurrencia en el dueño de la obra del elemento subjetivo constitutivo de dolo, esto es, la intención positiva de ocasionar perjuicios*

*al trabajador. Como ocurre que muchas veces la subcontratación presenta ventajas para la empresa que al mismo tiempo constituye desventajas para el trabajador, por ejemplo, menor costo de mano de obra, creemos que en la práctica podrá suceder sin dificultad que la mera ventaja que impulsó a la empresa a recurrir a la subcontratación se considere como demostración de la intención positiva de causar perjuicios al trabajador en sus intereses, con lo cual se encontraría configurado el dolo y, consiguientemente, la simulación en la subcontratación.”*

La jurisprudencia de la Dirección del Trabajo chilena ha sustentado al movimiento sindical en ese país al especificar que, los contratistas no son otra cosa que intermediarios en la colocación de personal de una empresa, al ser reiterativa en el análisis de los contratistas independientes al afirmar la existencia del vínculo laboral ante la presencia de controles rigurosos en cuanto a horarios, supervigilancia y control de actividad, remuneración directa, establecimiento de prohibiciones y obligaciones, girado de órdenes, la propiedad de las herramientas y materiales, el lugar en que se realizan las labores ...

En 1991, se presentó un conflicto entre la Corte Suprema de Justicia y la Dirección de Trabajo ante la interpretación jurídica de contratos por parte de esta última, pues la primera considera que lo que únicamente le compete es fijar el alcance y sentido de las leyes del trabajo siendo, por el contrario, competencia exclusiva de los tribunales el análisis de los hechos y el posterior pronunciamiento al respecto.

Dada esta controversia, la Corte ha dejado, sin efecto, sanciones impuestas por la Dirección de Trabajo a empresas que autónomamente han subcontratado obras

o servicios ante el argumento de la libre empresa, libertad en la contratación de servicios, libertad de trabajo y derecho de propiedad, en los cuales se apoya la jurisprudencia actual.

El caso chileno permite demostrar que existe un análisis en cuanto a la subcontratación desde el punto de vista jurídico laboral, dando como resultado una extensa jurisprudencia que clarifica y da seguridad jurídica a los actores que utilizan la figura del outsourcing bajo la modalidad de contratista independiente, ante el requerimiento de estos, para el cumplimiento de los fines productivos del empresario.

### 7.2.3 Panamá

En Panamá se ha definido el outsourcing como: *“aquella figura jurídica que corresponde a aquella posibilidad que tiene un empleador de obtener servicios de trabajadores provenientes de una fuente externa, los que son usualmente ofrecidos por una empresa especializada en el campo en cuestión. En este sentido, se puede decir que este tipo de contratación corresponde al vínculo jurídico suscrito entre dos partes, cuya naturaleza será civil-mercantil. Lo anterior obedece al acuerdo que se da entre la empresa prestataria y la usuaria, en que la primera facilitará a la segunda el recurso humano para cubrir un servicio en concreto”* (ALEMÁN, 2018).

Esta modalidad de contratación no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico panameño, pero se basa en la normativa civil-comercial al ser una prestación de servicios personales, pero que se ha ido fortaleciendo e incrementando a lo largo de los años pues permite reducir obligaciones y posibles faltas ante el no pago de la seguridad social y las posibles demandas relacionadas a ello, para las empresas contratantes, de los servicios de terceros.

Al regularse en una relación contractual civil-comercial, no se esperaría que existan implicaciones laborales, sin embargo, en el Código de Trabajo Panameño, en el Artículo 89 se estatuyen dos obligaciones referentes a la intermediación laboral y la responsabilidad solidaria, ya que en dicho artículo se busca el reconocimiento del empleador del beneficio recibido con la prestación personal del servicio.

En Panamá, se considera intermediario a todo aquel que contrata o media en la contratación de servicios de otros, para la ejecución de una actividad requerida por otro, no considerando al tercero como empleador sino como facilitador de la

contratación, por lo que la empresa contratante, debe asegurarse que la actividad contratada con un tercero no sea del giro regular de su actividad principal, pues se podría dictar por parte de un juez, la responsabilidad solidaria de ambas empresas (contratista y contratante) ante el eventual reclamo de un extrabajador de la empresa contratista para el pago de los derechos reconocidos en un proceso laboral.

### **7.2.3 México**

Se realiza un análisis, más profundo, respecto a la legislación laboral mexicana, al estudiar la Ley Federal del Trabajo, promulgada en 1970, en la cual, en su articulado, se hacen referencias claras y directas a la figura del Outsourcing, se establece la definición de quién será un intermediario, quién será considerado patrono, equiparando los artículos 12 y 13 de la ley mexicana con nuestro artículo 3 del código de Trabajo de Costa Rica, pero siendo más extensa y meticulosa la redacción al complementar en los artículos 14 y 15 de dicho ordenamiento, la responsabilidad solidaria y subsidiaria, así como el mantenimiento de similares condiciones laborales, para los trabajadores contratistas respecto de los trabajadores del contratante.

Es de especial mención que, en la legislación laboral mexicana, en el artículo 3, se establece que el trabajo no es un artículo de comercio, es decir no puede ser tratado como un bien asociado a relaciones de tipo mercantil, comercial o civil sino que se circunscribe a las regulaciones laborales.

Adicionalmente, en el sistema de seguridad social mexicano, la legislación refiere una relación entre la base laboral y la base de seguridad social, se establece que se hacen solidariamente responsables, ante las faltas a las obligaciones laborales, tanto a quienes presten el servicio como a quien lo reciben, conformando de esta forma un solo frente legal frente a la ley en lo referente al cumplimiento de responsabilidades.

**CAPÍTULO 8**  
**ANÁLISIS DE LA REFORMA PROCESAL LABORAL**  
**COSTARRICENSE**

La Ley 9343, Reforma Procesal Laboral se creó a partir de la necesidad de mayor claridad en las leyes laborales, así como traer a tiempo presente las negociaciones entre trabajadores y patronos, buscando un balance que no existía entre las necesidades de ambas partes en cuanto al requerimiento de mano de obra por parte del patrono y la posibilidad de una oferta de trabajo, por parte del trabajador.

El buscar este equilibrio ha permitido que los procesos laborales sean más expeditos y con justificaciones claras para ciertas acciones de orden patronal y otras de parte de los trabajadores, es así como esta reforma que, como Ley de la República es de acatamiento obligatorio, modifica más de 260 artículos del Código de Trabajo y agrega 89 artículos completamente nuevos.

Estos cambios se pueden ubicar en tres grandes categorías que a continuación se detallan.

## **8.1 Derecho Individual al Trabajo**

### **Protección a Discriminación**

Se establece la protección contra la discriminación en el empleo, con 14 causales de discriminación entre las cuales se pueden mencionar: edad, estado civil, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, discapacidad, afiliación sindical. Además de dejar en números apertus otras posibles causales. Esta protección se encuentra tutelada en el Artículo 404 de la Reforma Procesal Laboral.

### **El Despido Sin Responsabilidad Patronal**

Con los cambios que se le incorporan, como la obligatoriedad en la entrega de la carta de despido, en la cual se deben detallar las causales para dicho despido o tomadas en cuenta en el acto formal del despido, precedido de un procedimiento escrito, sin dejar lugar a duda respecto a las causales, según detalla el Artículo 35.

Adicionalmente, se detalla el procedimiento en el caso de que el trabajador no quiera firmar dicha carta.

En otras palabras, ya no será posible el despido por “reorganización de personal”, pues esta justificación no tiene una causa válida al ser muy general, permitiendo que la carga de la prueba recaiga sobre el patrono.

Por otra parte, el patrono no podrá alegar, ya en etapa de audiencia, otros motivos para el despido sin responsabilidad, más que aquellos detallados en dicha carta de despido, no permitiéndose ni siquiera la ampliación de estos. Artículo 500.

## **La Mujer Embarazada**

Ante la violación del fuero de la mujer embarazada o en período de lactancia, que ha sido despedida, deberá, mediante proceso sumarísimo, ser restituida en su puesto a la brevedad posible, reconociendo los salarios y otros beneficios caídos. Artículo 540.

## **Derecho a Igualdad de Condiciones**

Se prevé, para la jornada laboral, así como la remuneración recibida por ella, además de los derechos relacionados a estas, el mismo tratamiento a todas las personas, sin discriminación alguna, según lo estatuye el Artículo 405.

## **Despido por Discriminación**

El despido sin responsabilidad patronal, para los funcionarios de la empresa o institución, ante casos de discriminación en el empleo o en el acceso al mismo, como podría darse en el proceso de reclutamiento, en que los responsables de este proceso serían despedidos, con esta norma bajo una nueva causa de despido sin el pago respectivo del preaviso ni el auxilio de cesantía. Artículo 410, párrafo tercero.

## **Representantes Laborales responsables**

Los representantes laborales como directores, gerentes, administradores y cualquier otra persona que ejerza funciones de dirección o administración tendrán las siguientes sanciones ante el abuso de su puesto:

- Responsabilidad, incluso personal, en caso de que ordenen actuaciones que devengan en infracciones a las leyes del trabajo.
- Para los casos en que se presente discriminación, el representante laboral podrá ser incorporado al proceso judicial a título personal. Artículo 396.

### **Prestaciones de Trabajador Fallecido**

Si un trabajador fallece al estar bajo una relación laboral, se aplicará y así se indica expresamente, la normativa vigente en el Título Décimo del Código de Trabajo sea el preceptuado para la “Distribución de prestaciones de personas trabajadoras fallecidas”. Artículo 548.

## **8.2 Derecho Colectivo de Trabajo**

### **Derecho a Huelga**

La regulación relacionada con la huelga se amplía con la reforma y aporta más elementos de los que se tenían anterioridad, tanto en el sector privado como en el sector público, al incorporar procedimientos de convocatoria, así como respecto a los porcentajes de apoyo mínimos para decretar la huelga, con o sin representación sindical.

### **Ejercicio del Derecho a Huelga**

Las diversas modalidades del ejercicio del derecho de huelga como intermitente, escalonada o de manera gradual son establecidas, brindando claridad en los parámetros necesarios para cada una de ellas, evitando así, ante la duda, declaratorias de ilegalidad de las huelgas.

### **Declaratorias de Legalidad o Ilegalidad de la Huelga**

Se define, claramente, el mecanismo para la Declaratoria de Ilegalidad, mediante una regulación concisa, así como las consecuencias que esta declaratoria conlleva.

En el caso de la declaratoria de legalidad, para los conflictos colectivos de carácter económico y social, se debe agotar con anterioridad, por parte de los trabajadores, alguna de las formas alternas procesales de conciliación.

El Poder Judicial será el órgano encargado de declarar la legalidad o ilegalidad de la huelga. Artículo 377.

## **Tipos de Huelga**

Se define que la huelga puede ser declarada por la totalidad de los empleados de la empresa o por los de un solo departamento o un solo centro de trabajo o por un grupo de profesionales, dando así mayores opciones en cuanto a qué, quiénes requieren del ejercicio de ese derecho no tengan la necesidad de negociar con otros grupos no afectados en sus derechos dentro de sus centros de trabajo.

## **La Negociación Colectiva**

Tanto para el sector público como privado, se amplían las posibilidades de la negociación colectiva de conformidad, con los nuevos parámetros, que regulan el desarrollo de la misma.

## **Huelgas por Conflictos de Carácter Jurídico**

Con la nueva normativa, las huelgas por conflictos de carácter jurídico son permitidas.

En este caso, para declarar la huelga legal, el agotamiento de un medio procesal alternativo de conciliación se tendrá, por realizado, con la intimación que los trabajadores o el sindicato hagan al patrono, contando este con un mes de plazo para resolver el conflicto. Artículo 377.

## **Arbitraje**

El conocimiento, por parte de un Tribunal Arbitral de un conflicto que pueda generar una huelga o paro, estará sujeto a que, con anterioridad a esto, se hayan reanudado

los trabajos o actividades que se hubieren suspendido, acreditando dicha reanudación por cualquier medio ante el juzgado. Este arbitraje es de carácter judicial, sin embargo, de existir acuerdo entre las partes, podría constituirse como órgano arbitral, un funcionario competente del Departamento de Relaciones del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o de otro centro autorizado de arbitraje que las partes escojan. Artículo 635.

Además, se crea el Fondo de Apoyo a la Solución Alternativa de Conflictos (FASAC), que tendrá la función de cubrir los honorarios de arbitraje y conciliación que demanden los procesos laborales, así como de proveer el financiamiento para los programas de apoyo para la solución alternativa de conflictos en el campo laboral. Este fondo se alimentará con el 50% de los honorarios o costas personales, obtenido por la Defensa Pública Laboral y cualquier otro aporte que prevea la ley.

## **8.3 Aspectos Procesales**

### **EI PANI**

En todo proceso en que esté involucrado un menor o madres que reclaman derechos relacionados con la maternidad, será obligación del PANI ser parte de este. Artículo 542.

Por otra parte, la asistencia legal gratuita para estas personas la suministrará el Pani. Artículo 453.

### **Derecho a Defensa Pública Gratuita**

Todos aquellos trabajadores que devenguen un salario menor a dos salarios mínimos del Auxiliar Administrativo, así como las mujeres en estado de embarazo o lactancia o los trabajadores adolescentes, tendrán derecho a solicitar una defensa técnica gratuita por parte del Estado, función que recae en la Defensa Pública. Artículo 454.

Además, se establece que mientras no se cuente con defensa técnica gratuita, las personas trabajadoras pueden litigar en estrados judiciales por sí mismas. Artículo 443.

### **Oralidad**

En todos los procesos laborales se implementará la oralidad, si bien, desde hace algunos años en algunos casos esta ya se aplica, con la reforma se torna imperativo el uso de esta con el propósito de reducir la duración de los juicios. Adicionalmente,

se eliminan los tribunales de menor cuantía al pasar los casos que estos antes recibían a conocerse en Juzgados constituidos por un tribunal unipersonal, reestructurando los despachos laborales, además de la creación de otros despachos, en concordancia, con el crecimiento del volumen de trabajo que surja a partir de la reforma. Artículo 525.

### **Vía Sumaria**

Los reclamos referentes a discriminación se atenderán, en vía sumaria, por el juez de forma prioritaria. Es uno de los procedimientos a los que más atención se ha dado, por lo delicado de la condición y las posibles consecuencias legales y económicas. Artículo 504.

### **Protección a Fueros Especiales**

Se ha establecido la protección de fueros especiales por vía sumarísima, así como la tutela del debido proceso en casos tales como: maternidad y lactancia, trabajadores adolescentes, líderes sindicales, trabajadores del régimen de empleo público además de denuncias de acoso sexual y otros. Artículo 540.

### **Reinstalación de Trabajadores Accidentados**

Los trabajadores que, en el desempeño de sus labores sufran un accidente o incurran en un riesgo del trabajo, contarán con una regulación que vela por la reinstalación en su puesto y en caso de incumplimiento por parte del patrono, las pautas para solicitar las correspondientes sanciones, según los Artículos 303 y 554.

### **Prescripción de los Derechos Laborales dados en Sentencia**

Una vez transcurridos diez años desde que la sentencia quede firme en un proceso laboral, los derechos dados en esta prescribirán, según el artículo 412.

### **Competencia de los Juzgados**

El juzgado competente será, como regla general, el del lugar de la prestación de los servicios, o el del domicilio del demandante, a elección de este último. Artículo 431.

### **Montos ajustados a valor real**

Al dictarse sentencia y por tratarse de derechos irrenunciables, el valor de los montos de estos se ajustará a los montos que correspondan legalmente aún y cuando sobrepasen el valor solicitado en la pretensión. Artículo 432.

### **Recurso de Casación**

El Recurso de Casación ante la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se puede presentar en los procesos de protección de fueros y tutela del debido proceso independientemente, de si proviene del sector privado o público. Artículo 585.

### **Plazo para presentar Apelación o Casación.**

Se establece un plazo de 10 días para la presentación del recurso de casación o de 3 días, en el caso del recurso de apelación. Artículo 586.

Adicional a todo lo anterior, se modifican algunas leyes conexas que hacen referencia a la misma materia, tales como la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley General de la Administración Pública en cuanto a lo siguiente:

Los Empleados que no tienen derecho a negociar convenciones colectivas son aquellos involucrados en la gestión pública administrativa, según los Artículos 683 y 689, sean los Jerarcas del Poder Ejecutivo, Magistrados, Presidentes Ejecutivos ... En otras palabras, todos los demás funcionarios podrán negociar convenciones colectivas apoyados en la modificación del Artículo 112 de la Ley General de Administración Pública en concordancia con el Artículo 696 y siguientes de la Reforma.

## **8.4 La falta de regulación específica del Outsourcing o Tercerización en la Reforma Procesal Laboral y su base legal en el Derecho Comparado**

Si bien es cierto, en el Código de Trabajo se hace referencia en el Artículo 3, párrafo segundo, a la figura del intermediario que no es intermediario, sino que es patrono, que puede realizar la contratación en forma directa con capital propio, este aún con su reforma, no establece la definición de qué es el Outsourcing. El Outsourcing o tercerización del trabajo, se tiene como una realidad en el ejercicio de las contrataciones de las empresas privadas y los servicios que ellas se prestan entre sí, tanto a nivel de personas físicas como jurídicas.

La conclusión es que, a la luz de la normativa internacional, se debe ajustar esta definición para que en el Código de Trabajo y en la Reforma Procesal Laboral vigentes, quede claro qué es o cómo deberá tutelarse la figura del Outsourcing.

En diversos países del mundo, el outsourcing ha sido regulado y aplicado legalmente, como una protección tanto del trabajador como de las empresas que lo practican ya que, con esta figura, las reglas del juego se definen claramente y marcan el norte para esta relación contractual de tipo civil-comercial, pero fuertemente influenciada por la regulación y protección laboral.

Panamá ha desarrollado esta figura, que corresponde a la contratación de fuentes externas especializadas en labores específicas, sobre la base de un contrato de carácter civil-mercantil, al existir el acuerdo entre las partes de que una proporcionará el capital y otra, el recurso humano para una actividad determinada.

Si bien es cierto, este tipo de contratación no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico panameño, ha reducido el riesgo del no pago de obligaciones y ha generado la expectativa de posibles faltas ante el no pago de la seguridad social y las posibles demandas relacionadas a ello, para las empresas contratantes de los servicios de terceros.

Aún, siendo una relación civil-comercial, existen implicaciones laborales definidas en el Código de Trabajo Panameño, en el Artículo 89, en que se estatuyen dos obligaciones referentes a la intermediación laboral y la responsabilidad solidaria, ya que en dicho artículo se busca el reconocimiento por parte del empleador, del beneficio recibido con la prestación personal del servicio.

En Panamá, legalmente, es intermediario todo aquel que contrata o media en la contratación de servicios de otros para la ejecución de una actividad requerida por otro, no considerando al tercero como empleador sino como facilitador de la contratación, por lo que la empresa contratante, debe asegurarse que la actividad contratada con un tercero no sea del giro regular de su actividad principal, pues se podría dictar por parte de un juez la responsabilidad solidaria de ambas empresas (contratista y contratante) ante el eventual reclamo de un extrabajador de la empresa contratista para el pago de los derechos reconocidos en un proceso laboral en las cortes panameñas.

El caso de Chile, ante la solidez de la seguridad social y la legislación laboral, que se ha adaptado a teorías neoliberales en los últimos años, razón por la cual, el outsourcing se ha implementado bajo la figura de la contratación independiente (Ley 18-620, ART. PRIMERO, artículo 3) merece una atención especial.

En 1968, en Chile, existía prohibición para realizar las actividades principales de la empresa a través de contratistas, estas labores, inherentes a la actividad principal de una industria debían ser desarrolladas por esta, sin embargo, al ser derogada la ley mencionada en 1979, la política de contratación se movió hacia una apertura a contrataciones de este tipo, bajo la tutela y advertencia de que, de darse dicha contratación, se establecía una responsabilidad subsidiaria de la empresa contratante con relación a las obligaciones laborales adquiridas por el contratista. Además, dentro de la legislación laboral chilena, existe una norma mediante la cual se pueden imponer multas en beneficio del estado (art 507 Código de Trabajo y el artículo único de la ley 19.759), en que, en el evento en que el empleador simule la contratación de trabajadores a través de terceros, se multe al infractor, estableciendo incluso, un aumento en el monto de estas, dependiendo de la reincidencia en que incurra el contratista o contratante. Estas sanciones se aplican ante la simulación dolosa, al aparentar o fingir la contratación de trabajadores a través de terceros, en contubernio con el dueño de la obra, que constituye el elemento subjetivo constitutivo del dolo, bajo la intención positiva de causar perjuicio al trabajador.

Al ser los contratistas intermediarios en la colocación de personal, según la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo chilena, se ha sustentado el movimiento sindical en ese país, siendo reiterativa en el análisis de los contratistas independientes que al simular la contratación, mantienen la existencia del vínculo laboral ante la presencia de controles rigurosos en cuanto a horarios, supervigilancia y control de actividad, remuneración directa, establecimiento de prohibiciones y

obligaciones, girado de órdenes, la propiedad de las herramientas y materiales, el lugar en que se realizan las labores, etc.

Ante la continua supervisión y regulación, desde 1991, por parte de la Corte Suprema de Justicia de las resoluciones dictadas por la Dirección de Trabajo chilena, la cual estaba haciendo interpretación jurídica de contratos, la primera consideró que, lo que únicamente le compete es fijar el alcance y sentido de las leyes del trabajo siendo, por el contrario, competencia exclusiva de los tribunales el análisis de los hechos y el posterior pronunciamiento al respecto, razón por la cual, la Corte ha dejado sin efecto sanciones impuestas por la Dirección de Trabajo a empresas que libremente han subcontratado obras o servicios ante el argumento de la libre empresa, libertad en la contratación de servicios, libertad de trabajo y derecho de propiedad, en los cuales se apoya la jurisprudencia actual.

Por otra parte, en la Unión Europea, la aplicación desde 1993 de regulaciones que se expresan mediante la “Directriz de Servicios de la Unión Europea”, para el suministro de servicios con reglas muy claras en la publicidad y concesión de contratos, regula las actividades de acuerdo a la libre prestación de servicios permite una clasificación que hace una clara diferenciación entre el trabajador asalariado (subordinado) y el trabajador autónomo,

En Inglaterra, el outsourcing ha tenido un auge tal que, se ha llegado incluso, a la contratación de servicios municipales (cobro de multas por mal estacionamiento y administración de escuelas, colaboración para controles en aduanas, etc.), que ha dado origen al TUPE en 1981, el cual se constituye a partir de una serie de reglamentos relacionados con la transferencia de empresas y protección al empleo,

el TUPE es una idea para proteger al trabajador garantizándole el derecho a mantener las condiciones de trabajo similares, principalmente su salario, cuando es transferido a otra organización, sin embargo, no cubre otros beneficios laborales como la pensión.

En un principio, aplicaba únicamente para transferencias entre empresas de naturaleza comercial, excluyendo a los trabajadores del Sector Público, pero en 1993, al reformarse la ley de sindicatos y derechos de empleo, se corrigió esta discrepancia.

Los precedentes fijados por la Corte Europea, al resolver varios casos y de manera consistente, han sustentado la aplicación del TUPE, el cual es visto como de gran beneficio por parte de los diversos sectores que componen el mercado laboral en cuanto a la protección de derechos adquiridos, pues para el trabajador significa un menor grado de incertidumbre respecto a sus condiciones y garantías y a la vez facilita la movilidad laboral necesaria en las empresas.

En España, se han diseñado regulaciones para la contratación de trabajadores a tiempo parcial, en que se tutela la contratación simulada, previniendo de esta manera la afectación a los derechos de los trabajadores.

## **8.5 La subordinación como elemento diferenciador del Outsourcing**

La Jurisprudencia nacional ha desarrollado toda una doctrina alrededor de la gran diferencia que represente la responsabilidad solidaria y subsidiaria, así como la subordinación, entendiendo esta como el estado de limitación de la autonomía del trabajador, quien se encuentra sometido en sus prestaciones, por razón de su contrato proveniente de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de aquel, con el propósito de incrementar el rendimiento de la producción y el mejor beneficio de la empresa al surgir la potestad para el patrono de mandar, de disponer de la fuerza, energía y capacidad del trabajador en la ejecución del contrato de trabajo.

Al establecer la Sala Segunda, en la resolución número 377 del tres de diciembre de mil novecientos noventa y nueve una definición de subordinación, la cual, en lo que interesa, dentro de su Considerando Quinto, refiere:

*“...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 (sic), 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 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. 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.* (JURISPRUDENCIA LABORAL, 1999,)

Esta jurisprudencia, aunada a la existencia de la llamada “legislación de la flexibilidad”, en la cual, la introducción de una diversificación en las tipologías de las relaciones laborales llamadas flexibles (de vencimiento fijo, de horario reducido, de tiempo parcial, con finalidades formativas), fundamentada en la necesidad de la creación de empleo, promovida por 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, hacen que la introducción de tales elementos de flexibilidad en los contenidos y en el mismo objeto del contrato de trabajo haya

vuelto a llamar la atención sobre la característica tradicional de la subordinación, sujeta a una especie de verificación o prueba de elasticidad.

Es así, como las teorías dominantes –la de la subordinación técnico-funcional, caracterizada por la inmersión del trabajador en la relación laboral y la de la subordinación socioeconómica, que se caracteriza por la alienación o exclusión del trabajador de la posesión de los medios de producción y más aún, de la gestión de los procesos productivos –con lo que se conforma una subordinación con una noción unificadora de las distintas figuras sociales y profesionales de trabajadores subordinados, en que se subrayan, 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, es así como la Sala Segunda hace clara definición de la subordinación en la resolución 0137 (JURISPRUDENCIA LABORAL, 2009):

*SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las ocho horas diez minutos del trece de febrero de dos mil nueve. Resolución 0137.*

*“Se concluye que el actor prestaba a la accionada sus servicios personales como diseñador gráfico, por una remuneración, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata de los representantes patronales de aquella. La parte accionada no logró acreditar que el accionante ejecutara sus labores de forma autónoma, sin estar sujeto a ningún tipo de subordinación por parte de la demandada, pues sobre ese aspecto no media prueba alguna que respalde su dicho; por el contrario, en autos consta que el actor recibía órdenes de Carlos Luis Artavia y doña Ana Cristina Núñez, en cuanto a lo que había que hacer y respecto de la prioridad de los trabajos, las cuales estaba obligado a cumplir al hacer su trabajo, por lo que debe entenderse que existió subordinación jurídica entre actor y demandada, entendida como un poder y un deber; poder del empleador para disponer en*

*cualquier momento del trabajo de su empleado o empleados según convenga a sus propios fines -potestad real de dirigir, dar órdenes o directrices y fiscalizar la labor del trabajador, así como disciplinarlo-, y deber de obediencia del trabajador a las órdenes del patrono - deber correlativo e indiscutible de tener que someterse a aquella potestad-. De lo enunciado se advierte, que en la relación entre el actor y la demandada hubo subordinación, rasgo que caracteriza al contrato de trabajo, razón por la cual este debió sujetarse en todo momento a la voluntad de quien se beneficiaba de sus servicios, aspecto típico de una subordinación de tipo laboral.”*

Con base en esta resolución de la Sala Segunda, la subordinación o dependencia es característica de la “*locatio operarum*”, que en la doctrina jurídica europea posterior al humanismo jurídico y anterior a la codificación 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* y el resultado u *opus* (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, es, en fin, una síntesis de los efectos típicos (dependencia, dirección) de la obligación y por tanto del contrato laboral.

La subordinación, en la actualidad, y con la diversidad de modalidades laborales existentes (trabajo presencial, teletrabajo, trabajo de tiempo parcial, etc.) no puede apoyarse como indica (HERNÁNDEZ ALVAREZ, 2004) "...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"...

Ante las nuevas modalidades laborales, las circunstancias se están modificando y continuarán con esa tendencia dentro de un mundo industrial en el que cualquier nueva forma de contratación, con la tecnología actual involucrada, marcará tendencia que si bien no desplaza la organización productiva tradicional, crea nuevas formas laborales en la que el trabajador no se sujeta a horarios rígidos, ni deberá estar presencialmente en ella o depender de las instrucciones de un superior para el desempeño de sus labores.

En la actualidad, las contrataciones laborales van enfocadas en muchos casos, a labores que involucran tecnología, con la falta de presencia, como ya se mencionó, del trabajador en el sitio de trabajo lo que provoca una despersonalización del control laboral pues no es un supervisor el que controla las actividades del trabajador, sino una máquina que le indica lo que debe realizar y en muchas ocasiones, dejando al trabajador la escogencia del cómo llevar a cabo las actividades para cumplir con sus objetivos laborales.

Es debido a lo anterior que, el concepto de subordinación va a ser menos evidente por la no presencia física del trabajador en la empresa, pero sus resultados serán evidentes y en algunos países como España, aunado a esta subordinación, el Estatuto de los Trabajadores centra su ámbito de aplicación en el concepto de ajenidad, que toma relevancia para establecer las relaciones laborales de subordinación o de tercerización.

## 8.6 La Responsabilidad solidaria y subsidiaria

La jurisprudencia de la Sala Segunda también a establecido que, ante la contratación de trabajadores para el desempeño de labores para un patrono por parte de un tercero, este último tiene responsabilidad solidaria y subsidiaria en el eventual rompimiento del contrato y las consecuentes consecuencias pecuniarias que resulten por causa de este rompimiento. La resolución 2018-000141, de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia declara (JURISPRUDENCIA LABORAL, 2018):

*“SOBRE EL CASO CONCRETO: El principal punto sometido al análisis de esta Sala es el referente a la inexistencia de una relación laboral y, por ende, de la responsabilidad solidaria de la FUNAC 4S, tesis que sustenta la posición del Estado. Debe indicarse que ya esta Sala ha tenido la oportunidad de conocer asuntos similares producto de la relación de cooperativas y asociaciones con la CCSS y la FUNAC para la confección de prendas hospitalarias. En esos procesos, al igual que en el presente, el vínculo laboral acreditado ha tenido origen en el convenio firmado entre ambas instituciones con esa finalidad (folios 36-37) y se ha considerado que sí existió una relación laboral, además de que la FUNAC 4-S fungió como intermediario y, por lo tanto, tiene responsabilidad solidaria en el pago de los derechos laborales surgidos en razón de aquella contratación. Así, en la sentencia número 334, de las 09:30 horas del 6 de abril de 2016, se indicó: “... la Procuraduría General de la República, en representación de la FUNAC 4-S, argumenta -en términos generales- que entre esta última y las accionantes no medió una relación laboral; por lo cual reprocha la condena solidaria impuesta por el Tribunal. Afirma que, en razón de que su representada no fungió como patrono de las actoras, no cuenta con la prueba pertinente para demostrar las fechas de inicio y término de las relaciones de trabajo, así como el salario devengado. Por consiguiente, señala que en lo que al pago respecta, el dinero se*

entregaba a las agrupaciones en función de la cantidad de prendas que entregaban, sin conocimiento ni control alguno sobre como era distribuido a lo interno a cada agremiado. Aduce que las demandantes, en la confesional, fueron contestes en señalar que fueron contratadas por la CCSS. Menciona que la FUNAC 4-S suscribió 'contratos de maquila' con personas jurídicas (no con personas trabajadoras) para la confección de ropa hospitalaria y estos fueron de naturaleza estrictamente mercantil. Según se expuso en el recurso, '[...] dichas agrupaciones se comprometieron a integrarse en forma de clubes 4-S debidamente inscritos (asociación o cooperativa), pues de lo contrario no podría ser beneficiado con el programa de maquila de la Caja Costarricense de Seguro Social y la Fundación Nacional de Clubes 4-S, por ser éste un requisitos indispensable' (...). Una vez analizado el caso concreto, se concluye que la FUNAC 4-S, en virtud del Convenio suscrito con la CCSS, fungía como un intermediario entre las personas operarias de los talleres de costura y esta última entidad. Es decir, fue un ente facilitador del vínculo laboral entre las trabajadoras y la CCSS. Es por ello que para estas, ambas (la FUNAC 4-S y la CCSS) se presentaban como entes patronales. Sobre este tema en específico, la jurisprudencia de esta Sala es prolija al indicar que la persona trabajadora no tiene la obligación de conocer quién es realmente su patrono. En este caso, ello les faculta para accionar contra cualquiera de las dos, o bien, contra ambas, a pesar de que a lo interno de la relación entre las coaccionadas una pueda ser considerada como patrono y otra como intermediario (véase el voto n.º 574, de las 10:05 horas del 21 de abril de 2010). El numeral 2 del Código de Trabajo establece que patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un convenio de trabajo. El ordinal siguiente señala como intermediario, a quien contrata los servicios de otra u otras, para que le ejecuten un trabajo, en beneficio de otro (el patrono); asimismo, califica como patronos –no como intermediarios- a quienes se encarguen, por contrato, de trabajos que ejecuten con capitales propios. El autor Rafael Caldera define la figura del intermediario como 'aquella

*persona que contrata los servicios de un trabajador en su propio nombre, pero por cuenta o beneficio de otra; y sin perder su propia responsabilidad, compromete la del beneficiario de aquellos servicios, siempre que éste haya autorizado expresamente al intermediario o recibiere la obra ejecutada' (CALDERA, R. Derecho del Trabajo. Editorial El Ateneo. Buenos Aires, Argentina. 1979, p. 242). Ahora bien, independientemente de la calificación como patrono o intermediario, la responsabilidad frente a las personas trabajadoras es la misma, pues el último quedará obligado solidariamente por la gestión del primero, para los efectos legales que se deriven del Código de Trabajo, sus reglamentos y de las disposiciones de previsión social; según lo dispuesto en el artículo 3 antes referido. Esta Sala, en un caso similar indicó: 'No regula el Código fenómenos societarios como el de los grupos de interés económico o consorciales, en los cuales vamos a encontrar empresas controladas o simplemente instrumentales, creadas con el fin de hacer posible o facilitar la actividad de los controlantes, pues cuando se promulgó el Código estas figuras no eran conocidas [...] Dijimos que el Código no se ocupa expresamente de la figura jurídica comentada, pero si el Código contiene la regla de la solidaridad en el caso de los intermediarios, es claro que la filosofía del Código es la tutela efectiva de los trabajadores frente al empleador, cualquiera que sea la forma de organización, siempre y cuando sea el verdadero beneficiario de los servicios. En otras palabras, el Código, en materia de responsabilidad frente a los trabajadores se inclina por la solidaridad considerando quien es en la realidad el que se beneficia de la fuerza de trabajo, lo cual no es extraño, pues la legislación laboral en desarrollo del principio de protector se basa para hacer justicia y equidad en la primacía de la realidad. De otro lado, al interpretar los institutos jurídicos en la legislación laboral, cuando se estuviere frente a dualismos, debe escogerse aquel elemento que más favorezca al trabajador (artículo 17 ídem). Así las cosas, considerando que en la realidad quien se benefició de la fuerza de trabajo del actor fue el Estado y que el Consejo demandado solo es un instrumento de aquel, debe resolverse la cuestión a favor de la solidaridad, pues esta*

es más favorable. De lo contrario, se obligaría al trabajador a agotar procedimientos y solo en el supuesto de que sus esfuerzos sean negativos podría dirigirse contra el beneficiario de su trabajo. El hecho de que los demandados sean el Estado y un órgano dependiente de él, no enervan la aplicación de los principios propios del Derecho de Trabajo para la solución del caso, cuando se trata de hacer efectivas prestaciones reguladas en este Derecho y sus leyes conexas' (sic. Voto n.º 1135, de las 9:35 horas del 19 de noviembre de 2014). La relación de trabajo entre las accionantes y la CCSS está fuera de discusión en este proceso; puesto que ésta, en la contestación de la demanda, reconoció que sus propios inspectores determinaron la existencia de una relación laboral entre dicha entidad, la FUNAC 4-S y las actoras (...) y se ha conformado con lo resuelto en esta litis, pues no recurrió. Si bien, la Procuraduría alega que entre su representada y la asociación medió un contrato de índole mercantil, ella mismo indicó que para beneficiarse de un 'contrato de maquila' era requisito indispensable que los grupos de personas trabajadoras se integraran en asociaciones o cooperativas. Este tipo de acciones están encaminadas a dar una falsa apariencia de mercantilidad a las relaciones laborales. Con ellas, la empresa contratante (en este caso, patrono e intermediario), pretende distraerse de las responsabilidades y cargas laborales y sociales, en detrimento de los derechos de las personas trabajadoras. Es por ello que en materia laboral se aplica el principio de primacía de la realidad; mediante el cual priman las condiciones reales que se hayan presentado, sobre los acuerdos formales que puedan hacer nugatorios los derechos de la persona trabajadora (entre otros, véase el voto n.º 574, de las 10:05 horas del 21 de abril de 2010). Luego, no se encuentran motivos para variar lo dispuesto por el ad-quem". (El énfasis fue suplido por el redactor). Luego, por no existir motivos para cambiar de criterio y porque la situación fáctica y probatoria del presente asunto se ajusta a la anterior cita, se considera que se debe mantener lo resuelto en cuanto a este tema. Respecto a la fecha de inicio de la relación laboral, la recurrente reprocha que se tuviera como data cierta la señalada por las actoras en su escrito inicial.

*Efectivamente, los hechos señalados en la demanda gozan de una presunción de veracidad iuris tantum, es decir, que admite prueba en contrario. Sobre este punto en particular, ni la CCSS ni el Estado aportaron prueba pertinente para desvirtuar el dicho de las accionantes. Al no cumplir con su carga probatoria, se debe tener por cierto lo afirmado en la demanda y, por lo tanto, en este punto debe confirmarse la sentencia recurrida. En otro orden de ideas, si bien en las resoluciones que preceden al conocimiento de la Sala no se dio mayor explicación sobre la procedencia de la devolución del 15% que retenía la FUNAC sobre el precio, debe partirse de que al acogerse la demanda y determinarse la existencia de un vínculo laboral, la parte trabajadora no debía entonces soportar ninguna disminución en el pago recibido como retribución salarial, máxime cuando de la prueba documental se desprende que esa fue una condición acordada entre las entidades que ahora fungen como demandadas y responsables solidarias. La recurrente también se muestra disconforme en cuanto se ordenó el pago del preaviso y señala que sí se advirtió sobre la finalización del convenio con suficiente antelación. Pese a ello, la Sala considera que debe mantenerse lo decidido porque realmente no hay prueba de que el aviso del cese se haya efectuado con la anticipación legal requerida y en los términos exigidos por la normativa aplicable. En el recurso se hace alusión al oficio DPI/0988-07; sin embargo, se desprende que este lo envió la CCSS a la FUNAC como en el mismo documento se entiende, de ahí que no sea prueba suficiente para determinar que existió conocimiento de la finalización del contrato por parte de las actoras en una fecha anterior a la que ellas señalaron en la demanda. Véase que en el hecho sétimo de la demanda se consignó que el aviso se dio el 8 de febrero de 2008. La representante del Estado manifestó que no le constaba esa circunstancia. Posteriormente, en su declaración, la señora Yorleny María Víquez Vargas afirmó que el convenio llegó a su fin en febrero de 2008 (folios 217-218). En consecuencia, no media ninguna prueba de que se haya avisado con la antelación respectiva sobre la terminación de los vínculos.*

*IV.- SOBRE LAS COSTAS: La procuradora también pretende que se exonere a su representado del pago de costas. Sobre este punto, la regla es imponer dicha obligación a la parte que resultó vencida (artículo 221, Código Procesal Civil aplicable supletoriamente en esta materia). Conforme al numeral 222 ídem, quien juzga puede ejercer la facultad legal de eximirla de ese pago cuando se presencie alguno de los supuestos que la norma prevé. Analizado el presente asunto y de acuerdo con lo resuelto en el anterior considerando, es evidente que si bien se acogieron solo algunas de las pretensiones, estas constituyen una parte importante y fundamental de lo pedido en la demanda, lo cual implica que la parte accionada resultó perdidosa en ese sentido, sin que se advierta entonces la causal de exoneración que alega la recurrente. No procede fijar prudencialmente las costas personales porque la demanda comprendió pretensiones que son susceptibles de estimación pecuniaria (artículo 495 del Código de Trabajo) aun cuando se postergó su liquidación para la etapa de ejecución del fallo.*

*V.- DISPOSICIONES FINALES: De conformidad con lo anterior, se debe confirmar la sentencia impugnada en lo que fue objeto de recurso.*

*POR TANTO:*

*En lo que fue objeto de recurso, se confirma la sentencia recurrida.*

Esta resolución sustenta y reafirma lo que se ha estatuido en el Artículo 399 de la Reforma Procesal Laboral, en que se indica que existe responsabilidad objetiva para las personas jurídicas y responsabilidad subjetiva para las personas físicas, confirmando que la legislación laboral costarricense, con la jurisprudencia como una de sus fuentes principales, se mueve en la dirección correcta de las tendencias laborales que se han desarrollado tanto en Europa como en América Latina, en cuanto a que la responsabilidad solidaria y subsidiaria existe en el establecimiento de las relaciones laborales de nuevas tendencias, como es el caso del Outsourcing.

## 8.7 El Gerente-Trabajador dentro del Outsourcing

En la relación contractual que se plantea a nivel gerencial, en que se espera que los servicios de gerencia, como trabajador de confianza, según lo define el Artículo 143 del Código de Trabajo:

*ARTÍCULO 143.- Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplan su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñan funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornada de trabajo.*

*Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media.*

Sean tratados de forma más liberal y hasta se considere que, lo que se tiene es una relación laboral de tipo outsourcing, en que se le paga por un servicio, tanto en numerario como en especie y se espera que la persona realice las labores encomendadas sin supervisión, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha definido la responsabilidad del patrono, de cancelar todos los extremos laborales en el momento que se rompe la relación laboral, como se establece en la resolución número 2009-00269 del primero de abril de dos mil nueve, la cual reza así:

*“ I.- ANTECEDENTES: El licenciado Luis A. Medrano Steele, en su condición de apoderado especial judicial de la parte actora demandó a La Condesa Hotel S.A., solicitando que en sentencia se le condene al pago de preaviso de despido, auxilio de cesantía, vacaciones*

proporcionales, aguinaldo proporcional, se le reconozca como salario en especie los beneficios recibidos en alimentación, uso de vehículo discrecional, y sumas fijas por dicho concepto, uso discrecional de vehículo, uso sin restricciones y pago del servicio telefónico celular, pago de mil doscientos dólares, por alquiler de una vivienda, el pago de la indemnización por concepto de salarios caídos del artículo 82 del Código de Trabajo, además de ocho días de descanso semanal durante cuatro meses, a razón de un día por quincena que le correspondía laborar guardias, en promedio dieciocho horas diarias, el pago de seis horas extra laboradas diariamente, para treinta y seis horas extra por semana, los intereses legales y las costas del proceso (folios 1 a 9). El representante de la parte demandada contestó negativamente la acción en los términos de folios 55 a 60, opuso las excepciones de falta de derecho, falta de causa, falta de interés y litis consorcio pasiva necesaria (resuelta interlocutoriamente), solicitó se declare sin lugar la demanda. El Juzgado de Trabajo de Heredia, en sentencia n°. 571 dictada a las ocho horas del diecisiete de setiembre del año dos mil siete, obligó a la accionada a pagar al actor: mil ciento cincuenta y cinco dólares por cinco punto veinticinco días de vacaciones; mil quinientos setenta y tres dólares por dos punto ochenta y seis doceavos de aguinaldo; seiscientos sesenta dólares por tres días de descanso semanal que no fueron otorgados ni cancelados; mil novecientos ochenta dólares por treinta y seis horas extra laboradas en tres días de descanso semanal, para un total de cinco mil trescientos sesenta dólares. Sobre dicha suma condenó a la accionada a pagar los intereses legales, a partir de la fecha del despido y hasta su efectiva cancelación y le impuso el pago de ambas costas del proceso, fijándose las personales en el veinte por ciento del total de la condenatoria. Declaró sin lugar la acción en cuanto al preaviso de despido, auxilio de cesantía, horas extra por jornada de lunes a viernes y de la guardia laborada entre semana (aunque reconoció que laboró 2 horas y media después de las 12 horas, en la que estimó la jornada ordinaria por ser trabajador que se ubica dentro de los supuestos del artículo 143 del Código de Trabajo).

*También denegó el reclamo de salarios caídos a título de daños y perjuicios del artículo 82 del citado Código. Las excepciones de falta de derecho y falta de interés se rechazaron en cuanto a lo concedido y se acogieron respecto a lo denegado, la de falta de causa se rechazó por inexistente (folios 293 a 300). Contra ese pronunciamiento apeló el actor en los mismos términos que recurre ante la Sala. El Tribunal de Trabajo de Heredia, mediante voto n°. 262-07, de las diez horas cincuenta minutos del veintiocho de noviembre del año dos mil siete, confirmó la sentencia (folios 318 a 321).*

**II.- AGRAVIOS:** *El recurrente fundamenta su recurso de tercera instancia rogada en una errónea apreciación de la prueba documental y testimonial, así como la aplicación indebida del artículo 143 y falta de aplicación de los numerales 28, 29 y 166, todos del Código de Trabajo, en los siguientes puntos: Antigüedad del actor: Porque se fijó en menos de tres meses cuando en realidad fueron 3 meses y 27 días de vigencia del contrato de trabajo. Manifiesta como hecho innegable, que cuando el actor fue sometido a confesión judicial, éste respondió a la segunda pregunta, que había ingresado a trabajar en la primera semana del mes de julio del año dos mil dos, sin embargo, los Juzgadores (as) de instancia debieron valorar toda la prueba presentada en este sentido conforme a las reglas de la sana crítica, lo cual permite concluir que éste incurrió en un error material en su confesión, siendo lo correcto, que la relación inició a mediados del mes de junio del año dos mil dos, esto incluyendo la semana de vacaciones que le fue concedida para solucionar asuntos personales, por lo que pide que así se declare. Salario en especie: Indica que existe un error en la apreciación de la carta oferta de empleo del demandante del trece de junio del año dos mil dos, en cuanto a la denegación como salario en especie del vehículo, ya que éste lo recibió tanto para las gestiones del hotel como a nivel personal. Por ello es claro que le asiste derecho a una fijación mayor al cincuenta por ciento del salario en dinero como salario en especie, y así solicita se declare. Vacaciones: Solicita que se modifique el cálculo de dicho rubro toda vez que en la sentencia se partió de una antigüedad incorrecta y se*

*aplicó el Código de Trabajo, cuando en realidad en la carta oferta de empleo del petente, se indicaba que como Gerente General tendría derecho a 21 días anuales de vacaciones, por lo que es ésta la base de cálculo que debe prevalecer, porque supera el mínimo establecido en el Código de Trabajo, el cual no resulta aplicable en su caso. Descansos laborados y no reconocidos: Señala que la sentencia sólo concede tres días de descanso laborados y no reconocidos por un error en el cómputo del tiempo laborado. Argumenta que fueron 3 meses y 27 días y laboró en ese periodo 4 descansos semanales en guardias, por lo que estima le corresponde un total de ocho días y no tres, como se dispuso. Guardias y horas extra: Protesta la denegatoria de extras a razón de 15 minutos de lunes a viernes (porque laboró de las 7:15 a.m. a las 7:30 p.m.) más 2.45 horas en cada una de las guardias semanales (de 6 p.m. hasta las 10 p.m). También reprocha el cálculo de las horas extra correspondientes a las guardias que realizó en fines de semana (empezaba a las cero horas del domingo -dice que fue a las 12 de la noche- y terminaba a las 10 de la noche) una vez por mes, para un total de 4 fines de semana; argumentando que le correspondía por todo el tiempo laborado 48 horas extra por ese tipo de guardias y no 36 como dispuso el juzgado y lo ratificó el tribunal; y que el cálculo debe hacerse con el doble del salario correspondiente a cada hora y no sencillo como lo dispusieron los juzgadores, esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del Código de Trabajo. Daños y perjuicios: Manifiesta el accionante que tiene derecho a los salarios caídos del artículo 82 del Código de Trabajo, primero porque se dio contención en el juicio, y segundo, porque la parte demandada le atribuyó a éste, en la contestación de la acción, faltas que no fueron demostradas en el proceso. Costas: Reprocha el porcentaje fijado por costas personales y pide se establezca en el máximo de ley, tomando en cuenta la labor desplegada, la cuantía y el tiempo de duración del proceso, así como la oposición injustificada de la demandada en el proceso...*

**V.- VACACIONES:** *Se objeta lo resuelto por estimar el recurrente que el tribunal aplicó el Código de Trabajo y no lo pactado. No lleva razón el recurrente en su*

*inconformidad. En la sentencia de primera instancia, que fuera confirmada de manera total por el Ad-quem, se tuvo por acreditado que en la oferta de trabajo se fijó el derecho a vacaciones en un total de 21 días por año, desaplicando el artículo 153 del Código de Trabajo; sin embargo se le otorgó cinco punto veinticinco días de vacaciones, partiendo del supuesto que aunque el actor había sido contratado el 4 de junio de 2002 inició labores a principios del mes siguiente. De esa forma aplicó el sistema pactado en cuanto al número de días de vacaciones pero incurrió en error de cálculo por haber computado mal el tiempo de vigencia del contrato de trabajo. Lo correcto era fijar el derecho en 6.82 días de vacaciones y como ya había disfrutado por adelantado en la primera semana de vigencia del contrato (lo que el actor aceptó en la confesional a folios 191 y 192), sea del 4 al 8 de junio de 2002, el saldo a favor del petente es de 1.82 días por ese concepto. Sin embargo, como se le fijó en 5.25 días y la demandada pidió confirmar ese pronunciamiento, a pesar de ser incorrecto, se mantiene lo resuelto para no incurrir en reforma en perjuicio del único recurrente.*

**VI.- DÍAS DE DESCANSO LABORADOS EN CONCEPTO DE GUARDIAS Y NO RECONOCIDOS.** Señala el recurrente que la sentencia sólo concede tres días de descanso laborados y no pagados (dice que lo correcto son 8 días) partiendo de un error sobre el tiempo de vigencia del contrato de trabajo. También pide que el cálculo de las horas laboradas durante la jornada ordinaria, en los días de descanso semanal, se haga en los términos del artículo 152 del Código de Trabajo, sea con el doble del salario. Este agravio es parcialmente aceptado por la Sala. El despido se ejecutó el día martes primero de octubre del año dos mil dos, cuando faltaban únicamente tres días para completar el cuarto mes de trabajo. El tiempo de servicio total fue de tres meses y veintisiete días, debido a que fue contratado a partir del 4 de junio de 2002. Después de revisar el calendario del año dos mil dos en relación con la contestación de la demanda, la prueba testimonial (folios 188, 195), la documental (22-201) y tomando en cuenta el reconocimiento que hizo el actor al

*plantear la apelación contra el fallo de primera instancia, donde aceptó que sólo laboró un fin de semana al mes, la Sala concluye que los descansos semanales adeudados son 4 y no tres, como lo dispuso el fallo ni 8 como lo solicita el recurrente, de manera que ese será el parámetro para revisar el monto otorgado por ese concepto y una jornada de 12 horas, cuyo exceso laborado en esos cuatro días se analizarán en el siguiente acápite. También le asiste razón al recurrente cuando protesta el salario que se tuvo para calcular los días de descanso semanal y pide que se fijen con el doble del salario ordinario. No es atendible el argumento en el sentido de que se trató de un trabajador excluido de la aplicación del artículo 143 del Código de Trabajo. Por su condición de gerente quedó comprendido dentro de uno de los supuestos de ese numeral en cuanto dispone “Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes (...) Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media”. De manera que, a los efectos de calcular el pago de las jornadas ordinarias que laboró durante los días que correspondía a descanso semanal, como se solicita la operación aritmética se debe hacer con el doble del salario, tal y como lo dispone el artículo 152 del Código de Trabajo, cuya finalidad es el desestímulo de la práctica (frecuente) de irrespetar el derecho fundamental a tener un día de descanso después de seis días de trabajo continuo. Si el salario promedio mensual que se tuvo por probado fue de cuatro mil cuatrocientos dólares por mes (\$4.400) que sumados al salario en especie (\$2.200), alcanzó la cantidad de seis mil seiscientos dólares por mes y doscientos veinte dólares por día (\$220); de haberle cancelado oportunamente los días de descanso semanal laborados le habría correspondido, por cada día, un adicional de doscientos veinte dólares por día -\$220.00- (doble del salario porque en el caso concreto tenía derecho al descanso semanal pagado por tratarse de labor comercial y pago mensual, al laborarlos, debió adicionarse un pago sencillo para ajustarse a lo dispuesto en el numeral 152 del Código de Trabajo), para un total de ochocientos ochenta dólares (\$880.00),*

*debiéndose modificar lo resuelto en el tanto fijó la deuda por ese rubro en 3 días y la cantidad de seiscientos sesenta dólares por resultar incorrectos los cálculos.*

**VII.- HORAS EXTRA:** *Acusa el recurrente mala aplicación del artículo 143 en su relación con el 139 del Código de Trabajo y la jurisprudencia que lo informa, porque no se tomó en cuenta para resolver el reclamo de extras de lunes a sábado y en fines de semana, que estaba sujeto a un horario de 7:15 a.m. a 7:30 p.m.; de lunes a viernes, por lo que acumuló 15 minutos en jornada extra cada día. Así como 4 horas y 45 minutos en cada una de las guardias que realizó entre semana (una por semana), con un horario de 6 p.m. a 10 p.m. También reprocha la fijación de 36 extra por las guardias laboradas en cuatro descansos semanales; estima que debió fijarse en 48. El agravio es parcialmente atendible. El puesto desempeñado por el petente fue el de Gerente General del Hotel, lo que obliga, como se indicó supra, a la aplicación del precepto 143 del Código de Trabajo el cual dispone: “Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; (...). Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo (...)”; por lo tanto el cómputo de horas extra lo hará la Sala a partir de las 12 horas por día laboradas en cada jornada (incluyendo los días que hizo guardias entre semana y una vez por mes el día correspondiente al descanso semanal). Este criterio, sobre la forma de computar la jornada extraordinaria, ha sido reiterado por esta Cámara, al efecto citaremos uno de sus pronunciamientos donde dijo: “esta Sala en forma reiterada ha señalado que el tiempo extraordinario debe computarse diariamente y no en forma acumulativa, semanal, porque si bien es cierto la jornada está sujeta a un límite diario y a otro semanal, en aplicación de la regla de la norma más favorable -Principio Protector- que rige esta materia (artículo 15 del Código de Trabajo), la hora extra de trabajo se configura desde que se excede el límite diario, aunque no se alcance el semanal, ello es así porque dicha condición favorece más al trabajador, toda vez que sin*

que exceda de la jornada semanal, perfectamente se puede hacer acreedor al pago de tiempo extraordinario por el exceso diario de la jornada". (Voto n°. 235-07, de las 9:30 horas de 20 de abril de 2007. El destacado es de quien redacta). Para el cálculo de las extras se debe partir de dos parámetros. En el caso de las que fueron laboradas entre semana y después de concluida la jornada ordinaria los días sábados (cuando coincidió con la guarda del fin de semana una vez al mes), conforme a lo dispuesto en el artículo 139 del Código de Trabajo han de calcularse con un cincuenta por ciento más del salario correspondiente a cada hora ordinaria. En el caso de las extras laborada en día de descanso semanal, de la relación del párrafo segundo del numeral 152 con el 139, ambos del citado cuerpo normativo, la Sala concluye que el derecho ascendería al triple del valor de la hora ordinaria (en este mismo sentido pueden verse, de esta Sala, los votos números 345, de las 9:20 horas del 12 de mayo de 2004 y 137, de las 9:40 horas del 8 de marzo de 2006). Los anteriores serán los parámetros que deben utilizarse para la cuantificación del valor de la jornada extraordinaria que corresponda pagar por la demandada. En el caso concreto se tuvo por demostrado que el actor laboró de siete y quince de la mañana a siete y media de la noche, de lunes a viernes, por lo que diariamente laboró quince minutos extra. Corresponde ahora determinar cuántos días laboró de lunes a viernes durante la vigencia del contrato de trabajo. Tenemos que fue contratado el 4 de junio de 2002, pero estuvo de vacaciones la primera semana, esto nos lleva a concluir que el conteo debe hacerse a partir del 10 de ese mes y año, por lo que laboró 15 minutos extra durante 15 días en el mes de junio, 23 en julio, 22 en agosto y 21 en setiembre, para un total de 81 días, que multiplicados por 15 minutos cada día da como resultado 1215 minutos, equivalente a 20 horas con 15 minutos. Por lo tanto le corresponde al petente, por las horas extra laboradas de lunes a viernes, la suma de quinientos cincuenta y seis dólares con sesenta y siete centavos (\$556,67), que es el resultado de multiplicar 20.15 por el valor de cada hora extra, que resultó ser de \$27,49 (ese valor es el resultado de la siguiente operación aritmética: \$6.600

*-valor del salario ordinario que incluye el salario en especie- entre 30 días, luego entre 12 - que era la jornada ordinaria a la que estaba sujeto el actor conforme artículo 143 del Código de Trabajo- y luego se le agregó el 50 % adicional a cada hora). En cuanto a la jornada extra correspondiente a cada una de las guardias laboradas entre semana, tenemos que entre el 10 de junio y el 30 de setiembre, ambas fechas de 2002, el actor laboró 16 semanas, lo que significa que si tuvo guardias una vez por semana de 6 p.m. a 10 p.m., la jornada ordinaria (de lunes a viernes) terminaba a las 7:15 horas, la conclusión que se impone es que deben computarse 2 horas y 30 minutos extra en cada guardia semanal, para un total de 40 horas. Esto es así porque para el cómputo de jornada extra, en cada guardia semanal, debe partirse de las 7:30 p.m. y no de las 7:15 p.m., debido a que de 7:15 a 7:30 fue contemplado en el cómputo de la jornada extra de lunes a viernes. Ese tiempo (2 horas y 30 minutos) multiplicado por 16 semanas da un total de 40 horas extra durante las guardias semanales. Estas multiplicadas por \$27,49 (valor de cada extra entre semana), nos da una deuda a favor del actor de mil noventa y nueve dólares con sesenta centavos (\$1.099,60). En lo que respecta a las extras correspondientes a la jornada laborada durante los 4 descansos semanales, se tuvo por probado que el actor laboraba los sábados hasta la dos de la tarde y hacía una guardia al mes iniciando a las 12 medio día del sábado hasta el domingo a las 10 de la noche (hecho probado E). Ese hecho se sustentó en las declaraciones de Ana Catalina Gutiérrez Esquivel (folio 189) y Marco Antonio Méndez Arias (folio 195). También se tuvo por acreditado que el actor laboraba los sábados de 8 a.m. a 2 p.m., en vista de que por su tipo de puesto debía estar disponible hasta las 8 p.m. (12 horas conforme artículo 143), la guardia de fin de semana que iniciaba el sábado (que por error se tuvo por iniciada a las 12 mediodía del sábado), debe computarse como extra entre las 8 p.m. y la 12 de la noche –4 horas- , una vez al mes, para un total de 16 horas. Estas deben calcularse con el mismo valor que se dio a las que laboró de lunes a viernes, (veintisiete dólares con cuarenta y nueve centavos), para un total de cuatrocientos treinta*

y nueve dólares con ochenta y cuatro centavos (\$439,84). Esto nos lleva a concluir que la jornada ordinaria, durante el descanso semanal, debe computarse a partir de las cero horas hasta las 12 medio día del domingo. Y, a partir de esa hora y hasta las 10 de la noche ha de calificarse como jornada extraordinaria, para un total de 40 y no 36 como se fijó. Las 40 horas extra correspondientes a 4 descansos semanales tienen un valor mayor que las extra laboradas de lunes a sábado. En este caso debe resolverse aplicando los parámetros previstos por el artículo 152 en relación con el 139, ambos del Código de Trabajo. El primero obliga a cancelar el tiempo laborado durante el descanso semanal con el doble del salario, norma que tiene, como se indicó supra, evidente finalidad el desestímulo para los empleados a fin de que no requieran de sus trabajadores laborar en el día que deben descansar y menos aún en jornada extraordinaria. El segundo (139) obliga a pagar la jornada extraordinaria con un 50% adicional al salario ordinario. Así tenemos que por esas 40 horas se le adeuda al actor la suma de dos mil ciento noventa y nueve dólares con sesenta centavos (\$2.199,60), a razón de cincuenta y cuatro dólares con noventa y nueve centavos cada hora (\$54,99). Por consiguiente, el total adeudado por horas extra debe fijarse en la cantidad de cuatro mil doscientos noventa y cinco dólares con setenta y un centavos (\$4.295,71), por lo que se impone modificar el fallo recurrido en cuanto fijó solo 36 horas extra y la suma de seiscientos sesenta dólares (\$660).

... **X.- CONSIDERACIONES FINALES:** Corolario de lo expuesto, se debe revocar el fallo en cuanto denegó los reclamos de preaviso, cesantía, horas extra por las jornadas laboradas entre semana y en lo correspondiente a guardias una vez por semana, denegándose al efecto la defensa de falta de derecho; se debe modificar el monto de extras laboradas durante cuatro descansos semanales. Procede fijar la obligación en las siguientes sumas: mil setecientos noventa y seis dólares con noventa y siete centavos (\$1.796,97) por una semana de preaviso (a razón de \$256,71 el día); mil setecientos noventa y seis dólares con noventa y siete centavos (\$1.796,97) por siete días de cesantía;

*cuatro mil doscientos noventa y cinco dólares con setenta y un centavos (\$4.295,71) por horas extra de toda la relación laboral; y ochocientos ochenta dólares (\$880,00) por concepto de cuatro días de descanso semanal.*

**POR TANTO:**

*Se revoca el fallo recurrido en cuanto denegó los reclamos de preaviso, cesantía, horas extra por las jornadas laboradas entre semana y en lo correspondiente a guardias una vez por semana, extremos que se otorgan, denegándose al efecto la defensa de falta de derecho. Se modifica el monto de horas extraordinarias concedidas y la suma correspondiente así como el número de los descansos semanales y el monto correspondiente a estos. La demandada debe pagar al actor las siguientes cantidades: mil setecientos noventa y seis dólares con noventa y siete centavos, por una semana de preaviso; mil setecientos noventa y seis dólares con noventa y siete centavos, por siete días de cesantía; cuatro mil doscientos noventa y cinco dólares con setenta y un centavos, por horas extra; y ochocientos ochenta dólares, por cuatro descansos semanales. En lo demás, que fue objeto de agravio, se confirma la sentencia.*

Al dictar la citada resolución, la Sala Segunda determina que a pesar de que se plantea la relación laboral a nivel gerencial, como una relación Outsourcing, la subordinación que se establece al cumplir con un horario, atender a guardias para mantener el nivel de servicio, recibir un salario tanto en dinero como en especie, configura una relación laboral de contrato individual y, por tanto, establece la responsabilidad en el pago de las prestaciones laborales a cargo de la contratante, adicional a lo anterior, se puede colegir de la relación de hechos que el accionante no percibía frutos de su actividad dentro del hotel, a pesar de su gran independencia y pago de beneficios, concedidos por el empleador como incentivo al desarrollo de las actividades necesarias para el buen desempeño de la actividad comercial, es

decir, el elemento ajeneidad estuvo presente en la relación laboral determinando la misma como un contrato individual de trabajo y no como un trabajador independiente o socio-trabajador.

## **CONCLUSIONES**

La Reforma Procesal Laboral abre una ventana a la forma en que se resuelven los conflictos laborales al permitir al trabajador tanto como al patrono, demostrar cual es la verdadera condición de la relación laboral.

Las características de la Tercerización permiten discernir cuales deben ser los parámetros para la regulación laboral en Costa Rica, partiendo de la base de que:

La prestación del servicio la realiza el contratista por su cuenta y riesgo. Es decir, puede desarrollarla directamente o por medio de otras personas, conservando siempre sobre sí la responsabilidad de su ejecución.

El elemento dependencia o subordinación, esencial en la relación laboral, no se debe ver involucrado en ningún sentido en la relación entre contratante y contratista. Precisamente, este elemento es el que diferencia las dos figuras jurídicas ya que la subordinación se establece en el contrato individual de trabajo como elemento fundamental para establecer que el trabajador depende de la instrucción, control, supervisión, cumplimiento de horarios de su patrono o representante.

- La autonomía técnica y directiva con que cuenta el contratista independiente implica actuar conforme sus propios lineamientos, sus propios elementos y procedimientos; la única injerencia del contratante se da respecto del resultado final que es obviamente, la razón por la cual contrató.
- La relación entre el contratante y el contratista se desarrolla generalmente bajo un contrato de prestación de servicios de tipo civil-comercial, lo que implica que, para su celebración, solo requiere del acuerdo de las partes; se adquieren

obligaciones para cada una de ellas, entre las que están ejecutar la tarea u obra encomendada y el pago de un precio o remuneración.

- El contratista independiente puede prestar el servicio de manera personal o directa, o también a través de otras personas. En este último evento, el beneficiario de la obra responderá en forma solidaria con el contratista por las obligaciones laborales dejadas de cancelar a los trabajadores de este; siempre y cuando las labores contratadas correspondan al giro ordinario de las actividades del contratante de la obra.
- El elemento Ajeneidad, como base para la demostración de a quién pertenecen los frutos de la actividad realizada, permite discernir quién está trabajando sobre la base de un contrato individual de trabajo y quién desarrolla una actividad independiente, en que los frutos de su trabajo le pertenecen.

A nivel internacional, el movimiento hacia una mayor responsabilidad de los empleadores se ha desarrollado paulatinamente, con ejemplos importantes tanto en Europa con la Unión Europea (en especial España, Alemania y Francia), además de Inglaterra, así como América Latina (México, Colombia, Venezuela, Chile, Panamá y Argentina).

Como se pudo determinar, al analizar estas diferentes corrientes y que ha quedado plasmado en su ordenamiento, la definición, el alcance, la responsabilidad de las partes, tanto subjetiva como objetiva y a partir del establecimiento de la existencia de la subordinación, que es el elemento que separa y define las figuras

del contrato individual de trabajo contrario al de la tercerización, es que se establecen las consecuencias ante el incumplimiento de la normativa relacionada.

El hecho de que, como se indicó en el planteamiento del problema, las persona físicas o jurídicas en Costa Rica que contrataban a sus propios empleados, en la modalidad de servicios profesionales, con el propósito de evadir el pago de las cargas sociales, y estos trabajadores aceptaban estas condiciones bajo la premisa de un mayor ingreso, al disfrutar de los beneficios de la seguridad social, pero sin tomar en cuenta que a largo plazo esta práctica, en lugar de beneficiarlos los perjudicaría, tanto ante el acaecimiento de algún hecho inesperado, tal como un accidente laboral o un despido temprano sin responsabilidad patronal o la no renovación del “contrato” por servicios profesionales, como al momento de retirarse, pues sus contribuciones a la seguridad social no están acorde con sus sistema de vida y por ende, surge la posibilidad de un detrimento en su condición económica y social, genera que las empresas e instituciones del país, mediante sus propias interpretaciones, han desarrollado contratos civiles y mercantiles en que, claramente, se disgregan las responsabilidades de estas empresas e instituciones de las de los contratistas que realizan labores para ellas.

Al contar, a partir de la Reforma Procesal Laboral con una normativa que, incipientemente, regula tanto a las personas físicas como jurídicas que realizan contratos independientes de prestación de servicios hacia el cumplimiento de las responsabilidades que se señalan en el Artículo 399 de dicha Reforma Laboral, ya no es solo para que el contratista cumpla con la responsabilidad de mantenerse al día con todas las obligaciones laborales que le competen, sino que, además, obliga

al contratante, bajo responsabilidad subjetiva en el caso de los individuos y responsabilidad objetiva, en el caso de las figuras de personas jurídicas, a velar por el cumplimiento de las disposiciones legales, en cuanto al aporte al sistema solidario y demás normativa vigente, sobre la base de que si se produce una falta a la legislación, según el Artículo 398, existe una escala de sanciones, sin embargo, no es clara en cuanto a qué tipo de faltas son las que se dan pues se hace una descripción, muy general, de ellas en el Artículo 396.

El resarcimiento del trabajador al cual se ha dejado en desamparo, con aspectos estatuidos en la Reforma Procesal Laboral, que le permitirán accionar a este en la vía judicial de una manera más clara y precisa, con períodos de evaluación y dictado de sentencia más cortos, así como permitir que la carga de la prueba pueda ser desplazada entre el demandado y el demandante, de acuerdo con las circunstancias, amén de estructurar las audiencias para que, mediante la oralidad, sea más sencillo el aporte de testimonios, prueba, peritazgos que permiten establecer la responsabilidad de una manera diáfana e indubitable, al conceder de esta forma, un mayor equilibrio entre los participantes en el juicio, pues tanto se le exige al trabajador como al contratista y al patrono, su aporte para la resolución del diferendo.

El incumplimiento por parte del contratista no dejará impune la falta de controles del contratante, sino que, al contrario, ante la amenaza de una posible sanción legal, este último velará porque los trabajadores contratados bajo la modalidad de servicios profesionales, trabajador independiente u otras formas de contratación,

audite y se mantenga vigilante para no incurrir en la responsabilidad solidaria con el contratista.

Este cambio que ha operado desde la publicación y aplicación, a partir de julio de 2017, de la Reforma Procesal Laboral, es un cambio en la orientación en la administración de las empresas, claramente, influido por la publicación, de esta reforma. Las necesidades del empresario y de los trabajadores alimentan la legislación laboral al armonizar, a través de la normativa y a la vez, redundando en una mayor productividad, con el consiguiente efecto, a nivel socio económico para el país.

A pesar de que el derecho laboral atiende la regulación jurídica atinente a un contrato de trabajo, no es indiferente a la situación laboral del trabajador independiente que realiza su actividad, de forma individual o en asociación con otros trabajadores.

El Outsourcing en sí no es un contrato propiamente dicho, a pesar de que así lo promueven los libros de administración en que se habla de él. El Outsourcing es una tendencia en la administración moderna, que sugiere que, para reducir costos, se deben contratar las actividades no primordiales y aún, algunas de estas, a terceros, con el propósito de reducir la carga financiera de la producción, a través de figuras tales como el trabajador o contratista independiente, el trabajo asociado en cooperativas, las sociedades de trabajo entre otras.

Esta modalidad de trabajo, que en la reforma no se definió claramente, y que el legislador de 1943, cuando se promulgó el Código de Trabajo esbozó, en el Artículo 3, párrafo 2 un primer concepto, en aquel momento innominado, pero que se ajusta,

perfectamente, a la figura del outsourcing, deberá ser plasmada de forma precisa, tomando para su regulación los conceptos que, con base en el Derecho Comparado, se han planteado para esta figura de contratación, en otros países que ya han avanzado en ese campo, para tener, dentro del Código de Trabajo y su Reforma, incluida esta clara y concisa regulación.

El retiro de trabajadores para ser trasladados a otra empresa que subcontratará en adelante ciertas labores, sustrae al trabajador del ámbito de protección del derecho laboral hacia una débil protección laboral amparada en un contrato civil, conlleva a que, sobre la base, del principio de supremacía de la realidad, estos contratos no tengan asidero legal y más bien, dejen al descubierto un intento de simulación, por parte del patrono, de eludir, su responsabilidad para con el trabajador y el Estado, conllevando una mayor responsabilidad a nivel laboral como se vio.

La responsabilidad del patrono ante la contratación mediante Outsourcing puede ser cubierta mediante la suscripción de una póliza de cumplimiento por parte del contratista y de esta manera, se obtiene, una mayor formalidad, en la contratación, recordando que en general, este tipo de contrataciones son para labores que no son la función principal de la empresa.

Es con la publicación de la Reforma Procesal Laboral, que se establecen los primeros parámetros claros que permiten al patrono y al trabajador, saber exactamente, en qué condición y qué responsabilidad le compete a cada uno al asumir labores de Outsourcing, aunque aún sin definir su concepto, pero que podría

fungir de manera similar al sistema implementado en la Unión Europea conocido por sus siglas como TUPE.

El análisis que distinguidos juristas y profesionales del derecho, especializados en derecho laboral, han planteado y que, luego de un concienzudo escrutinio, promueven la necesidad de una reforma a la reforma recién promulgada, para cubrir lagunas jurídicas sobre todo en la parte procesal, ha establecido que no están definidos los actores sociales en el outsourcing.

Las asociaciones cooperativas y grupos independientes de trabajadores deberán ser vigilantes de cumplir con la normativa establecida para de este modo no convertirse en entes que, bajo un disfraz de independientes, solo, sean sujetos en los cuales se vulneran los derechos laborales de sus trabajadores, en beneficio de los patronos.

La reducción de costos y el incremento en la eficacia de la producción, no deben ser el Norte que fomente el outsourcing como herramienta administrativa y económica en las empresas, el estudio detallado y el análisis de las consecuencias para los trabajadores desplazados, debe ser tomado en cuenta y decidir si la contratación externa es la solución viable y sujeta a derecho y, o no una simple posición de ventaja del patrono, ante los trabajadores.

Por último y retomando el tema de la presente investigación, es de vital importancia hacer referencia a que, en la Reforma Procesal Laboral, en su parte procedimental, no se agregó ninguna referencia explícita a la tercerización y las responsabilidades laborales que conlleva, ya que en la actualidad, se toma como una relación contractual de tipo civil-comercial y en el Código de Trabajo,

únicamente se hace una tímida y velada referencia a ella, en los Artículos 3, párrafo segundo, al definir al tercero que no es tercero sino patrono al trabajar con su propio capital y el artículo 399 de la Reforma, que asigna las responsabilidades subjetivas y objetivas de la relación contractual, dejando descubierto de normativa laboral este moderno sistema, cada vez más utilizado en el mundo y para, como en el caso de Chile, entrar a conocer en detalle el cómo deberán ser penadas las faltas que se determinen ante el incumplimiento a este tipo de relación laboral en caso del infractor primario o el reincidente.

## **RECOMENDACIONES**

Con base en el análisis del Código de Trabajo así como la Reforma Procesal Laboral, se establece que se ha avanzado en diferentes áreas como la oralidad, el rendimiento de prueba, el desplazamiento de la misma, de acuerdo con la oportunidad de brindarla y otras ventajas, sin embargo, no se ha sido efectivo en el análisis, fundamentación, definición y establecimiento de una normativa que defina, en nuestro ordenamiento jurídico, qué es y cómo se regula específicamente, la tercerización u outsourcing, sus fuentes de origen, su extensión laboral referente a qué tipos de actividad se pueden dar en tercerización y cuáles no, quiénes son los sujetos que intervienen en la figura y cuáles sus obligaciones, derechos y responsabilidades, como bien lo han hecho en países como Panamá, Colombia, Chile y en la Unión Europea

Debido a lo anterior, se propone la modificación del artículo 3, párrafo segundo, así como la adición de dos párrafos más para que el artículo, en mención, se lea de la siguiente manera:

**Artículo 3º.**-*Intermediario es toda persona que contrata los servicios de otra u otras para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono. Este quedará obligado solidariamente por la gestión de aquél para los efectos legales que se deriven del presente Código, de sus Reglamentos y de las disposiciones de previsión social.*

**2-** *Al no ser el trabajo un artículo de comercio dada su ajeneidad, será regulado por la normativa laboral, y en ningún caso por la normativa civil o mercantil.*

**3-** *Así mismo, serán considerados como patronos de quienes trabajen - y no como intermediarios - los que se encarguen, por contrato, de trabajos que ejecuten con capitales propios; en caso de falta de capital en el desarrollo de la actividad*

*contratada, serán solidaria y subsidiariamente responsables los beneficiarios directos de las obras o servicios, respecto a las obligaciones contraídas con los trabajadores.*

**4-** *Los trabajadores bajo la modalidad de outsourcing contarán con las mismas condiciones que los trabajadores regulares de la empresa contratante.*

Por otra parte, en la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, se propone modificar su Artículo tres, para reforzar la condición de solidaridad y subsidiaridad de la responsabilidad, entre contratistas y contratantes, agregando en su parte final, lo siguiente:

*“...además, en el caso de los contratistas outsourcing, de no contar con los fondos necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones laborales, los contratantes serán solidaria y subsidiariamente responsables, cubriendo el aporte de las cuotas no pagadas por el contratista”*

Por último, respecto al Código de Normas y Procedimientos Tributarios, se propone agregar en su artículo 67, parte final, el que se asigne responsabilidad a nivel tributario para el contratante, respecto a la lesión a los derechos laborales de los trabajadores de los contratistas, leyéndose este artículo, en su parte final, de la siguiente forma:

*“Así mismo, si se contratan servicios brindados por terceros, serán solidaria y subsidiariamente responsables todos los mencionados en el párrafo anterior, ante los incumplimientos a las leyes laborales que afecten la materia tributaria, en contra de los trabajadores de los terceros contratados.”*

El establecimiento de la normativa explícita para la tercerización es fundamental para que no se den lagunas legales que puedan perjudicar al Estado y sus instituciones, en todos los casos y en que se pueda refugiar el infractor, al perjudicar tanto al o los trabajadores a su cargo y al patrono que lo contrata como, o en su defecto, al patrono que busca de una forma u otra evadir su responsabilidad tanto con el trabajador como con el Estado y sus instituciones o el mismo trabajador que, ante la disyuntiva actual, busque ofrecer sus servicios sin cumplir, con todas sus obligaciones en perjuicio de sí mismo, haciendo, como ya se mencionó, una definición clara y específica de las faltas, ampliando y a la vez, enfocando en lo que se ha estatuido en el Artículo 396 de la Reforma Procesal Laboral.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AGUILAR, O., & FALLAS, C. (1990). *El Movimiento Cooperativo en Costa Rica*. San José: Imprenta Nacional.

AGUILERA SAMUDIO, C. L. (1994). *Derecho Cooperativo y Asociativo* (Tercera Edición ed.). (C. d. desescolarizada, Ed.) Santa Fé de Bogotá: Universidad de Santo Tomás.

ALEMÁN PAEZ, F. (1995). Ibid, pag. 311. p.311.

ALEMÁN PÁEZ, F. (Diciembre de 1995). La flexibilidad del Derecho Español Laboral. (F. d. Javeriana, Ed.) *Revista Universitas N°89*, P. 309.

ALEMÁN PÁEZ, F. (1995). La flexibilización del Derecho Español Laboral. (F. d. Jurídicas, Ed.) *Revista Universitas*(89).

ALEMÁN, R. (22 de Marzo de 2018). *LA PRENSA, Opinión*. Obtenido de [https://impresa.prensa.com/opinion/Contrato-outsourcing-tercerizacion-Ricardo-Aleman\\_0\\_4291070922.html](https://impresa.prensa.com/opinion/Contrato-outsourcing-tercerizacion-Ricardo-Aleman_0_4291070922.html)

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (1949). *Constitución Política*,. San José: Imprenta Nacional.

ASAMBLEA LEGISLATIVA. (1886). *Código Civil*. San José: Imprenta Nacional.

ASAMBLEA LEGISLATIVA. (1943). *Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social n°17*. San José.

ASAMBLEA LEGISLATIVA. (1968). *Ley de Asociaciones Cooperativas y de Creación del INFOCOOP( Instituto de Fomento Cooperativo )*. San José: Imprenta Nacional.

ASAMBLEA LEGISLATIVA. (1995). *Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia Ley 7476* (Vol. N°45). San José: La Gaceta.

ASAMBLEA LEGISLATIVA. (2012). *Código de Trabajo*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

ASAMBLEA LEGISLATIVA. (25/01/2016). *Ley 9343 Reforma Procesal Laboral*. Imprenta Nacional.

BASUALDO, V., & MORALES, D. R. (2014). *la Tercerización Laboral*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

CABANELLAS, G. (1988). *Tratado de Derecho Laboral* (Vol. Volumen II). Buenos Aires: Editorial Eliasta S.R.L.

CLARÍN, E. (6 de Junio de 2017). *Diario El Clarín Argentina*. Obtenido de [https://www.clarin.com/tema/trabajo\\_esclavo.html](https://www.clarin.com/tema/trabajo_esclavo.html)

COMISIÓN DE DESARROLLO Y SEGURIDAD SOCIAL. (Mayo de 2013). Causa y efecto de la Reforma Laboral en el outsourcing. *I*(2).

COOPE SAN JOSÉ. (13 de Agosto de 2017). *Cooperativa San José*. Obtenido de <http://coopsanjose.com/origen-del-cooperativismo/>

DE LA CUEVA, M. (1949). *Derecho Mexicano del Trabajo* (Tercera Edición ed., Vol. 1). México: Editorial Porrúa S.A.

- DE LA CUEVA, M. (1988). *El Nuevo Derecho Mexicano de Trabajo, Tomo I*. México: Porrúa.
- DORRONSORO, J. A. (Febrero de 1999). El trabajo a través de la historia. *La Concepción del Trabajo*(9).
- FACIO, R., VALVERDE, E., & ZÚÑIGA, R. A. (Enero de 1943). Cooperativismo y Cooperativas. *Revista Surco*(III), 3.
- FAYOL, H. (1950). *Administración Industrial y General*. Sao Pablo: Editorial Atlas.
- FERNÁNDEZ FLORES, E. (1994). Outsourcing y Contratación. *Revista Chilena de Derecho, Vol. 21*, pag. 77.
- FERNÁNDEZ MORA, E. (2017 de Mayo de 2017). Reforma Procesal Laboral sacudirá a empresas de seguridad. *El Financiero*, págs. [http://www.elfinancierocr.com/negocios/La\\_Reforma\\_Procesal\\_Laboral\\_N-19819-seguridad\\_privada-Ministerio\\_de\\_Seguridad-mercado\\_de\\_seguridad-BCR-Dos\\_Pinos-ACES-JYK\\_Servicios-Inaseg\\_Security-Securitas\\_Costa\\_Rica\\_0\\_947905228.html](http://www.elfinancierocr.com/negocios/La_Reforma_Procesal_Laboral_N-19819-seguridad_privada-Ministerio_de_Seguridad-mercado_de_seguridad-BCR-Dos_Pinos-ACES-JYK_Servicios-Inaseg_Security-Securitas_Costa_Rica_0_947905228.html).
- FRITZ MOSTERN, M. (1946). *Elements of Public Administration*. New York: Prentice Hall.
- GALLEGO, G. F. (07 de 2015). *Detidat.com*. Obtenido de Aspectos Jurídicos del Outsourcin, Conferencia EOA: <http://www.detidat.com/2015/07/aspectos-juridicos-del-outsourcing-conferencia-eoa/>

GODÍNEZ VARGAS, A. (1990). Texto de instrucción básica en materia laboral para el programa de capacitación de servidores judiciales nivel 1. p. 23. . Corte Suprema de Justicia.

HAMMER, M., & CHAMPY, J. (1994). *Reingeniería*. Santa Fe, Bogotá: Grupo Editorial Norma.

HERNÁNDEZ ALVAREZ, O. (2004). La Flexibilidad del Derecho del Trabajo. *Antología de Derecho Laboral*, p.227.

HUAYLUPO ALCÁZAR, J. A. (2003). La Constitución Social e Histórica del Cooperativismo en Costa Rica. *Unicoorp*, #1(2), 139.

IBARRA, A. (2004). *El nacimiento y el desarrollo del derecho*. Buenos Aires: Paidós.

JEFATURA DEL ESTADO. (1994). *Ley 11/1994*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

JURISPRUDENCIA LABORAL, Resolución 1999-00337 (Sala Segunda de la Corte 3, 14horas 10 minutos de Diciembre de 1999,).

JURISPRUDENCIA LABORAL, Resolución 0137 (Sala Segunda de la Corte trece, 8horas diez minutos de Febrero de 2009).

JURISPRUDENCIA LABORAL, RESOLUCIÓN No. 162 (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia 20, 9:50 horas de Febrero de 2009).

JURISPRUDENCIA LABORAL, Resolución 2018-000141 (Sala Segunda de la Corte Suprema 24, 9horas 35minutos de Enero de 2018).

JURISPRUDENCIA LABORAL DE COLOMBIA,, 20 Marzo de 2013 (Sala de Casación Laboral 20 de Marzo de 2013).

JURISPRUDENCIA LABORAL RESOLUCIÓN 2017-001226, Exp: 12-001200-1178-LA (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia 18, 13:30 horas de Agosto de 2017).

JURISPRUDENCIA LABORAL RESOLUCIÓN: 2015-001117, 12-300030-0927LA (Sala Segunda 7, 10:45 horas de Octubre de 2015).

JURISPRUDENCIA LABORAL SENTENCIA 00889, Expediente: 04-002453-0166-LA (Sala Segunda de la Corte. 9, 09:25:00 a.m de Agosto de 2013).

JURISPRUDENCIA LABORAL SENTENCIA 01143, Expediente: 09-000271-0166-LA (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia 14 de 10 de 2013).

JURISPRUDENCIA LABORAL SENTENCIA 01193, Expediente: 10-000534-0505-LA (Sala Segunda de la Corte 18. 9:20 am de Octubre de 2013).

JURISPRUDENCIA LABORAL SENTENCIA 389, Expediente: 05-300364-0468-LA. (Sala Segunda 25, 10:45 de Abril de 2012).

JURISPRUDENCIA LABORAL SENTENCIA 967, Expediente: 08-300095-0389-LA. (Sala Segunda Corte Suprema de Justicia 9, 9:38 horas de Abril de 2010).

JURISPRUDENCIA LABORAL,, RESOLUCIÓN N° 162 (Sala Segunda, Corte Suprema de Justicia 20, 9:50 horas de Febrero de 2009).

JURISPRUDENCIA LABORAL,, Expediente: 08-002543-0166-LA, Sentencia: 01188 (Sala Segunda de la Corte 21 9:40 de 12 de 2012).

JURISPRUDENCIA LABORAL,, Expediente: 08-000865-0166-LA, Sentencia: 01099 (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia 25, 9:55am de Setiembre de 2013).

JURISPRUDENCIA SALA SEGUNDA. (s.f.). *Jurisprudencias*. Obtenido de <https://pjenlinea.poder-judicial.go.cr/IndiceTematico/frmPrincipal.aspx?Tipo=JT&CodigoOficina=5&NombreOficina=+SALA+SEGUNDA+CORTE+SUPREMA+DE+JUSTICIA+>

LA GACETA, I. N. (30 de Octubre de 1891). Caja de Ahorros de Puntarenas. (252). San José.

MAGNET. (31 de Mayo de 2017). *Magnet*. Obtenido de <https://magnet.xataka.com/en-diez-minutos/lo-que-hay-detras-de-la-multa-a-zara-por-trabajo-esclavo-en-brasil-y-el-baile-de-titulares-en-prensa>

MANRIQUE NIETO, Carlos Eduardo; GÓMEZ ESTRADA, César y MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón Eduardo, Arbitros en Laudo Arbitral (Tribunal Arbitral de Santa Fé de Bogotá 13 de Julio de 1999).

MARTTÍ VALVERDE, A. (1991). *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo* (Vol. Vol. 2). Madrid: Editorial Técnos.

NACIONES UNIDAS. (2007). *Manual de las instituciones sin fines de lucro en el Sistema de Cuentas Nacionales*. New York: Editorial Naciones Unidas.

ODIORNE, G. (1977). *Administración por objetivos*. México: Editorial Limusa.

OFICINA EFICIENTE. (1997). Lo mejor de Ambos Mundos. *Oficina Eficiente*(N. 77), p. 37.

OIT. (6 de Junio de 2017). *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de <http://www.ilo.org/global/topics/wages/lang--es/index.htm>

OIT. (5 de 8 de 2017). *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de Salarios: <http://www.ilo.org/global/topics/wages/lang--es/index.htm>

OLEA, M. A. (2008). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Civitas, edición vigésimo quinta, 2008, p. 124.

OSPINA FERNÁNDEZ, G. (1994). *Régimen General de las Obligaciones*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis.

PALOMEQUE LÓPEZ M., C. (1995). *Derecho del trabajo e ideología*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.

PALOMEQUE LÓPEZ M., C. (1995). *Derecho del trabajo e ideología*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.

PALOMEQUE LÓPEZ, C. (1995). *Derecho del Trabajo e Ideología*. Madrid: Editorial Tecnos.

PÉREZ CÁCERES, J. R. (1996). Outsourcing una alternativa de expansión. *Revista del Instituto Peruano de Administración de Empresas*, p. 42.

PÉREZ GARCIA, M., & ARAGÓN DE PÉREZ, V. (1999). *Flexibilización Laboral y Outsourcing*. Santa Fe de Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.

PETIT, E. (1978). *Tratado Elemental de Derecho Romano* (9° Edición ed.). Buenos Aires: Abogados Asociados Editores.

PLÁ RODRIGUEZ, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

PROCURADURÍA GENERAL de la REPÚBLICA. (s.f.). *SINALEVI*. Obtenido de [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=106996&nValor5=24202&strTipM=FA](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=106996&nValor5=24202&strTipM=FA)

RAZO DELGUÉ, J. (2000). *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización Laboral y Derecho del Trabajo*. Montevideo: Fundación de la Cultura Universitaria.

Revista Clase Empresarial. (15 de Setiembre de 1994). Outsourcing hacia adentro. *Revista Clase Empresarial*.

Revista Dinero. (31 de Mayo de 1998). Outsourcing para todos. *Revista Dinero*, p. 158.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., & FERRER, B. (1999). *Trabajo Subordinado y Trabajo Autónomo en la Delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos.

ROTHERY, B., & ROBERTSON, I. (1997). *Outsourcing, La Subcontratación*. México: Editorial Limusa.

SANGUINETI, W. (1994). Discurso de la crisis y las transformaciones del derecho del trabajo, Un balance de la reforma laboral. *Revista de Derecho laboral y Trabajo Social*, p. 38.

SCHENEIDER, B. (2004). *Outsourcing*. Cali: Grupo Editorial Norma.

TAYLOR, F. (1979). *Principios de la administración científica*. París. Unesco. 1979, p. 11. París: UNESCO.

TINOCO GRANADOS, F. (29 de Julio de 1918). Decreto N° 038. *DECRETO EJECUTIVO*.

TUPE. (s.f.). *Transfer of Underkatings (Protección del empleo)*.

URIBE GRAZÓN, C. (1994). *De trabajadores a empresarios, Cooperativas de Trabajo Asociado para el siglo XXI*. Santa Fé de Bogota: Editorial Presencia.