

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martin Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

El poder del empleador como elemento distintivo de la relación laboral

Oscar ZAVALA GAMBOA*

RESUMEN: Ante los escenarios complejos del mercado laboral queda al margen la visión tradicional del derecho del trabajo que tiene como eje fundamental para configurar la existencia de una relación laboral a la subordinación, misma que se encuentra en un importante predicamento que, en opinión del autor, hace pensar en la necesidad de reformular su carácter de elemento distintivo de la relación de trabajo y considerar el poder del empleador como nuevo elemento para tal determinación.

Palabras clave: Relación laboral; subordinación; poder del empleador.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La relación de trabajo y su cuestionamiento. 3. Nuevas relaciones de trabajo. 4. Poder del empleador y relación laboral. 5. A manera de conclusión. 6. Bibliografía.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Secretario técnico de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Agradezco las aportaciones de José Alfonso Aparicio Velázquez, asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en la realización de este trabajo, cuyos comentarios y disertaciones fueron importantes para las reflexiones que se presentan.

1. Introducción

En la actualidad es posible afirmar la existencia de un nuevo modelo de relaciones laborales, caracterizado – en materia de contratación individual – por una irreversible pérdida de los derechos laborales de los trabajadores, a consecuencia de una aparición paulatina de mecanismos y modalidades que provocan un escenario complejo para determinar un vínculo jurídico – laboral entre quien presta un trabajo y quien lo recibe.

El problema surge, por el nacimiento de las nuevas relaciones de trabajo y por la precariedad de las mismas¹, aunque también es cierto que en algunos casos estas relaciones han servido como una forma de fomentar y facilitar el acceso al empleo de ciertos grupos sociales que en otros momentos y circunstancias habían sido excluidos.

Estos escenarios complejos quedan al margen de la visión tradicional del derecho del trabajo que tiene como eje fundamental para configurar la existencia de una relación laboral a la subordinación, misma que se encuentra en un importante predicamento que hace pensar en la necesidad de reformular su carácter de elemento distintivo de la relación de trabajo para la imputación de derechos y obligaciones derivadas de la prestación de un servicio.

En el presente trabajo trataremos de aportar elementos a una discusión pendiente; es indudable que la noción de subordinación ya no es suficiente para determinar la existencia de una relación de trabajo, por la enorme cantidad de mecanismos para simular y encubrir relaciones laborales, y donde dicha noción no se logra configurar.

Por ese motivo, comenzaremos por cuestionar los elementos clásicos adoptados por el derecho del trabajo, hasta llegar a la propuesta que pretendemos plantear y poner en la mesa de discusión, sobre la idoneidad de analizar un vínculo jurídico-laboral desde la noción de poder del empleador.

2. La relación de trabajo y su cuestionamiento

La relación de trabajo, en cuanto a sus límites y características es objeto de las legislaciones nacionales y de algunas consideraciones internacionales como las proporcionadas en la Recomendación 198 de la Organización

¹ El trabajo precario – término sociológico – es característico en estas nuevas relaciones laborales, generando problemas por la incertidumbre y desprotección de los trabajadores en un entorno tan complicado como el actual.

Internacional del Trabajo; sin embargo y pese al diferente tratamiento que se le ha dado a esta noción en los distintos ordenamientos jurídicos, podemos afirmar que la concepción tradicional tiene matices más o menos uniformes que permiten identificar rasgos comunes.

Para la doctrina tiene una especial importancia el tratamiento dado al tema de la relación de trabajo, donde se ha formado toda una teoría en torno a ella que permite considerarla como la institución fundamental del derecho laboral, cuestión con la que coincidimos plenamente, pues es el origen de una serie de derechos y obligaciones entre trabajadores y empleadores.

A. Características

Al igual que los ordenamientos jurídicos, la doctrina es uniforme en el estudio de los elementos y características de la relación laboral, pues para el derecho del trabajo la existencia de éstos es deseable para la debida protección de los trabajadores, al encontrarse frente a una relación de trabajo “típica”. De igual forma, la doctrina también ha tratado de seguir de cerca la mutación que ha sufrido la relación de trabajo, buscando propuestas que impidan un menoscabo a las prerrogativas y que principalmente frenen la desaparición u ocultamiento de relaciones de trabajo, que son en la actualidad el gran problema expresado en la figura del fraude laboral que tanto se ha tratado de combatir en las diferentes legislaciones.

Para el maestro Mario de la Cueva – uno de los principales tratadistas sobre la teoría de la relación de trabajo – “la relación de trabajo es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la Declaración de derechos sociales, de la Ley del trabajo, de los convenios internacionales, de los contratos colectivos y contratos ley y de sus normas supletorias”².

La relación de trabajo viene a ser el referente de los derechos y obligaciones entre trabajador y empleador (fundamento de la acción del trabajador para el reclamo de sus prestaciones laborales); su existencia es fundamental en la aplicación de la normatividad laboral, pues recordemos que no importa la denominación dada a una prestación de servicios, sino las características de ésta reflejadas en sus elementos constitutivos.

A continuación señalaremos y explicaremos los dos elementos – que a nuestra consideración – caracterizaron a las relaciones de trabajo y que

² Cueva, M., *El nuevo derecho mexicano del trabajo: Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, Porrúa, México, 22ª edición, Tomo I, 2009, p. 187.

hoy en día son objeto de un importante cuestionamiento, al sufrir una transformación tal que ya no son la regla, pues sólo se refieren a la relación laboral “típica”; dejando de lado la adecuada regulación de los vínculos jurídico-laborales que no cumplen plenamente con esas características o cuyos elementos no son identificables; nos referimos a la parte subjetiva de la relación de trabajo (trabajador y empleador) y a lo que denominaremos parte material (subordinación).

a. El trabajador y el empleador

Los sujetos de la relación laboral son fundamentales en la configuración del vínculo de derechos y obligaciones generado entre estas dos personas. No podemos concebir la existencia de una relación de trabajo “típica” con la ausencia de alguno de estos dos elementos; pues aunque parece un asunto bastante lógico, la realidad es que precisamente se ha buscado el ocultamiento de dicho vínculo, mediante la omisión o eliminación de alguno de estos elementos que trae consigo la indeterminación de una relación laboral.

Podemos establecer un concepto “típico” de trabajador atendiendo a lo señalado por la doctrina y las legislaciones nacionales que contienen una conceptualización clásica³: trabajador es aquella persona física que presta un trabajo personal, subordinado y remunerado a otra persona física o moral denominada empleador, con las variantes especiales establecidas en la ley, y sin importar el grado de conocimientos técnicos o profesionales requeridos para la prestación del mismo.

Sobre la importancia de conceptualizar al “trabajador”, el profesor Carlos Reynoso Castillo considera que: “La importancia del concepto “trabajador” en el derecho del trabajo radica en que representa uno de los principales ejes a partir del cual se construye todo el complejo edificio de derechos y obligaciones en materia laboral; de ahí que el conocimiento teórico del concepto “trabajador” pero sobre todo la adecuada y necesaria identificación práctica del sujeto trabajador permite atribuirle un conjunto de prerrogativas en el mundo del trabajo. Por tanto, el término trabajador responde con precisión a la naturaleza propia del sujeto de la relación laboral, y el cual en la lógica de las normas laborales se presenta como un sujeto de imputación al cual se le atribuyen efectos legales concretos, como son, en este caso, un catálogo de derechos y obligaciones”⁴.

En ese sentido, resulta de suma importancia la “identificación del trabajador”, que será el hecho generador de todos los derechos y

³ Tal es el caso de la legislación mexicana.

⁴ Reynoso Castillo, C., *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2006, p. 33.

prerrogativas a favor de éste. Como lo señalamos anteriormente, el establecimiento de una clara distinción e identificación del trabajador se ha convertido en un verdadero reto para el derecho del trabajo, pues su identificación deberá estar sujeta y relacionada a la identificación misma del empleador.

Resulta interesante el debate que se generó en torno a los sinónimos que se le han dado al concepto de trabajador, tales como empleado, colaborador, obrero, jornalero, operario, etcétera; sin que hasta el momento las consideraciones hayan ido más allá; por ejemplo, se ha señalado que existe una diferencia entre los conceptos de trabajador y empleado que recae sobre el nivel económico de cada uno. Por otra parte, hay quienes sostienen que establecer una diferenciación es necesario para dotar al prestador del trabajo de un status diferenciado que le otorgue mejores condiciones laborales⁵. En lo que respecta a nuestra posición, consideramos que no es tan importante establecer una diferenciación entre tales conceptos, aunado a que varias legislaciones los utilizan de forma indistinta y el debate ha perdido actualidad.

Caso distinto con el tema de la clasificación de los trabajadores, la cual debe irse adecuando a las modalidades y al ámbito en el que se desarrolle la prestación del trabajo, atendiendo a la naturaleza y características propias de cada labor. En el caso mexicano, la Ley Federal del Trabajo LFT considera la regulación de los trabajadores de confianza que se encuentran sujetos a un régimen especial; también, en materia de seguridad social se establece una clasificación de trabajadores para diferenciar el ámbito en que desarrollan su actividad, por ejemplo la diferenciación establecida entre los trabajadores sujetos al régimen ordinario urbano y los del régimen de campo.

En el caso particular del empleador, cuyo término es ajeno a varias legislaciones nacionales como la mexicana que ha mantenido intacta la noción de “patrón” que tiene una naturaleza meramente jurídica, mientras que el de empleador ha sido utilizado por la OIT para referirse al término genérico aplicable en el entorno económico, político y social; resulta importante aclarar, que en la actualidad ambos conceptos son utilizados como sinónimos⁶.

⁵ *Idem*.

⁶ El maestro Néstor de Buen ha señalado que el concepto de “patrón” expresa una naturaleza clasista y paternal y, en cierto modo tiene un sentido peyorativo. Así pues, el mismo autor señala que todas las denominaciones dadas al “acreedor de trabajo” requieren de alguna crítica, pues en particular se refieren a ámbitos muy concretos. Véase: Buen Lozano, N., *Derecho del Trabajo*, México, 7ª edición, Tomo I, Porrúa, 1989, p. 476.

Es curioso, el hecho de que la figura del empleador en la actualidad asume diversas modalidades, que van desde lo simple y común de una relación bilateral, hasta figuras de alta complejidad de carácter triangular o multilateral, lo que en ocasiones desdibuja la responsabilidad empresarial⁷. En ese sentido, y siguiendo la concepción de la LFT, podemos considerar como empleador, a la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores; sin que de ninguna manera se entienda o suponga que existe un solo sujeto sobre el que recae la noción. Como podemos observar, es una noción simplista que en las modificaciones legislativas más recientes a la LFT, ni siquiera fue considerada, a pesar que la misma denota importantes limitaciones.

Por su parte, Néstor de Buen Lozano ha realizado una clasificación de empleadores, atendiendo a distintos criterios, entre los que se encuentran: la naturaleza jurídica, la actividad desarrollada, la extensión, el tratamiento jurisdiccional que reciben, la ubicación, el número de trabajadores que emplean y la finalidad que persiguen⁸, lo que resulta más completo como elemento de análisis para diferenciar distintas modalidades en que se da esa relación de poder del empleador respecto del trabajador.

Dicha clasificación –como bien deja ver el maestro De Buen- de ningún modo debe tenerse como limitativa, pues podemos ampliar la gama de criterios que atiendan a los entornos político, social y económico; además de considerar los criterios derivados de los nuevos contratos de trabajo, que se deben incorporar en dicha clasificación.

b. La subordinación

El concepto de subordinación, visto como rasgo distintivo y fundamental para la aplicación del derecho del trabajo, fue propuesto por Ludovico Barassi, en su libro *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, quien definió a la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador⁹.

Mario de la Cueva, al referirse a la subordinación señala que: “es una relación jurídica que descompone dos elementos: una facultad jurídica del patrono en virtud de la cual puede dictar lineamientos, instrucciones u órdenes que juzgue conveniente para la obtención de los fines de la empresa; y una obligación igualmente jurídica del trabajador de cumplir

⁷ Forero-Rodríguez, R., “Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social”, *El empleador*, en Buen Lozano, N., Morgado Valenzuela E., (Coords), UNAM-AIADTSS, México, 1997, p. 365.

⁸ Véase, *Ibidem*, pp. 279-280.

⁹ Ermida Uriarte, Ó., y Hernández Álvarez, Ó., “Crítica de la subordinación”, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IJ-UNAM, México, 2003, p. 272.

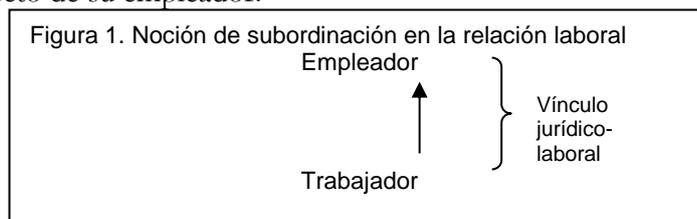
esas disposiciones en la prestación de su trabajo”¹⁰.

La existencia de esta subordinación jurídica es considerada como una respuesta a la necesidad de poder de mando que tiene el empresario como consecuencia de la asunción de la responsabilidad de la dirección de la empresa, y por lo tanto, de los actos que ésta realice¹¹.

Por otra parte, el deber del trabajador es la realización de las labores que le hayan sido encomendadas por su empleador, quien ejercita un poder de dirección sobre dichas actividades. Las tareas deben ser realizadas según la modalidad dispuesta por el empleador, sin perjuicio de las modalidades impuestas por una determinada técnica profesional, en el lugar y en el tiempo que éste establezca y según las necesidades inherentes a cada actividad¹².

Como bien señala el Maestro Mario de la Cueva, la subordinación implica un carácter dualista de facultades para el empleador y de obligaciones para el trabajador. Pero también la existencia de la subordinación implica la sujeción de dicha relación a la normatividad del derecho laboral, y por lo tanto la existencia de los derechos a favor de los trabajadores, y la obligación de los empleadores de respetar y cumplir con la legislación laboral.

Como podemos observar, desde la descripción misma de la noción de subordinación se analizan dos elementos importantes, sin embargo, el estudio de la relación laboral se ha centrado en lo que conceptualmente significa subordinación, entendida según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como sujeción a la orden, mando o dominio de alguien, es decir se analiza el vínculo jurídico-laboral desde una perspectiva vertical ascendente, donde el fundamento de los derechos de los trabajadores es consecuencia del deber de obediencia que tienen respecto de su empleador:



Debemos hacer hincapié en que la subordinación del trabajador es únicamente jurídica y relativa a la prestación del trabajo. No podemos

¹⁰ *Óp. cit.* Cueva, Mario de la., p. 203.

¹¹ Rivas, D., *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, reimpresión, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1999, p. 31.

¹² *Ibidem*, p. 38.

concebir o no deberíamos hacerlo, una subordinación o sumisión personal del trabajador hacia el empleador, situación que escaparía del vínculo jurídico-laboral y sería el justificante para regresar al abuso del que fueron objeto los trabajadores antes de la existencia del derecho del trabajo. No obstante, la noción de subordinación dentro de la concepción tradicional de relación laboral, se encamina a indicar una subordinación personal que va más allá de la prestación del servicio.

La subordinación es concebida como el elemento característico de toda relación de trabajo y es, sin lugar a dudas, el elemento que se encuentra en mayor predicamento ante las nuevas modalidades de contratación laboral, que al buscar poner entre paréntesis a la prestación de un servicio, han recurrido a técnicas de ocultamiento o simulación, representando un verdadero reto al momento de establecer derechos laborales, dejando ver la necesidad de evolución de esta noción¹³ ante el debilitamiento que tiene la visión clásica¹⁴.

B. Crisis de la relación de trabajo

La relación de trabajo “típica” se encuentra en serios predicamentos. Los elementos que la constituyen son objeto de un importante cuestionamiento sobre su propia existencia, sus límites y sus alcances. Así, la crisis de la relación de trabajo se traduce en una circunstancia que es aprovechada para menoscabar los derechos laborales, generando con ello un enorme perjuicio a los trabajadores que se ven sin el respaldo que debe proporcionar el derecho del trabajo, ya que se enfrenta a instituciones que le son desconocidas.

Los conceptos básicos y fundamentales del derecho del trabajo han dejado de ser suficientes para analizar las nuevas modalidades de relación laboral. Las nuevas organizaciones empresariales y los efectos de la globalización y la tecnología han cambiado las formas de trabajo, y con ello hacen necesario incluir en el lenguaje jurídico-laboral, nuevos sujetos que intervienen en la prestación del trabajo, para evitar la simulación y la evasión que se están convirtiendo en una práctica; incluso se ha llegado al extremo de que un trabajador no sabe para quién presta sus servicios.

El vínculo de subordinación, como lo señalamos anteriormente, es objeto de un cuestionamiento tal, que se ha hecho imposible la determinación de su existencia en varias relaciones de trabajo. Lo anterior parece bastante contradictorio, cuando hemos referido que la subordinación es el

¹³ Supiot, A., (Coord.), “Au-delà de l’emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe”, *Informe para la Comisión Europea*, Flammarion, París, Francia, 1999, p. 36.

¹⁴ Reynoso Castillo, C., *Los contratos de trabajo*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2011, pp. 72-75

elemento característico de la relación laboral. En la actualidad, este enfoque se encuentra bajo tantos predicamentos que ya no es posible determinar con exactitud si ésta existe o no durante la prestación de un servicio, por lo que la subordinación como elemento característico de la relación laboral, es objeto de fuertes críticas.

La noción de subordinación, tal y como la conocemos en la actualidad, es una figura que no ha sido claramente discernida por la doctrina, por ejemplo, todavía se discuten los nexos de subordinación tratándose de trabajadores independientes¹⁵. En ese sentido, hemos tenido la emergencia de nuevos conceptos que son la máxima expresión del cuestionamiento que se comenta¹⁶.

Así, hablar de la crisis actual de la subordinación, es en gran medida referirnos a la crisis misma del derecho laboral, que hoy se ve cuestionado desde diversos ángulos como la economía neoliberal, la política, las pautas culturales posmodernas e individualistas, entre otros factores¹⁷.

Han nacido “nuevas relaciones de trabajo” tan distantes y tan complicadas, que parecen ajenas al concepto clásico de relación laboral y que de ninguna manera se ajustan al esquema clásico que hemos ilustrado en la figura 1. Las legislaciones nacionales e internacionales, así como la doctrina, han buscado por todos los medios posibles la regulación de estas modalidades emergentes, con miras en la debida protección de los trabajadores.

Debemos entender que las características con las que el derecho del trabajo nació, hoy en día se encuentran en declive, ya que la noción clásica de relación de trabajo busca la aplicación de esta disciplina jurídica, en los casos en que existe una subordinación estricta, debiéndose ampliar esta consideración a los casos en que la figura contractual ofrece escenarios confusos¹⁸.

3. Las nuevas relaciones de trabajo

Al hablar de “nuevas relaciones de trabajo”, nos referimos a un fenómeno caracterizado por la transformación en la forma en que se genera el

¹⁵ *Infra*.

¹⁶ Sánchez-Castañeda, Alfredo, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, UNAM, México, 2006, p. 29

¹⁷ Ermida Uriarte, Ó., y Hernández Álvarez, Ó., *Òp. cit.*, p. 277.

¹⁸ Supiot, A., (Coord.), “Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe”, *Informe para la Comisión Europea*, Flammarion, París, Francia, 1999, p. 52.

vínculo jurídico-laboral y que dista mucho de la manera “original” en que éste se expresaba. En dicho proceso de transformación, el derecho del trabajo no ha mostrado el entendimiento necesario, pues estas nuevas relaciones laborales tienen la tendencia hacia la deslaboralización, provocando que esta disciplina no encuentre su campo de aplicación aunque deba tenerlo.

Como bien señala la profesora Patricia Kurczyn Villalobos, en materia de reclutamiento de personal, “debemos entender que los sistemas de reclutamiento de trabajadores se han diversificado. Hoy en día es fácil encontrar en los servidores de la Internet un sinnúmero de propuestas para trabajar. En estas formas se plantea un buen número de simulaciones contractuales con la intención de desplazar la legislación laboral e imponer otras normas con la intención de igualar al trabajador con el empleador, circunstancia injusta desde cualquier óptica. También existe la tendencia a crear “la independencia” del trabajador liberando al empleador de toda responsabilidad”¹⁹.

El desarrollo económico de las sociedades no se da abatiendo los costos de la producción en los factores que parezca más fácil. Cuando la competencia se da en esos términos, y no en los de la productividad, el sistema económico está condenado al fracaso, pues en algún momento, los costos sociales aparecerán y cobrarán la factura de tales actos. Este fenómeno trasciende las fronteras, produciendo lo que Adrián Goldín – citado por Mario Pasco Cosmópolis- ha llamado “el Campeonato Mundial por el abatimiento de las condiciones de trabajo”²⁰.

Las anteriores aseveraciones se ven reflejadas en la existencia de diversas y muy variadas formas en que la relación de trabajo ha cambiado. A continuación, haremos referencia a dos supuestos en los que podemos determinar la ineficacia de la noción de subordinación actual para determinar la existencia de una relación de trabajo entre quien presta un servicio y quien lo recibe.

A. Relaciones de trabajo triangulares²¹

La relación de trabajo cuando se desarrolla en términos normales va a

¹⁹ Kurczyn Villalobos, P., “Trabajos especiales”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (Coord.), *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social en América*, UNAM, México, 2006, p. 342.

²⁰ Pasco Cosmópolis, M., “Contratos de trabajo, economía informal y empresas de mano de obra”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (Coord.), *Decimocuarto encuentro Iberoamericano de derecho del trabajo*, UNAM, México, 2006, p. 84.

²¹ Véase: Kurczyn Villalobos, P., y Zavala Gamboa, O., “Las relaciones triangulares de trabajo. Problemas jurídicos para su determinación”, *Revista Trabajo, Organización Internacional del Trabajo-México*, 2012, pp. 45-68.

considerar la existencia de sólo dos sujetos: el empleador y el trabajador, estando éstos plenamente identificados. Sin embargo, cuando nos encontramos con situaciones más complejas van a intervenir terceros actores y surge lo que podría llamarse una relación “triangular”²².

Las relaciones de trabajo triangulares surgen bajo el argumento de modernizar a la organización del trabajo; permitiendo que las empresas se dediquen exclusivamente a su tarea “primaria”, dejando de lado las actividades “secundarias” o “complementarias”, para empresas cuya actividad sea precisamente la prestación de dicho servicio.

Así, factores como la flexibilidad de la organización productiva y de la fuerza de trabajo han permitido responder de manera más adecuada a las variaciones cuantitativas y cualitativas de la demanda, ajustando o en muchos casos “moldeando” el volumen y las calificaciones de la fuerza de trabajo para bajar los costos, con el propósito ya fuera de conservar sus partes de mercado frente a la competencia, captar mayores proporciones del mismo o penetrar en nuevos mercados²³.

En un plano de competitividad y productividad, las relaciones triangulares de trabajo han permitido a varias empresas mantenerse en el mercado a un alto nivel. Esta situación es aplaudida por la administración y gestión empresarial, pero ha significado un reto para el derecho del trabajo, pues en la mayoría de los casos los derechos laborales aparecen como un lastre para dichos conceptos económicos; y evidentemente los empresarios han preferido las condiciones empresariales que la aplicación de la normatividad laboral.

Diversas son las formas en que se han manifestado las relaciones de trabajo triangulares como descentralización, tercerización, externalización y por supuesto el outsourcing. Todas estas formas han sido maneras diferentes de denominar al mismo fenómeno, pues cada una con algún rasgo distintivo han llegado a los mismos fines y con las mismas intenciones, siendo el outsourcing el denominador más común, por referirse a una organización empresarial.

Desde el punto de vista de la teoría organizacional se ha sostenido que el outsourcing consiste en contratar y delegar a un proveedor, más especializado y a largo plazo, uno o más procesos no críticos, para conseguir una mayor eficiencia, pero la función que no se explicita es que esta forma de organización podría permitir la evasión de responsabilidades

²² Oficina Internacional del Trabajo, “El ámbito de la relación de trabajo”, OIT, Ginebra, Suiza, 2003, p. 43.

²³ Garza Toledo, E., de la y Neffa, J. C., (Comps.), *Trabajo y modelos productivos en América Latina*. Argentina, Brasil, Colombia, México y Venezuela luego de la crisis del modelo de desarrollo neoliberal, CLACSO, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 33.

con los trabajadores que realizan dichas actividades, y que hasta el momento son sólo algunos recursos normativos los que han regulado adecuadamente esta situación²⁴.

Así pues, la triangulación en las relaciones laborales, vía outsourcing, representa una actividad que busca evadir las relaciones laborales directas, para dar paso a una ambigüedad tal en la relación de trabajo que deja en el desamparo total a los trabajadores, por no existir una regulación adecuada de esta situación, o por no aplicarse ésta correctamente.

También es cierto, y como lo hemos mencionado anteriormente, que la triangulación en las relaciones laborales, representa una forma novedosa de organización productiva, pero ninguna circunstancia justifica la aplicación mínima de la normatividad laboral que puede representar una falta de generación de derechos. Esta estrategia de organización debe y puede beneficiar a todos los involucrados; el asunto es dejar de lado los intereses meramente empresariales y tener una visión general que permita ver a este fenómeno como una herramienta de desarrollo y no como el justificante para reducir gastos en la mano de obra. La organización productiva es y seguirá evolucionando, lo importante es la forma en que la aprovechemos.

Para hablar de triangulación de las relaciones laborales, como una forma de organización empresarial y no como una herramienta para disminuir los derechos de los trabajadores, debemos apuntar a conocer y analizar qué tan secundaria es la actividad para la cual se está descentralizando el servicio. En ese sentido, cuando nos encontramos con la triangulación de la relación de trabajo, en actividades directamente relacionadas con los fines de la empresa, estamos en presencia de un ejercicio abusivo de esta figura que necesita ser regulado.

Como se mencionó al inicio de este apartado, la triangulación de las relaciones laborales genera preguntas en los trabajadores sujetos a esta modalidad. Por lo menos en México, debemos incorporar al lenguaje jurídico laboral los conceptos de subcontratante, trabajador subcontratado, etcétera; para tener una regulación adecuada que impida el menoscabo o la evasión de los derechos laborales, por no identificar quién es el beneficiario y quién el obligado de éstos.

Siguiendo estas ideas, algunas legislaciones y algunos estudios de la OIT, otorgan a las empresas (suministradora y beneficiaria) el carácter de “responsables solidarios”²⁵ respecto a las obligaciones con el trabajador.

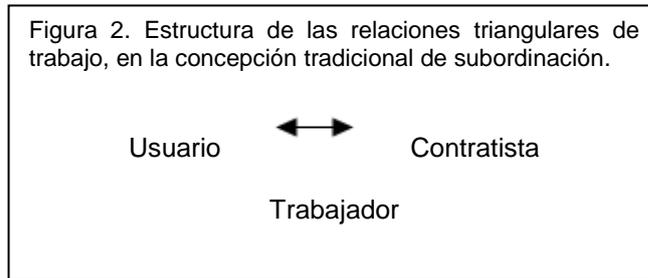
²⁴ Lañas Junco, S., y Bouzas Ortiz, A., “El trabajo desde el punto de vista de la organización”, en Bouzas Ortiz, Alfonso (Coord.), *Perspectivas del trabajo en México*, UNAM, México, 2010, p. 258.

²⁵ Por ejemplo, en el caso mexicano se ha considerado la “responsabilidad solidaria”

El avance es importante, pero debemos progresar todavía más, pues la solución no es simplemente la denominación, sino la aplicación efectiva de tales reglas.

La determinación de la identidad del empleador y otras partes posibles en las relaciones de trabajo “triangulares”, de los derechos del trabajador y de las personas responsables del cumplimiento de esos derechos, plantea cuestiones jurídicas difíciles de resolver. Sin embargo, el mayor reto estriba en lograr que los trabajadores abarcados en tal relación gocen de las condiciones de trabajo previstas en la ley para los trabajadores sujetos a una relación puramente bilateral o típica, sin que esta circunstancia represente un obstáculo a las iniciativas de modernidad organizacional en los sectores público y privado. Como lo mencionamos anteriormente, este tipo de organización puede traer beneficios a todos²⁶.

En términos más concretos, podemos ubicar el problema, al señalar que “las relaciones laborales triangulares se refieren a aquellas relaciones en que comparecen en una misma situación jurídica tres partes: dos empresas que se vinculan para la prestación de servicios comerciales entre ambas, y el trabajador que en la prestación de servicios subordinados queda posicionado entre ambas”²⁷.



Precisamente ese posicionamiento “entre ambas”, es el reto de regulación para el derecho del trabajo, que hasta el momento en el tratamiento ha dado una respuesta aceptable, pero que en la aplicación merece algunas consideraciones. El deber de obediencia está muy bien determinado, la gran pregunta que es objeto de la discusión en torno a la laboralización de las relaciones triangulares de trabajo, es la determinación (imputación) de las obligaciones de cada una de las partes en esta modalidad.

B. Trabajo autónomo económicamente dependiente o parasubordinado

respecto de las obligaciones con los trabajadores en materia de seguridad social (artículo 15-A de la Ley del Seguro Social).

²⁶ Oficina Internacional del Trabajo, *Op. Cit.*, p. 58.

²⁷ Ugarte, J. L., “Relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores en la nueva ley chilena”, en *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, núm. 30, Brasil, 2007, p. 121.

Al hablar del trabajo autónomo económicamente dependiente o parasubordinado, nos referimos a una modalidad novedosa de relación de trabajo que en Europa ha tenido un auge importante en los últimos años y es objeto de consideraciones nacionales e internacionales. En este sentido, y por las características del tema, resulta necesaria la realización de algunos comentarios sobre la diferencia entre el trabajo meramente independiente y el trabajo subordinado.

Podemos decir que “el que trabaja de forma independiente se distingue del que ejerce su actividad bajo la dependencia de un tercero. No obstante, esta simplicidad aparente no consigue ocultar el hecho de que el trabajo independiente o autónomo comprende una gran diversidad de situaciones a nivel tanto social como económico que no pueden, sin duda, ser todas tratadas del mismo modo”²⁸.

Así pues, la relación de servicios será laboral cuando se caracterice por la existencia de una relación de subordinación entre los contratantes, es decir, por una falta de autonomía del trabajador en la ejecución del trabajo, de suerte que la organización del trabajo y la propia ejecución del mismo se encuentre sometida a las órdenes e instrucciones del empleador, a cuyo control y supervisión se halla sometido, estando el trabajador obligado a realizar la actividad, bajo las características que su empleador le indique²⁹.

A ese respecto, hemos hecho bastante referencia cuando analizamos las características de la relación de trabajo “típica”, mediante la cual un trabajador subordinado desempeña su actividad bajo la dirección y órdenes de su empleador, por lo que no cuenta con libertad e independencia respecto a la organización y desarrollo del trabajo, a menos que esa sea una de sus funciones encomendadas, pero siempre estará ante la facultad directiva de su empleador, y a éste le deberá obediencia en las decisiones de gestión empresarial, por ser el propietario de los materiales de trabajo y responsable de la labor de su operario.

El trabajador autónomo se caracteriza por realizar su función sin recibir órdenes o instrucciones por parte de algún empleador. Así, los resultados del trabajo son responsabilidad directa del trabajador independiente, por lo que no existe ningún vínculo de subordinación, ni sujeción a condiciones de trabajo impuestas. Este trabajo se sujeta a lo dispuesto por

²⁸ Comité Económico y Social Europeo, Dictamen: “Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente”, Bruselas, Bélgica, 29 de abril de 2010, p. 4.

²⁹ Martínez Barroso, M. de los R., “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de ley del estatuto del trabajo autónomo”, en *Anuario da facultade de dereito da universidade da Coruña*, Coruña, España, N. 11, 2007, p. 454.

la legislación civil, pues las partes se encuentran en un plano de igualdad y de libertad al momento de contratar, por lo que éstas son responsables de establecer las condiciones en que se desarrollará la actividad y las consecuencias del incumplimiento.

Por ello, cuando la prestación del servicio por parte del trabajador autónomo adquiere continuidad o se presta de forma reiterada a un mismo cliente, se van a generar diferentes cuestiones sobre la temporalidad de la relación emprendida, así como a la posibilidad o no de atender al mismo tiempo a otros clientes. Todo esto adquiere importancia cuando ese tipo de servicios se prestan en términos de que el trabajador autónomo adquiere cierta dependencia de pertenecer a esa organización empresarial³⁰ y por lo tanto su plena “autonomía” se ve viciada.

Al tenor de esas consideraciones y como respuesta a cuestiones de identificación de un vínculo laboral, surge lo que se denomina trabajo autónomo económicamente dependiente o parasubordinado, como una modalidad “híbrida” entre el trabajo independiente y la dependencia económica que pueda tener un trabajador de esta naturaleza respecto de un “cliente”.

En España, la Ley 20/2007 del Estatuto del trabajo autónomo (ETA), define como trabajador autónomo económicamente dependiente a: “aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales” (Artículo 11.1).

La misma ley señala que el trabajador autónomo económicamente dependiente deberá estar sujeto a un contrato que siempre será por escrito, donde se establezca la dependencia económica, la cual sólo se podrá manifestar respecto de un solo cliente (Artículo 12 ETA).

En Italia se ha regulado el mismo fenómeno, con sus propias características y peculiaridades, que ha sido denominado como “parasubordinación” (paralavoro o lavoro parasubordinato). El Código de Procedimientos Civiles señala las normas que deberán observarse en las controversias laborales derivadas de: “las relaciones de agencia, de representación comercial y de otras relaciones de colaboración que se desarrollan con la prestación de un trabajo continuo y coordinado, de manera prevalentemente personal, pero sin tener la característica de la subordinación” (Artículo 409.3). Sin embargo, los alcances de dicha

³⁰ *Ibidem*, p. 455.

determinación, son todavía muy limitados, pues sólo proveen al trabajador parasubordinado de herramientas procesales para ejercitar su acción ante los tribunales competentes en materia laboral, en contra de su cliente.

Conviene aclarar que la doctrina y la jurisprudencia italiana predominantes no ven a la parasubordinación como un sustitutivo de la subordinación, para justificar la aplicación del derecho del trabajo en cierta prestación de servicios, sino como factor propio de ciertas categorías de trabajo autónomo que necesitan la tutela de dicha disciplina por ser prevalentemente personales, continuadas y coordinadas por la empresa, y en donde se evidencia una debilidad contractual por parte de quien presta un trabajo³¹.

“Las reflexiones relativas al trabajo autónomo económicamente dependiente responden al deseo de comprender mejor las evoluciones del trabajo autónomo independiente, que, bajo el efecto de profundos cambios tanto económicos como sociales, ha evolucionado más allá de las formas tradicionales de trabajo autónomo reconocidas desde hace tiempo en los países de la Unión Europea. El reconocimiento jurídico de una nueva categoría de trabajadores, intermedia entre la del asalariado, por una parte, y la del trabajador autónomo, por otra, no existe más que en algunos Estados europeos³². El objetivo general de las legislaciones nacionales existentes es contribuir a una mejor protección de determinadas categorías de trabajadores sin que tengan por ello que ser asimilados a los asalariados³³”.

Como hemos podido percibir, estamos en presencia de una semi-independencia que se ve reflejada en el terreno del trabajo autónomo y que demuestra la necesidad de ampliar o alargar la noción de subordinación, para incluir actividades, aparentemente autónomas, a la regulación del derecho laboral, logrando una protección adecuada de los trabajadores³⁴.

El reto, hablando del trabajo autónomo económicamente dependiente, va más allá de la protección de los trabajadores y la garantía procesal para la defensa de sus derechos; pues éste se refiere más bien, a la correcta aplicación que debe hacerse de este concepto. El tratamiento jurídico y la

³¹ Ermida Uriarte, Ó., y Hernández Álvarez, Ó., “Crítica de la subordinación”, en Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos, (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IJ-UNAM, México, 2003, p. 290.

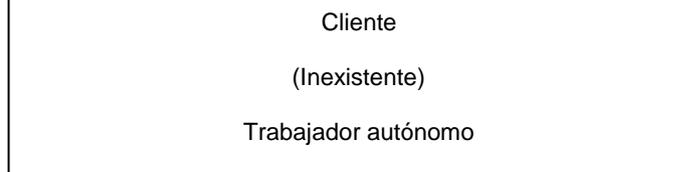
³² Al respecto podemos señalar que existe un tratamiento jurídico de este tema en: Alemania, Austria, España, Italia, Países Bajos, Portugal y el Reino Unido.

³³ Comité Económico y Social Europeo, *Op. Cit.*, p. 1.

³⁴ Supiot, A., (Coord.), *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, *Op. Cit.*, pp. 27-36.

delgada línea que separa al trabajo autónomo del trabajo parasubordinado, sin lugar a dudas es un aspecto que merece mayores consideraciones, para lograr una protección plena y adecuada de los trabajadores. El derecho del trabajo no debe perder de vista esta situación, esa es su tarea.

Figura 3. Noción de subordinación en el trabajo autónomo económicamente dependiente



4. Poder del empleador y relación laboral

La legislación y doctrina francesas han clasificado los poderes otorgados al empleador³⁵ de la siguiente manera: Poder de dirección, que le permite al empleador tomar decisiones tanto de gestión de la empresa como de la administración de los recursos humanos; Poder reglamentario, que faculta al empleador para establecer reglamentos interiores de trabajo de forma unilateral; y el Poder disciplinario, que posibilita al empleador para sancionar a los trabajadores cuyo comportamiento sea inadecuado o contravenga las disposiciones legales o de los reglamentos interiores de trabajo.

Dichos poderes son el resultado del vínculo de subordinación que hay entre los sujetos de la relación laboral, que de ninguna manera sobrepasan los límites de la subordinación jurídica; por la tanto su aplicación de forma regulada, resulta interesante, ya que proporcionan una óptica distinta para abordar el tema de la subordinación en primer plano y en segundo lugar, el de la relación laboral.

Esta potestad del empleador encuentra su máxima expresión en el *ius variandi* que le es una facultad exclusiva derivada de su poder de dirección³⁶. Si bien es cierto, no es una potestad absoluta, sí ejemplifica la naturaleza y funciones del empleador dentro de una relación laboral.

La noción de poder también es factible de críticas y análisis, por ejemplo bajo la concepción de Emmanuel Dockès³⁷ las potestades del empleador

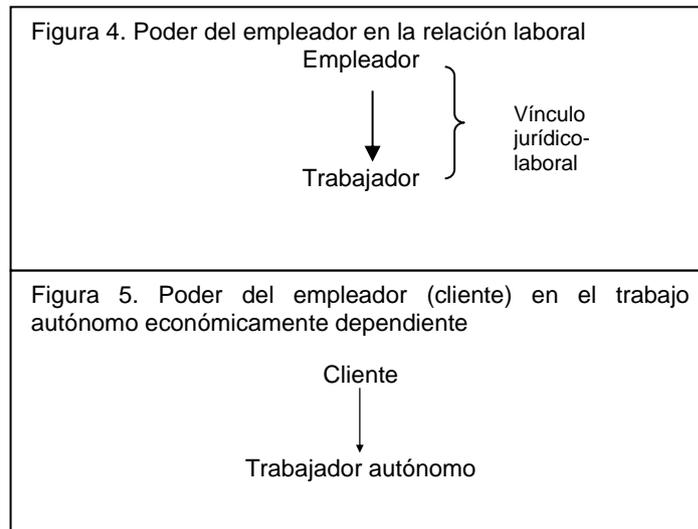
³⁵ Véase: Fabre, A., “Le régime du pouvoir de l'employeur”, LGDJ, Francia, 2010.

³⁶ Hernández Rueda, L., “Poder de dirección del empleador”, Buen Lozano, Néstor de y Emilio Morgado Valenzuela (Coords), *Op. Cit.*, p. 410.

³⁷ Dockès, E., “De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur”, en

pueden ser de derecho o de hecho. Tradicionalmente ambas concepciones tienen como punto de contacto la funcionalidad y el ámbito de la relación de trabajo. Sin embargo, Dockès considera que el contrato de trabajo tiene prevalencia sobre los poderes del empleador, situación con la que no coincidimos, ya que precisamente esa afirmación se encuadra en la noción tradicional de relación laboral, cuando hemos comentado a lo largo de este trabajo sobre la inexactitud de tal principio en el escenario actual.

En ese sentido, afirmamos que la noción de relación laboral desde la perspectiva de los poderes del empleador (vertical descendente) es más adecuada en el escenario actual. Cada vez es más complicado configurar el vínculo jurídico-laboral entre quien presta un servicio y quien lo recibe, aunado a las relaciones que originalmente no son laborales, como el caso del trabajo autónomo.



5. A manera de conclusión

Más que una conclusión, lo que se pretende presentar es una propuesta que busca ajustarse al mercado de trabajo actual donde las relaciones laborales son más complejas y en muchos casos su propia existencia es difícil de identificar.

Desde nuestra perspectiva, el poder del empleador es más apropiado para determinar la existencia de una relación de trabajo, frente a la

Arseguel, A., *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, Francia, 2004.

subordinación que ante su cuestionamiento ha perdido efectividad y en relaciones laborales complejas como la subcontratación, el encubrimiento de relaciones de trabajo, el teletrabajo, y otras modalidades contractuales donde la frontera entre el derecho civil y laboral es más delgada.

En ese sentido, y como afirma Alain Supiot, el desarrollo del derecho social debe considerar una configuración de la institución del contrato de trabajo³⁸ y por ende de la noción misma de relación laboral, que más que ajustarse a la actualidad, debe reconfigurar sus elementos constitutivos para corresponder a la función del derecho del trabajo, como equilibrio de los factores de la producción.

6. Bibliografía

- Arseguel, A., *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, Francia, 2004.
- Bouzas Ortiz, A., (Coord.), *Perspectivas del trabajo en México*, UNAM, México, 2010.
- Buen Lozano, N., y Morgado Valenzuela, E., (Coords), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, UNAM-AIADTSS, México, 1997.
- Buen Lozano, N., y Morgado Valenzuela, E., *Derecho del Trabajo*, Tomo I., 7ª ed., Porrúa, México, 1989.
- Cueva, M., *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Tomo I. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales, 22ª ed., Porrúa, México, 2009.
- Fabre, A., *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, Francia, 2010.
- Garza Toledo, E., y Neffa, J.C., (Comps.), *Trabajo y modelos productivos en América Latina. Argentina, Brasil, Colombia, México y Venezuela luego de la crisis del modelo de desarrollo neoliberal*, CLACSO, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- Kurczyn Villalobos, P., (Coord.), *Decimocuarto encuentro Iberoamericano de derecho del trabajo*, UNAM, México, 2006.
- Kurczyn Villalobos, P., (Coord.), *Evolución y tendencias recientes del derecho del trabajo y de la seguridad social en América*, UNAM, México, 2006.
- Kurczyn Villalobos, P. y Zavala Gamboa, O., “Las relaciones triangulares de trabajo. Problemas jurídicos para su determinación”, *Revista Trabajo, Organización Internacional del Trabajo-México*, 2012, pp. 45-68.
- Kurczyn Villalobos, P., Zavala Gamboa, O. y Puig Hernández, C., (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, IIJ-UNAM, México, 2003.

³⁸ Supiot, A., “Critique du droit du travail”, 2a ed., *Quadrige-puf*, Francia, 2011.

- Martínez Barroso, M., “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de ley del estatuto del trabajo autónomo”, *Anuario da facultade de dereito da universidade da Coruña*, Coruña, España, n. 11, 2007.
- Reynoso Castillo, C., *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2006.
- Reynoso Castillo, C., *Los contratos de trabajo*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2011.
- Rivas, D., *La subordinación, Criterio distintivo del contrato de trabajo*, reimpresión, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1999.
- Sánchez-Castañeda, A., *Las transformaciones del derecho del trabajo*, UNAM, México, 2006.
- Supiot, A., (Coord.), *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Informe para la Comisión Europea, Flammarion, París, Francia, 1999.
- Supiot, A., *Critique du droit du travail*, 2a ed., Quadrige-puf, Francia, 2011.

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo,



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo