

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

**EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO POR HOSTIGAMIENTO
SEXUAL CUANDO INVOLUCRA A SUJETOS VINCULADOS A
EMPRESAS DEL SECTOR PRIVADO MEDIANTE FORMAS DE
CONTRATACIÓN NO LABORAL**

Tesis de grado para optar por el título de

Licenciatura en Derecho

Adriana Valverde Camacho

Carné N° A25215

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

San José – 2010

“La no violencia no es una virtud monacal orientada a procurar la paz interna y a garantizar la salvación individual, sino una norma de conducta necesaria para vivir en sociedad, pues garantiza el respeto a la dignidad humana y permite que progrese la causa de la paz, sobre la base de los anhelos más fervorosos de la humanidad”

Gandhi

Agradecimientos

Mi primer agradecimiento va para estos dos que ya no están conmigo, por su amor incondicional desde el primer momento en que me vieron nacer y que sé lo hubieran dado todo para compartir este logro a mi lado: abuelita Eida y Carlos.

El segundo, para aquellos que aún me rodean y tengo la suerte de tener a mi lado: a mi abuelita, mis tíos, mis primos y sus bellos hijos, que le ponen la sonrisa a mi existencia. En especial a Ricard, por siempre asumir los retos con ganas, positivismo y por ser un orgullo para todos nosotros.

El tercero, para la familia BDS, a quienes tuve la bendición que me escogieran. A Marco, porque desde el primer momento me has motivado a recorrer el mejor camino, con toda la guía y cariño que has podido darme y gracias a eso, BDS es donde siempre quise y quiero estar. A la familia Obando Corella, sin duda les agradezco por todo su apoyo en este proceso y abrirme las puertas de su hermoso hogar, siempre lleno de cariño e inspiración profesional. A todos y cada uno de los que trabajan ahí, que tengo el placer de ver todos los días y además llamar mis amigos, los quiero muchísimo.

Por último y especialmente, a Chris, Fran, Laura y a Roberto. Un simple “muchas gracias” o “les agradezco” se queda corto. Las demás palabras, también. Ustedes saben todo lo que les quiero decir y no puedo en este corto espacio. De verdad, con uno hubiera dado gracias infinitas, pero cuatro ángeles a mi lado siempre, es demasiado. Los amo.

Dedicatoria

Esto es para nadie más que para Negro, Zayrita, Tita y Guitar. Las cuatro partes de mi corazón.

Les dedico esto por ser modelos de vida, por permitirme crecer en un hogar lleno de luz, nunca abandonarme y sobre todo, por darme en exceso todo el amor incondicional que tienen para ofrecer.

La Negra.

Ficha Bibliográfica

Valverde Camacho (Adriana). El procedimiento sancionatorio por hostigamiento sexual cuando involucra a sujetos vinculados a empresas del sector privado mediante formas de contratación no laboral. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Enero de 2010.

Director

M.Sc. Marco Durante Calvo.

Lista de selectores

Contrato de Trabajo – Formas de Contratación No Laboral – Principio de Autonomía de la Voluntad – Libertad de Contratación - Contrato de *Outsourcing* – Contrato de servicios profesionales – Antecedentes y Regulaciones sobre Hostigamiento Sexual – Problemática y regulación aplicable cuando el hostigamiento sexual involucra a un profesional liberal o un sujeto contratado por *outsourcing* - Intervención de Colegios Profesionales – Medidas para cumplir la obligación de garantizar un ambiente libre de hostigamiento sexual y reformas a la Ley Contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia vigente –

Breve Resumen

La investigación presenta un análisis de la viabilidad legal y principales implicaciones de la utilización de formas de contratación no laboral por parte de las empresas del sector privado, para posteriormente examinar los alcances de la regulación actual del hostigamiento sexual en el empleo y la docencia y, posteriormente, plantear la problemática y posibles soluciones en caso que la situación, que da lugar al hostigamiento, se genere en relaciones donde una de las partes no se encuentra contratada bajo un régimen laboral común. Finalmente, se analizan y proponen algunas medidas que los patronos puedan adoptar cuando sus trabajadores se encuentren involucrados en una situación de hostigamiento sexual con un sujeto que no sea trabajador, así como posibles reformas a la normativa actual, a fin de cumplir la obligación que la ley impone a todo patrono de garantizar a los trabajadores un ambiente libre de cualquier tipo de violencia, entre ésta, la de tipo sexual.

Resumen Ejecutivo

Con el fin de lograr el objetivo principal de esta investigación, el cual es determinar las principales medidas que los patronos puedan adoptar para la prevención y sanción del hostigamiento sexual cuando estas circunstancias involucran personas que no se encuentran contratadas bajo un esquema de contratación no laboral, en perjuicio de otros que sí se encuentran en este régimen o viceversa, en primer término se analizará la viabilidad legal

de las formas de contratación no laboral, sus principales características y discusiones acerca de su naturaleza jurídica dado su frecuente utilización por parte de empresas del sector privado.

Posteriormente, a partir de la exposición sobre el fundamento jurídico local de estas figuras contractuales y otros ejemplos de su manejo y regulaciones en el derecho comparado, se detallara la concepción actual sobre el hostigamiento sexual según la doctrina y jurisprudencia, así como los alcances de la normativa actual y las soluciones que se encuentran en ella, considerando que la existencia de una relación laboral no es una condicionante para la manifestación de esta conducta y que, por lo tanto, puede involucrar sujetos que no están empleados bajo un contrato de trabajo tradicionalmente concebido.

En esa circunstancia es necesario exponer las principales consideraciones acerca de esta problemática y su relación directa con la obligación que prevé el artículo 5° de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, en específico, la cual impone a los patronos mantener condiciones de respeto para quienes laboran ahí, por medio de regulaciones y medidas que prevengan, desalienten, eviten y sancionen las conductas de hostigamiento sexual.

A partir de las regulaciones actuales de la Ley indicada, se formularán medidas para cumplir con la obligación antes indicada, sugeridas, tanto para los instrumentos de regulación interna que conforme a la legislación vigente puedan implementarse, así como en los acuerdos contractuales con empresas proveedoras de personal o con profesionales liberales a través de contratos de *outsourcing* y de servicios profesionales, respectivamente.

Finalmente, a partir del análisis sobre las regulaciones contra el acoso sexual en Costa Rica, si fuere necesario se plantearán algunas reformas concretas para ampliar los alcances de la Ley y tutelar legalmente este tipo de circunstancia, a fin de contar con un fundamento jurídico aún más sólido para la efectiva prevención y sanción del hostigamiento sexual en el empleo.

**EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO POR HOSTIGAMIENTO SEXUAL
CUANDO INVOLUCRA A SUJETOS VINCULADOS A EMPRESAS DEL SECTOR
PRIVADO MEDIANTE FORMAS DE CONTRATACIÓN NO LABORAL**

ÍNDICE GENERAL

Tabla de Contenido:

	Página
INTRODUCCIÓN	1
I. Justificación del Tema	3
II. Objetivo General	5
III. Objetivos Específicos	5
IV. Hipótesis	7
V. Metodología Empleada	7
VI. Estructura de la investigación	8
TÍTULO PRIMERO. Sobre la viabilidad y manejo de la contratación de servicios personales bajo esquemas de contratación no laborales por parte de las empresas del sector privado.	10
Capítulo I - Teoría y principios que orientan las contrataciones no laborales.	10
Sección Primera. Consideraciones introductorias sobre el contrato de trabajo y la evolución del mismo a la utilización de otras figuras contractuales.	10
Sección Segunda. Principios generales que rigen las formas de contratación no laborales.	13
1. Sobre los presupuestos esenciales para la existencia del contrato como negocio jurídico.	13
2. Sobre el principio de autonomía de la voluntad.	14
3. Principio de libertad de contratación o libertad contractual.	16
Capítulo II. - El contrato de <i>outsourcing</i>.	20
Sección Primera. El <i>outsourcing</i> como producto del fenómeno de la globalización.	20

Sección Segunda. Definición y principales consideraciones	23
1. Concepto y generalidades acerca del contrato de <i>outsourcing</i> .	23
2. Naturaleza jurídica y estructura del contrato.	25
2.1. Naturaleza jurídica.	25
2.2. Discusión en torno a su naturaleza jurídica versus las contrataciones laborales tradicionales.	27
3. Características del contrato.	33
4. Estructura y contenido del contrato.	37
Sección Tercera. Similitudes y diferencias con otras figuras y regulación del <i>outsourcing</i> en derecho comparado.	44
1. Comparación con otras figuras contractuales.	44
2. Regulaciones en el Derecho comparado.	49
Sección Cuarta. Regulación en Costa Rica.	57
Capítulo III. El contrato por servicios profesionales.	64
Sección Primera. Antecedentes.	64
Sección Segunda. Definición y principales consideraciones.	67
1. Concepto y generalidades acerca del contrato.	67
2. Naturaleza jurídica y estructura del contrato.	69
2.1. Naturaleza jurídica.	69
2.2. Discusión en torno a su naturaleza jurídica versus las contrataciones laborales tradicionales.	70
3. Características del contrato.	75
4. Estructura y contenido del contrato.	76
Sección Tercera. Regulación del contrato por servicios profesionales en Costa Rica y en derecho comparado.	83
1. Regulación en Costa Rica.	83
2. Regulaciones en el Derecho Comparado: El caso de Nicaragua.	86
TÍTULO SEGUNDO. La regulación del hostigamiento sexual y la posibilidad de aplicar procesos sancionatorios a sujetos ligados con las empresas del sector	91

privado mediante formas de contratación no laborales.	
Capítulo I. Del hostigamiento sexual en las relaciones de empleo.	91
Sección Primera. Importancia del tema.	91
1. Reflexión inicial y conceptos generales.	91
2. Concepto de hostigamiento sexual y su problemática en las relaciones laborales.	94
Sección Segunda. Solución legal para el problema del hostigamiento sexual cometido por sujetos vinculados o no a través de una relación obrero patronal, en Costa Rica, instrumentos de Derecho Internacional y en Derecho Comparado.	104
1. Regulación en Costa Rica.	104
2. Regulación en instrumentos internacionales y en derecho comparado.	114
2.1. Convenios Internacionales.	115
2.2. Normativa internacional relevante.	120
Capítulo II. Sobre la responsabilidad de los patronos de garantizar un ambiente libre de hostigamiento sexual.	130
Sección Primera. Obligaciones genéricas de los patronos relativas a la protección de los trabajadores durante la ejecución del trabajo y su relación con la prevención y sanción del hostigamiento sexual.	130
Sección Segunda. Procedimientos o medidas internas relacionados con investigación y prevención del acoso sexual, derivados de la obligación del artículo 5° de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, No. 7476.	139
1. Regulaciones internas y medios de prevención sugeridos.	139
2. Reglas generales que deben observarse en un procedimiento interno de investigación y sanción del hostigamiento sexual, de acuerdo a lo previsto por la Ley No. 7476.	147
Sección Tercera. Problemática para el empleador privado aplicar la sanción de un acto de hostigamiento sexual cometido por un sujeto vinculado a la empresa por medio de un contrato no laboral.	150
1. Consideraciones generales.	150
2. Limitaciones para las empresas de ejercer el poder disciplinario a	

sujetos vinculados mediante contratos de naturaleza jurídica no laboral: la aplicación del poder disciplinario como una manifestación de subordinación jurídica.	
Capítulo III. Medidas concretas para sancionar el hostigamiento sexual cometido por sujetos vinculados a la empresa por formas de contratación no laboral.	155
Sección Primera. Intervención de los Colegios Profesionales en la prevención y sanción del hostigamiento sexual.	155
1. Del artículo 11 de la Ley No. 7476 y la potestad de los Colegios Profesionales en la prevención y sanción del hostigamiento sexual a través de procesos sancionatorios a sus agremiados.	156
2. Casos específicos: contratación de profesionales en Medicina y Abogacía.	160
Sección Segunda. Inclusión de cláusulas de exigibilidad, responsabilidad y terminación por incumplimiento grave de las obligaciones de las partes relativas al hostigamiento sexual.	164
1. Posibilidad y necesidad de pactar cláusulas relativas al hostigamiento sexual en contratos no laborales.	164
2. Contenido sugerido para las cláusulas específicas.	166
Sección Tercera. Propuesta de reforma a regulaciones específicas de la Ley No. 7476 para incorporar las medidas sugeridas en procedimientos de regulación interna de las empresas del sector privado.	169
CONCLUSIONES	175
BIBLIOGRAFÍA	185

INTRODUCCIÓN

Desde hace varios años, la convergencia de múltiples tendencias de mercado ha generado la necesidad operativa en múltiples empresas de contar con la prestación de servicios personales por parte de sujetos que se involucran de forma directa o indirecta en la operación de la compañía, la cual opta por su contratación bajo esquemas distintos al contrato de trabajo, de conformidad con su concepción tradicional.

Por esta razón en particular, a partir del análisis inicial sobre la viabilidad legal de la utilización de esquemas de contratación no laboral en Costa Rica, la presente investigación pretende determinar la implicación que estas formas de contratación puedan tener en el cumplimiento efectivo de la normativa que impone a los patronos la obligación de mantener un ambiente libre de hostigamiento sexual, considerando las consecuencias que conlleva imponer sanciones exclusivas de relaciones de empleo a personas que no se encuentran vinculadas con las empresas, por medio de un contrato laboral típico. Dado que no hay duda que las empresas han establecido la práctica de introducir sujetos a su operación que tengan contacto directo con sus propios trabajadores, esta práctica fomenta el trato diario y el desarrollo de relaciones interpersonales entre trabajadores y personas que no lo son, ambiente en el cual pueden generarse conductas típicas de lo que se conoce como hostigamiento sexual en los centros de trabajo.

A partir de lo anterior, esta investigación parte de la base fundamental de que en Costa Rica existe una normativa vigente y específica que obliga a los patronos a contar con regulaciones internas que prevengan, desalienten, eviten y sancionen el hostigamiento

sexual en los centros de trabajo, como una manera de procurar a sus trabajadores el respeto por los derechos constitucionales a la libertad y la vida humana, y, principalmente, el derecho al trabajo, a partir de la promulgación de la Ley de Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia N° 7476, en el año 1995, independientemente de las prácticas que los patronos hayan implementado para optimizar sus recursos productivos.

De esta manera, el análisis desarrollado a continuación analiza la problemática que surge cuando las conductas de acoso sexual involucran a sujetos vinculados con la empresa, que tienen contacto con el trabajador en virtud de una forma de contratación no laboral, a quienes por la naturaleza jurídica de su contratación no les es posible la aplicación de las sanciones disciplinarias propias de una relación de trabajo previstas por el artículo 25 de la Ley N° 7476.

En virtud de lo anterior, es preciso determinar si esta situación excede el ámbito de aplicación de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, así como las medidas previstas en ella para la efectiva sanción de un sujeto que cometa dichas faltas, así como las implicaciones de este tipo de procedimientos respecto a la naturaleza que reviste la forma de contratación utilizada.

Finalmente, la investigación realizada procura determinar los medios idóneos para que el patrono cumpla con la obligación que le impone la ley, a través de la adopción de medidas preventivas, un procedimiento (directo o indirecto) o bien las reformas legales necesarias que garanticen al trabajador afectado la interposición de las sanciones correspondientes cuando tal circunstancia involucre a un profesional independiente o del sujeto contratado

por *outsourcing*, todo lo anterior, considerando los principales antecedentes normativos, jurisprudenciales y de derecho comparado sobre el tema.

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

En tiempos actuales, las empresas han optado por utilizar distintas formas de contratación para la proveeduría de distintos bienes y servicios requeridos para la ejecución de su actividad, por lo tanto, resulta común que las mismas requieran de servicios brindados por profesionales independientes y otros sujetos que, por las características de la prestación del servicio, les es aplicable las formas de contratación distintas a un contrato típico de trabajo.

Ahora bien, la ejecución del servicio contratado usualmente implica el involucramiento directo de dicho profesional o terceros, con sujetos que han sido contratados por las empresas mediante un contrato de trabajo, el cual genera obligaciones recíprocas, tanto para los trabajadores como para los patronos; siendo una, para estos últimos, la responsabilidad de mantener en el lugar de trabajo condiciones de respeto para quienes laboran ahí, por medio de una política interna y procedimiento eficaz que prevenga, desaliente, evite y sancione las conductas de hostigamiento sexual.

En virtud de la promulgación de la Ley N° 7476, del 3 de febrero de 1995, contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, se cuenta con una normativa específica que regula el tema del hostigamiento sexual, define las distintas conductas y manifestaciones que lo constituyen, a la vez que establece los requerimientos generales que

deben observarse en el procedimiento interno que todo patrono se encuentra obligado a realizar al recibir una denuncia de dicha naturaleza por parte de alguno de sus trabajadores.

No obstante, existe una gran posibilidad que por el objeto de los contratos no laborales (esto es, la prestación de los servicios personales) la conducta que constituye un posible hostigamiento sexual y que, por lo tanto, sea susceptible de investigación, provenga de una persona que, por su forma de contratación, no pertenece al grupo de trabajadores de la empresa, o bien sea cometida por un trabajador de la empresa en perjuicio de quien no lo es. En todos los casos, independientemente del origen de la conducta respectiva, se mantiene la responsabilidad impuesta a los patronos de garantizar a sus trabajadores de prohibir y sancionar el acoso u hostigamiento sexual como práctica discriminatoria por razón del sexo, contra la dignidad de la mujer y del hombre en las relaciones laborales.

Por lo tanto, resulta de suma importancia determinar posibles alternativas que otorga la ley vigente N° 7476, para, efectivamente, cumplir la obligación impuesta por ley en esos supuestos, especialmente cuando quien incurre en alguna de estas conductas resulta haber sido incorporado a la empresa mediante una forma de contratación no laboral y a quien, por lo tanto, no le apliquen las sanciones típicamente laborales previstas según el resultado del procedimiento sancionatorio indicado en la ley para trabajadores de la empresa, todo con la finalidad de garantizar a los trabajadores procesos efectivos en la prevención y sanción de un acto de hostigamiento sexual.

II. OBJETIVO GENERAL

Establecer la solución legal y demás medidas que las empresas puedan adoptar ante la determinación de una conducta de hostigamiento sexual en virtud de la prestación de servicios personales, por parte de sujetos vinculados con las compañías por medio de formas de contratación no laborales, con el fin de cumplir con la obligación de contar con procedimientos efectivos de carácter sancionatorio y preventivo contra el hostigamiento sexual en el empleo, de conformidad con distintos antecedentes, tanto a nivel local como en derecho comparado.

III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- A) Realizar un estudio en cuanto a la viabilidad legal y naturaleza jurídica de la figura contractual del *outsourcing* y del contrato por servicios profesionales, y las principales reglas para la utilización correcta de dichas formas de contratación no laborales por parte de empresas del sector privado.
- B) Estudiar el alcance de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, en la regulación y sanción del hostigamiento sexual en perjuicio de los trabajadores en las empresas.
- C) Analizar la responsabilidad de los patronos de garantizar a sus trabajadores un ambiente libre de cualquier forma de hostigamiento, mediante la aplicación de mecanismos de prevención e instrumentos de regulación interna.

- D) Indagar las principales limitaciones para la aplicación práctica de un procedimiento sancionatorio en contra de un profesional independiente o sujeto que presta servicios a raíz de una forma de contratación no laboral, promovido por un patrono en defensa de la integridad física y psicológica de un trabajador.

- E) Analizar el papel de los Colegios Profesionales como una posibilidad de los patronos para garantizar a sus trabajadores un ambiente libre de hostigamiento sexual: caso particular de abogados y médicos.

- F) Determinar y recomendar un procedimiento efectivo por parte de los patronos para prevenir, desalentar, evitar y sancionar conductas de hostigamiento sexual en las que incurran los proveedores de servicios en perjuicio de sus trabajadores, conforme a las posibilidades establecidas legalmente en la actualidad y las que podrían aplicarse en virtud de una reforma en la normativa vigente.

IV. HIPÓTESIS

La hipótesis que se pretende demostrar en este trabajo final de graduación es: evidenciar que, a pesar de que la contratación de servicios personales por medio de contratos distintos a la contratación laboral típica es legalmente viable, el procedimiento sancionatorio exclusivo para relaciones obrero patronales que establece la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia no es aplicable a sujetos que se contratan a través de

esta formas de convenio no laborales, lo cual puede representar una limitación en el cumplimiento efectivo de la obligación del patrono de garantizar un ambiente libre de hostigamiento sexual a los trabajadores que puedan ser víctimas de este tipo de conductas, para lo cual debe recurrirse a otras medidas que prevé la normativa actual para la solución de esta problemática, plantear otras adicionales de carácter convencional o promover una reforma necesaria a los términos actuales de la Ley indicada, con la finalidad de garantizar medios eficaces para la prevención y sanción del hostigamiento sexual en el empleo.

V. METODOLOGÍA EMPLEADA

Con la finalidad de comprobar la hipótesis planteada y los objetivos propuestos se recurre a múltiples actividades y métodos, principalmente, el Método Deductivo, el cual se basa en el estudio de doctrina, jurisprudencia administrativa y judicial para obtener una visión lo más amplia posible de los temas de estudio.

En este sentido, principalmente, en la etapa inicial de la presente investigación y durante el transcurso de ésta, se procede a investigar en detalle la doctrina y legislación existente, tanto a nivel nacional como internacional, a través de su atenta lectura y análisis.

Dado que se trata de una investigación jurídica, desde un punto de vista teórico y conceptual, para el desarrollo y estudio de cada uno de los capítulos se investiga sobre precedentes históricos de los temas tratados, el cual constituye la base primordial para el desarrollo de la investigación, lo cual es posible a través de un estudio pormenorizado de la bibliografía disponible en el país en la actualidad.

VI. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación inicia con el análisis integral de los contratos de *outsourcing* y de servicios profesionales, a fin de determinar su viabilidad legal, considerando sus antecedentes y regulaciones en el derecho comparado, así como las características generales de estas figuras y su naturaleza jurídica, con el fin de conocer las reglas generales para su correcta implementación, dada su utilización cada vez más frecuente por parte de las empresas del sector privado en nuestro país.

A partir del análisis de las formas de contratación no laboral anteriormente indicadas, se procede al estudio de la figura del hostigamiento sexual en el empleo, como una manifestación de violencia y que atenta contra la intimidad y dignidad de los sujetos en muchos ámbitos, enfocado específicamente al laboral.

Una vez clarificado el concepto, tomando como referencia las regulaciones más representativas del hostigamiento sexual en otros países de América Latina, se exponen las principales consideraciones relativas a las obligaciones del patrono en torno a garantizar la integridad física y psíquica de sus trabajadores y, específicamente, la obligación impuesta por el artículo 5° de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, sobre la responsabilidad de mantener, en el lugar de trabajo, condiciones de respeto para quienes laboran en el, por medio de los instrumentos de regulación interna previstos por la ley (que también son objeto de análisis) a fin de que se prevenga, desaliente, evite y sancione las conductas de hostigamiento sexual a lo interno de las organizaciones.

En el presente análisis se plantea la problemática que surge cuando los actos que constituyen hostigamiento sexual se manifiestan en las empresas como consecuencia de utilizar formas de contratación de servicios personales mediante negocios jurídicos distintos al contrato de trabajo común y, por lo tanto, no pueden ser objeto del procedimiento que dispone la legislación sobre hostigamiento sexual que pretende imponer las sanciones de tipo laboral previstas en el artículo 25 de la Ley N° 7476, sin afrontar las posibles consecuencias que también se analizan en el presente estudio.

Consecuentemente, la parte conclusiva de esta investigación versa sobre la determinación de las medidas estratégicas para el cumplimiento de la obligación prevista por el artículo 5° de la Ley N° 7476, no solo a través de algunos medios previstos por la normativa, sino de otros que no se encuentren expresamente previstos por ésta.

Como parte de esta iniciativa, finalmente se estudia la necesidad de plantear reformas necesarias a la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia vigente, a fin de ampliar sus alcances y garantizar una protección integral al derecho de un ambiente libre de hostigamiento sexual, independientemente de la circunstancias que rodean la comisión de actos de esta naturaleza.

Todo lo anterior se plantea en virtud del reconocimiento de la necesidad empresarial de incluir dentro del ambiente laboral a sujetos que no son trabajadores, pero que de igual forma pueden incurrir en actos de esta naturaleza, que deben ser efectivamente prevenidos y sancionados a lo interno de las organizaciones.

**TÍTULO PRIMERO. SOBRE LA VIABILIDAD Y MANEJO DE LA
CONTRATACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES BAJO ESQUEMAS
DE CONTRATACIÓN NO LABORALES POR PARTE DE LAS
EMPRESAS DEL SECTOR PRIVADO**

**CAPÍTULO PRIMERO. TEORÍA Y PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LAS
CONTRATACIONES NO LABORALES.**

**SECCIÓN PRIMERA Consideraciones introductorias sobre el contrato de trabajo y
la evolución del mismo a la utilización de otras figuras contractuales**

Durante las diferentes etapas y civilizaciones del mundo moderno, la complejidad de las relaciones humanas ha determinado la necesidad de existencia de múltiples formas de contratación de servicios personales de un sujeto hacia otro, con la última finalidad que el contratado realice ciertas tareas requeridas, a favor de quien le contrata, a cambio de un pago usualmente acordado libremente por las partes. A partir de dicha necesidad, las circunstancias que prevalecen en el desarrollo de esa relación en la práctica califica la naturaleza de tal contratación, conforme a sus elementos principales y, por lo tanto, puede determinarse si se ajusta o no a los caracteres necesarios para calificar la existencia de un contrato de trabajo.

En términos generales, el contrato de trabajo puede definirse como aquel convenio mediante el cual una persona física, conocida como “trabajador”, se obliga a prestar servicios personales para una persona física o jurídica, plasmada en la figura del “empleador o patrono”, bajo la dependencia y subordinación de éste último, quien, a la vez, se compromete a pagar por los servicios prestados a través de una remuneración acordada por las partes, atendiendo a las limitaciones de la ley. En este sentido y sobre la concepción tradicional del contrato de trabajo, Gómez García y Ponce Medero disponen lo siguiente:

Como señala el profesor Alonso Olea, el contrato de trabajo es la institución central del Derecho del Trabajo; constituye a la vez la raíz de su origen y la raíz de su existencia como disciplina jurídica autónoma... Para el profesor Montoya Melgar es “un negocio jurídico bilateral que tiene por finalidad la creación de una relación jurídico laboral constituida por el cambio continuado entre una prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena y una prestación salarial”. Para el profesor Alonso Olea es “el que liga a una persona (trabajador), que presta sus servicios a otra (empresario) que los retribuye, organiza y dirige¹.”

Sin embargo, a pesar de estas sencillas definiciones del contrato de trabajo, existen otros tipos de contratos en razón de los cuales una persona se obliga a prestar servicios a favor de otra, a cambio de un pago por dichos servicios, a los cuales no necesariamente pueden aplicarse las regulaciones del contrato de trabajo tradicionalmente concebido, puesto que este último se origina a partir de ciertos principios comunes de la teoría general de los contratos, que también permiten extenderse o aplicarse a formas de contratación de distinta naturaleza, las cuales han emergido como consecuencia de las tendencias globalizadoras

¹ Gómez García, R., y Ponce Medero, J. M. Contratación Laboral 2008. Madrid, España: FC Editorial. 2008. pp. 15 y 16.

que necesariamente implican la utilización de figuras legales distintas al contrato de trabajo, con las limitaciones correspondientes, como se verá más adelante.

Si bien puede afirmarse que los mercados actuales requieren la utilización de figuras distintas al contrato de trabajo, éste último representa, por excelencia, la forma de contratación histórica para los servicios personales en forma subordinada, garantizando derechos fundamentales que otras figuras podrían no contemplar en similares circunstancias².

Lo anterior supone que se han introducido regulaciones relativas a la relación de empleo en los distintos ordenamientos jurídicos, tendientes al proteccionismo del trabajador, principalmente, puesto que se ha interpretado como la parte más débil de la relación de trabajo. Además, tal y como indica Sánchez Castañeda (2009) debe tomarse como premisa fundamental que “que el trabajo no debe dejar de ser visto como un medio digno por el cual el hombre asegura su superación y desarrollo personal. Ser trabajador implica una ciudadanía social en donde se deben asegurar garantías individuales como ciudadano, pero también garantías sociales como trabajador”³.

² En este sentido, Sánchez Castañeda explica que: “*Las relaciones de trabajo se establecen realmente desde el momento en que se empiezan a consolidar las naciones y se configura lo que sería el Estado moderno liberal ... Como ha sido señalado por algunos autores, la aparición contemporánea del derecho del trabajo aparece como una reacción ante los abusos del período precedente...*” En: Sánchez-Castañeda, Alfredo. Las transformaciones del derecho del trabajo. En <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2248>. Consulta: 23 de noviembre de 2009.

³ Sánchez-Castañeda, Alfredo. Las transformaciones del derecho del trabajo. En <http://www.bibliojuridica.org>. Consulta: 23 de noviembre de 2009.

En este sentido, si bien en tiempos actuales resulta común la aplicación de figuras legales que exceden la concepción tradicional del contrato de trabajo, es preciso delimitar los principios que orientan su aplicación y, además, las características propias de los mismos a fin de evitar que a través de su utilización se lesionen directa o indirectamente los derechos fundamentales propios que derivan de una relación de empleo tradicionalmente concebida, como podría ocurrir en el caso que se determine la comisión de un acto de acoso sexual por parte de quienes prestan los servicios en perjuicio de trabajadores de la empresa que opta por contratar sus servicios a través de una forma de contratación no laboral.

SECCIÓN SEGUNDA Principios generales que rigen las formas de contratación no laborales

1. Presupuestos esenciales para la existencia del contrato como negocio jurídico

En primera instancia, previo a exponer los principios generales que fundamentan las formas de contratación de servicios personales no laborales, es preciso delimitar la figura del contrato, para lo cual puede tomarse como base lo claramente señalado por Cervantes Nieto (2005, pp. 13 - 16) quien define el contrato como “el acto jurídico a través del cual hay un acuerdo de dos o más voluntades para crear y modificar derechos y obligaciones... para que exista el contrato es preciso que se den dos elementos necesarios: el consentimiento y el objeto; si falta alguno de ellos, no existirán los derechos ni las obligaciones que de él derivan⁴.

⁴ Cervantes Nieto, Héctor. Consejos prácticos sobre el contrato individual de trabajo. Ciudad de México, México. Editorial ISEF, 2005, p 13-16

A partir de lo anterior, considerando los dos elementos esenciales para la existencia de un contrato (consentimiento y objeto) es posible afirmar que la posibilidad de efectuar una contratación de servicios personales se fundamenta en dos principios fundamentales básicos, a través de los cuales se faculta legalmente a un sujeto para que contrate a otro con el fin de que este último le preste sus servicios de forma personal, independientemente si se tratare de una contratación laboral o de otra índole: estos son, el principio de autonomía de la voluntad y la libertad de contratación.

2. El principio de autonomía de la voluntad

Primero, tenemos que el **principio de autonomía de la voluntad** refiere a que en relaciones de derecho privado los particulares podrán hacer todo aquello que la ley no les prohíba de forma expresa, lo cual en nuestro país encuentra sustento en el artículo 28 de la Constitución Política que indica:

Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley.

Lo anterior refiere a que, en materia de contratación, el principio básico es precisamente la expresión de voluntad de las partes para pactar términos sobre un objeto de contratación determinado, siempre y cuando dicha actuación se encuentre dentro de las limitaciones que la ley establece para esos efectos, dado que el contrato es, por su parte, desde la óptica

clásica, el acuerdo donde las voluntades expresan su autonomía de dar, hacer o no hacer, produciendo obligaciones y derechos que surgen de dicho pacto. No obstante, la autonomía de la voluntad sigue constituyendo la fuente principal de esta regulación contractual⁵.

Es posible afirmar que la base fundamental de la contratación, específicamente la relativa a la prestación de servicios personales, obedece a la posibilidad que la ley otorga para que dos sujetos, voluntariamente, acuerden la prestación de un servicio de carácter personal a través de un contrato en el que se regulan las condiciones de tal acuerdo, con el fin de que las partes conozcan claramente sus obligaciones, una frente a la otra, siempre que la naturaleza o el objeto del acuerdo no contravengan las disposiciones legales vigentes, dado que, en términos sencillos, el principio de autonomía de la voluntad implica que las personas pueden realizar cualesquiera actos que no se encuentren prohibidos por la ley. De la misma manera, resulta de suma importancia verificar la ausencia de vicios de la voluntad de alguna de las partes, lo cual, eventualmente, podría acarrear la anulación del contrato específico que pretende celebrarse de conformidad con el criterio reiterado de la jurisprudencia local⁶.

Sobre la conceptualización de este principio, Ochoa Jiménez (2009) amplía lo indicado y concluye en lo siguiente:

⁵ Kam Ríos, Jorge. El principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual. En www.usma.ac.pa. Consulta: 19 de setiembre de 2009.

⁶ En este sentido, el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha indicado que, (...) *se requiere que la voluntad de las partes no esté influida por extraños estímulos que adulteren la genuina intención que las induce a obligarse. El acto debe ser libre, consciente y espontáneo para que responda al objeto que se ha propuesto el legislador al darle fuerza obligatoria. Por eso el error, la violencia y el dolo, cuando intervienen en el pacto, lo vician en tal modo que pueden determinar su invalidez.* Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera. Resolución número 112. San José, a las nueve horas cincuenta minutos del diez de mayo de mil novecientos noventa y seis.

El principio de autonomía de la voluntad o libertad contractual, consiste en el poder que la ley reconoce a los particulares para reglamentar por sí mismos (libremente y sin intervención de la ley) el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente. Es así como en materia de contratos, la mayor parte de las normas son de carácter supletorio o dispositivo y no imperativas. ... De lo dicho hasta aquí se desprende lo afirmado por Larroumet sobre los elementos que conforman la libertad contractual: la soberanía de la voluntad y la fuerza obligatoria de la voluntad. La primera se refiere a la libertad para contratar, lo que significa que los particulares son libres de decidir si han de celebrar un contrato o no, así como también que, en principio, la voluntad se basta a sí misma, sin necesidad del cumplimiento de formalidades. La fuerza obligatoria se refiere a que lo pactado entre las partes tiene entre estas, fuerza de ley⁷.

En conclusión, es posible afirmar que el principio de autonomía de la voluntad consiste en la libre facultad con la que cuentan los particulares para celebrar el negocio jurídico que les plazca y determinar libremente sus alcances, se encuentren o no estos contratos previstos o expresamente regulados en la ley. No obstante, dicha potestad no es absoluta y encuentra su limitación en la alteración de elementos esenciales de los contratos que se pacten, además de la prohibición de estipular algo que vaya en contra de prohibiciones legales, el orden público y las buenas costumbres, puesto que tales estipulaciones serían absolutamente nulas al existir una ilicitud en su objeto o causa.

3. Principio de libertad de contratación o libertad contractual

⁷ Ochoa Jiménez, María Julia. Implicaciones del principio de autonomía de la voluntad en materia de propiedad intelectual. En <http://www.ventanalegal.com>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2009.

Por otra parte, del principio anterior se deriva la posibilidad legal de los sujetos para efectuar contrataciones sobre diferentes objetos que la ley califica como lícitos, y determinar libremente las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos, y demás particularidades que regirán la relación jurídica creada por el contrato, entendido este como el **principio de libertad de contratación o libertad contractual**. En este sentido, la jurisprudencia ha indicado la concepción general y la extensión del principio antes mencionado, en los siguientes términos:

La libertad de contratación es uno de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico costarricense. La Sala Constitucional ha señalado al respecto: ...“XIII- Partiendo del reconocimiento constitucional del principio y sistema de la libertad, en general (Art. 28), del derecho a la propiedad privada (Art. 45) y de la libertad de empresa (Art. 46), se inscribe como principio constitucional, *conditio sine qua non* para el ejercicio de ambos, el de libre contratación, cuyo contenido esencial la Sala resume en cuatro elementos, a saber:

- a) La libertad para elegir al co-contratante;
- b) La libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta;
- c) La libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación;
- d) El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato (Sala Constitucional, sentencia N° 3494 de las 14:30 hrs. del 19 de noviembre de 1992)⁸.

⁸ Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica Número OJ-030-2003, del 20 de febrero de 2003.

Conforme a lo anterior y según el criterio de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, si bien el principio de libertad contractual permite la libre escogencia de los términos de la contratación (por ejemplo, la figura del co-contratante, el objeto del contrato y el precio o contraprestación por el servicio prestado), tal selección se encuentra limitada por el daño a la moral, los derechos de terceros o bien, la contravención a una disposición legal a partir del acuerdo entre ambas partes. En este sentido, es posible concluir que los sujetos se encuentran habilitados legalmente para celebrar contratos en los que se escoja a uno o varios sujetos, cuyo objeto sea que los mismos presten servicios de carácter personal a favor de quien contrata, a través de un precio libremente fijado y aceptado por ambas partes, así como demás términos específicos que regirán esa contratación particular.

Asimismo, sobre este tema en particular resulta de suma importancia el criterio de la Procuraduría General de la República, la cual ha clarificado que los derechos fundamentales (tales como la libertad de contratación) “pueden ser limitados por ley o por norma de rango superior, en tanto ello sea necesario para garantizar los derechos de terceros, el orden público o la moral, que representan las limitaciones en materia de libertad contractual”. Tal potestad se define como el principio de reserva de ley en materia de derechos fundamentales, según lo que indicó tal órgano gubernamental en la misma opinión jurídica del año 2003⁹.

⁹ Al efecto, la Procuraduría General de la República indicó lo siguiente: *Procede recordar desde ya que es el respeto de esa libertad y en general, de la esfera de derechos fundamentales de los particulares, lo que determina que las potestades de imperio deban ser establecidas al menos por una ley. La reserva de ley se erige, así, en protección de los derechos fundamentales. (OJ-005-2000 del 21 de enero de 2000) Específicamente, en relación con la libertad de contratación, este Órgano Asesor señaló en la opinión jurídica OJ-053-1999 arriba referida, lo siguiente: “En el voto número 27-95, la Sala Constitucional, señaló en que*

En base a lo planteado es posible afirmar que el Estado se encuentra en la posibilidad de limitar la libertad de contratación únicamente cuando exista una inminente lesión a los derechos de terceros, buenas costumbres, o se contravenga una norma vigente. Bajo este supuesto y verificando previamente que no existe una contravención legal en su utilización, puede concluirse que a la fecha no se encuentra prohibición para la utilización de formas de contratación de servicios personales a cambio de un precio sin que lo anterior constituya necesariamente una contratación de índole laboral, sin embargo, es preciso determinar las principales generalidades y limitaciones de las modalidades de contratación no laborales actualmente utilizadas por las empresas del sector privado, a fin de determinar posteriormente el posible alcance de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia a las relaciones que los trabajadores de estas empresas mantienen con terceros, mediante estas figuras legales y particularmente, a través de contratos de *outsourcing* y de servicios profesionales.

casos se pueden establecer restricciones a la libertad contractual. 'Las dichas libertades contractuales sólo pueden ser restringidas en los supuestos del artículo 28 constitucional, es decir, en tanto su ejercicio dañe la moral social, el orden público, rigurosamente considerado, o los derechos iguales o superiores de terceros. De ello se deriva que, tanto el acuerdo de voluntades implicado en la relación contractual, como la determinación de la cosa, objeto y precio de ese acuerdo, pueden y deben ser libremente estipulados por las partes, mientras no traspasen aquellos límites...'. Con base en lo anterior, al Estado, y más específicamente al legislador, no le está permitido restringir sin causa justificada de orden público el contenido esencial de la libertad contractual, en los términos que fue definido por el Tribunal Constitucional. Tampoco puede dictar normas que menoscaben esta libertad en el sentido de que mientras el ejercicio de ésta no atente contra el orden público, la moral o las buenas costumbres, la acción de la ley en dicha materias es constitucionalmente ilegítima. Por último, las limitaciones deben guardar una proporcionalidad entre el bien público perseguido y la restricción que se le imponga.(19) (19): Hernández Valle, Rubén. La Libertad Contractual como Principio Constitucional. Academia Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Litografía e Imprenta Lilsa, San José- Costa Rica, 1983. Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica Número OJ-030-2003, del 20 de febrero de 2003.

CAPÍTULO II. EL CONTRATO DE OUTSOURCING

SECCIÓN PRIMERA El *outsourcing* como producto del fenómeno de la globalización

Como parte de una estrategia de optimización de recursos en razón de la globalización y apertura de nuevos mercados surge el contrato denominado de *outsourcing*, que indudablemente se encuentra relacionado estrechamente con la materia de derecho laboral aunque no regulado propiamente como tal (como se verá más adelante), puesto que se trata de una figura que básicamente permite a un empresario contar con la prestación de servicios por parte de personas físicas, sin contratarlas a través de un contrato de trabajo, figura que sin duda presenta una gran complejidad al no constituir, en principio, una contratación laboral típica, de acuerdo con las características principales de los contratos de esta naturaleza y los principios que rigen en la materia.

A fin de determinar los orígenes de esta figura en particular, en primera instancia es preciso delimitar brevemente los alcances del fenómeno de la globalización y las implicaciones del mismo, específicamente en los temas que nos ocupan, puesto que tal y como lo indica la Organización Internacional del Trabajo: “la globalización se ha revelado como un proceso complejo y multifacético para los trabajadores del mundo, así como también lo son las estrategias que deben desarrollar para enfrentar sus desafíos”¹⁰.

¹⁰ Organización Internacional del Trabajo. Sindicatos y globalización: tendencias, desafíos y respuestas. En: <http://www.ilo.org>. Consulta: 24 de noviembre de 2009.

La globalización puede definirse como el proceso por el que la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unifica mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global. Conforme a Martínez Chacón (2009), el fenómeno globalizador se produce a partir de la confluencia de una compleja serie de procesos sociales, políticos, económicos y culturales, dentro de los cuales cita los siguientes:

- El desarrollo tecnológico, especialmente de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), entre las que se destaca Internet y la aparición y desarrollo masivo de la computadora personal (PC) en el trabajo y el hogar;
- Las Empresas Multinacionales (EMN) y su influencia creciente en la economía mundial.
- La caída del muro de Berlín en 1989 y, sobre todo, el colapso de la Unión Soviética en 1991 que terminó con el mundo bi-polar de la “Guerra Fría”, abrió nuevos horizontes para los países de Europa del este que ahora se han integrando en la Unión Europea (UE) y creó un nuevo escenario favorable a la expansión del mercado internacional.
- La integración de los mercados de capital¹¹.

La globalización, entonces, obedece a la convergencia de una serie de factores que han dado paso a la traspaso de las fronteras y, especialmente, para el tema que nos ocupa de la diversificación de productos y servicios requeridos por las empresas que se han expandido de forma global, y que requieren eficacia en sus operaciones, lo cual a su vez genera la

¹¹ Martínez Chacón, Edgar R. La naturaleza jurídica del *outsourcing*. En: <http://biblioteca.usac.edu.gt>. Consulta: 25 de noviembre de 2009.

necesidad de utilizar formas de contratación que las legislaciones tradicionales no han previsto parcial o totalmente, en lo relativo a la prestación de servicios personales. Sin duda, lo anterior ha impactado directamente los mercados laborales, entre otros campos socio económicos que ha influenciado, específicamente, como resultado de los efectos de apertura comercial y crecimiento económico de los países y, por ende, de las industrias, las cuales se han seleccionado locaciones y mecanismos a través de los cuales sea posible reducir costos en mano de obra y procesos productivos. A raíz de lo anterior, el contrato de *outsourcing* ha surgido como parte de estas medidas estratégicas cuyo objetivo es optimizar procesos comerciales, como se verá más adelante.

Sobre el particular, de igual forma resulta valioso citar a Viega (2009) quien relaciona la aparición del contrato de esta naturaleza como resultado del proceso globalizador anteriormente mencionado:

El contrato de *outsourcing*, en general responde a toda una tendencia vinculada a la reorganización de las grandes organizaciones a nivel mundial (procesos de reingeniería organizacional), entendiéndose que las mismas deben concentrar sus esfuerzos en el “*business*”, en el objeto de la organización, o sea en el corazón de la misma, para obtener una mayor competitividad. Para ello es necesario encomendar a un tercero las tareas periféricas, como pueden ser el manejo de stock, transporte, almacenaje, procesamiento de datos, etc¹².

Puede concluirse que la globalización resulta en un proceso continuo y dinámico que representa un reto para los países desarrollados, dado que en muchos casos genera

¹² Viega, María José. Análisis de un contrato complejo: el *outsourcing* Instituto Español de Informática y Derecho. Ponencias. En: <http://www.ieid.org>. Consulta: 23 de noviembre de 2009.

alteraciones en regulaciones proteccionistas tradicionales en temas tales como trabajo, ambiente, negocios, entre otros; y también para los países en vías de desarrollo, en los cuales normalmente se requiere la mano de obra calificada que se obtiene a un menor costo, y para los que de igual forma representa un reto, desde el punto de vista de la aplicación práctica de la normativa, que aplica para los distintos ámbitos que pueda incidir el fenómeno globalizador.

SECCIÓN SEGUNDA Definición y principales consideraciones

1. Concepto y generalidades acerca del contrato de *outsourcing*

Tal y como se dijo, en virtud de las necesidades empresariales originadas en el fenómeno globalizador es posible afirmar que el *outsourcing* se ha utilizado como una herramienta para que las compañías cuenten con el recurso humano necesario, con el fin de realizar eficientemente su operación específica, sin proceder con una contratación laboral de carácter típico. En términos sencillos, es posible definir el contrato de *outsourcing* como aquel acuerdo de partes en el que la empresa cliente o usuaria de un servicio encarga a otra, proveedora o prestataria, la prestación de servicios de su propio personal, para que la primera lleve a cabo su *core business*¹³ de forma eficiente¹⁴. Es decir, es el acuerdo mediante el cual una determinada empresa, compañía u organización (denominada usuaria) contrata a otra en calidad de prestatario externo (comúnmente denominada proveedora,

¹³ Se define como “el núcleo del negocio” ó “el corazón del negocio”.

¹⁴ Tomado de Echaiz, Montero Daniel. “El contrato de *outsourcing*”, Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. En: <http://www.ejournal.unam.mx>. Consulta: 24 de noviembre de 2009.

prestataria) con el fin que este último se haga cargo de una parte del negocio, poniendo a su disposición la prestación de servicios brindados por personas físicas que se encuentran vinculadas con la empresa proveedora o prestataria a través de un vínculo de naturaleza laboral¹⁵.

A partir de la descripción anterior, en un contrato típico de *outsourcing*, y a manera de ejemplo, se tiene a una empresa denominada “X” reconocida mundialmente por la producción de suplementos médicos, requiere contratar servicios de limpieza para sus instalaciones ubicadas en la ciudad de San José. Entonces, la empresa denominada “Y” determina que se encuentra en la capacidad de brindar este servicio, por lo tanto, procede a celebrar un contrato de naturaleza laboral con María, Pedro y José, quienes prestarán el servicio de limpieza requerido por la empresa “X” en sus instalaciones localizadas en San José. En la ejecución ideal del contrato, la empresa “X” delimita en el contrato con la empresa “Y” los requerimientos generales del servicio; sin embargo, será la empresa “Y” la que determinará la jornada específica y la forma en la que debe realizarse la limpieza, proveer las herramientas necesarias para la prestación del servicio y define la cantidad de personas que se necesitan para ello.

A pesar de la sencillez del ejemplo expuesto, es de suma utilidad para ilustrar una de las grandes implicaciones de la utilización de los contratos de esta naturaleza. Si bien el contrato de naturaleza laboral se celebra entre la empresa “Y” (en calidad de prestataria) y cada uno de los trabajadores, ciertamente el beneficiario directo de la prestación del

¹⁵ Sobre el objetivo y principales implicaciones de esta forma de contratación, véase Romero Pérez, Jorge Enrique. “La Externalización de Actividades Laborales (*Outsourcing*)”. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica número 102. 2003. San José, Costa Rica.

servicio no es quien en la relación figura como el patrono (empresa “Y”), si no la compañía que se vincula con ésta; es decir, la empresa “X”. En virtud de esta circunstancia gira la discusión sobre la naturaleza de la contratación y la posibilidad de calificación de “X” como patrono, puesto que en muchas legislaciones se determina claramente que patrono es quien, entre otros factores, se beneficia de la prestación del servicio del trabajador, como se verá más adelante.

2. Naturaleza jurídica y estructura del contrato

2.1. Naturaleza jurídica

Según la definición anterior, el contrato de *outsourcing* puede concebirse de naturaleza mercantil o comercial entre la empresa contratante del servicio y aquella que lo presta. Martínez Chacón (2009) define el concepto y alcance del derecho mercantil en los siguientes términos:

El derecho mercantil es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dadas a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos.

El derecho mercantil debe de ser considerado como un derecho especial, que tiene un campo de aplicación que determina el propio sistema mediante las correspondientes normas delimitadoras.

Otro concepto de derecho mercantil es el que establece que es un conjunto de normas, reglas y preceptos, que regulan las actividades del comercio. Es la rama del derecho privado que regula las operaciones jurídicas entre comerciantes y no comerciantes. Es el ordenamiento privado propio de los empresarios y de su

estatuto, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de su empresa¹⁶.

Es posible concluir que el contrato de *outsourcing* obedece a la necesidad de las empresas de “externalizar actividades”¹⁷; es decir, contar con la prestación de servicios necesarias para su operación integral, a través de la utilización de una figura de naturaleza civil o mercantil con terceros que realizan actividad comercial que proveen el personal necesario para la prestación de un servicio, sin la necesidad de recurrir directamente a contrataciones laborales típicas. En este sentido, como principio general, es preciso que las partes se encuentren en igualdad de condiciones, haciendo uso de la libertad para contratar a través de la forma de convenio indicada, tal y como se expuso previamente.

En este sentido, dado que la figura jurídica utilizada para celebrar este tipo de contratos se califica como un acto de naturaleza mercantil (entre la empresa calificada como usuaria y la prestataria o contratada para la prestación del servicio), es preciso además citar las características principales de esta rama del derecho, mediante las cuales, además, resultan fácilmente posibles de vincular a la utilización práctica del contrato de *outsourcing*:

- Es poco formalista;
- Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar;

¹⁶ Martínez Chacón, Edgar R. La naturaleza jurídica del outsourcing. En: <http://biblioteca.usac.edu.gt>. Consulta: 25 de noviembre de 2009.

¹⁷ A partir de la “castellanización” del término, sugerida por Echaiz Montero. La traducción del término, según la Organización Internacional del Trabajo, es “tercerización”, lo cual este autor rechaza, puesto que indica “...si bien la tercerización implica la realización de trabajos fuera de la actividad principal, los trabajadores tienen una relación de subordinación con la empresa contratante, lo que no sucede en el outsourcing por la desvinculación laboral, pues es en un contrato que únicamente exige resultados, eliminando toda relación de subordinación, y quedando solo un régimen de supervisión de dichos resultados, mas no de la actividad que realiza el outsourcer...”.

- Adaptabilidad;
- Tiende a ser internacional;
- Posibilita la seguridad del tráfico jurídico¹⁸.

En conclusión, el contrato de *outsourcing* se regula a través de las normas pertenecientes al derecho mercantil, puesto que esta rama del derecho es la que pretende regular la actividad comercial en cuestión, con el fin de que la misma resulte pronta, efectiva y eficaz para cualquiera de las dos partes que intervienen en el negocio jurídico, a partir de las características propias anteriormente indicadas.

2.2. Discusión en torno a su naturaleza jurídica versus las contrataciones laborales tradicionales

Aun cuando el contrato se ubica en el derecho comercial y no se trata de un instituto propio del derecho laboral, lo cierto es que el contrato de *outsourcing* ha sido ampliamente analizado por renombrados juristas laboristas a nivel local e internacional, puesto que genera una discusión amplia sobre su incidencia en el manejo práctico de las relaciones obrero patronales, de acuerdo a la concepción tradicional del contrato de trabajo.

Lo anterior, puesto que como pudo observarse, el contrato de *outsourcing* (es decir, el que celebran las dos empresas usuaria y prestataria) es de naturaleza mercantil y además bilateral; sin embargo, al analizar el objeto primordial del contrato, es decir, el

¹⁸ Martínez Chacón, Edgar R. La naturaleza jurídica del *outsourcing*. En: <http://biblioteca.usac.edu.gt>. Consulta: 25 de noviembre de 2009.

requerimiento de una empresa usuaria de contar con servicios personales para el desarrollo de una gestión específica de su negocio, por lo cual recurre a un agente externo quien los pone a su servicio contratando el personal por medio de un contrato de trabajo, resulta sumamente clara la razón por la cual la figura contractual también ha sido analizada desde esta perspectiva, e incluso también ha sido objeto de críticas, motivadas principalmente en principios protectores que rigen la materia de empleo. Sobre el particular, el criterio de Sanguinetti se basa en los siguientes argumentos:

En principio, la vinculación de la aportación de terceros al proceso productivo puede tener lugar de dos maneras distintas: bien mediante la contratación de colaboradores externos, los cuales desarrollan sus tareas de forma personal y directa contando con medios materiales propios, o bien a través del establecimiento de relaciones de colaboración con empresas auxiliares, que ejecutan la parcela de actividad que les ha sido encomendada con su propio personal. ... cuando se opta por el recurso a sociedades contratistas, la descentralización introduce una división del trabajo entre empresas en principio distintas, en tanto que cada una cuenta con su propia organización de medios y su propio personal, pero dentro de la cual aquella que es titular del proceso global de producción asume por lo general una posición de dominio de hecho o de derecho sobre las auxiliares con el fin de asegurarse la consecución de sus objetivos estratégicos. En los dos supuestos el efecto perseguido es, sin embargo, en última instancia el mismo: la sustitución del poder de dirección por otras formas de organización de la actividad ajena a través de las cuales se elude la configuración de un vínculo laboral con quienes atienden la actividad productiva, pero sin renunciar al control global de los procesos de producción, que se intenta mantener por otras vías... Es así como, frente a la tradicional dicotomía trabajo subordinado-trabajo autónomo hace su aparición una franja o categoría intermedia de sujetos, formalmente autónomos pero materialmente dependientes de la empresa comitente, cuyo encuadramiento en función de los criterios tradicionales

resulta las más de las veces sumamente complejo, cuando no insatisfactorio en cuanto a sus resultados ... A esta mayor dificultad calificatoria se añade, finalmente, la evidente posibilidad de utilización de estas nuevas modalidades de inserción en la actividad ajena como meras formas de encubrimiento de la existencia de relaciones de trabajo en régimen de dependencia en provecho de la empresa principal. Una posibilidad que se incrementa de forma notable como consecuencia de la evolución de las técnicas contractuales y la tendencia a asegurar a través de ellas resultados en última instancia semejantes a los que hasta el momento se habían venido garantizando mediante el poder de dirección. Las figuras del falso trabajador autónomo, así como de la empresa “pantalla” o interpuesta entre los trabajadores y aquella que organiza y dirige realmente su actividad, adquieren a partir de estos fenómenos mayores posibilidades de plasmación que en el pasado¹⁹.

Atendiendo a los argumentos inicialmente esbozados acerca de los principios generales de la teoría de la contratación que facultan la celebración de contratos de esta naturaleza, así como la razón de sus orígenes, es posible concluir que el *outsourcing* se trata de una forma de contratación legalmente viable que surge a partir de la expansión empresarial y la cual permite a una empresa contar con servicios personales dentro de su misma operación sin ostentar la cualidad de patrono, por lo que necesariamente supone un alejamiento del contrato laboral como la forma tradicional y por excelencia de contratación de servicios personales de forma subordinada, que se fundamenta en la libertad contractual como derecho constitucional aplicable a cualquier sujeto o corporación, atendiendo a las limitaciones anteriormente indicadas para la celebración de actos jurídicos de esta naturaleza.

¹⁹ Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Consecuencias laborales de la subcontratación: una explicación de conjunto. En: <http://www.fder.edu.uy>. Consulta: 27 de noviembre de 2009.

Considerando el criterio de Sanguinetti, peligroso sería que la iniciativa para pactar en esta forma de contratación sea utilizada para la evasión de obligaciones obrero patronales, o bien, suponga una desprotección o genere desventajas respecto a los trabajadores que sí se vinculan a las organizaciones de forma directa a través de un contrato de trabajo en sus distintas modalidades. Por supuesto que algunas particularidades propias del contrato de *outsourcing* pueden generar algunos cuestionamientos sobre una posible afectación al trabajador (por ejemplo, poca identificación con la figura patronal, limitaciones al ejercicio de derechos colectivos por dificultarse su relación con compañeros de trabajo en virtud de un potencial aislamiento, entre otros); no obstante, el fundamento para proceder con su celebración debe orientarse hacia las ventajas que genera su utilización y además considerar que un manejo ideal de la forma de contratación supone la existencia de una figura patronal claramente determinada (en la empresa proveedora) la cual, sin excepción alguna, debe cumplir con la protección de los derechos laborales mínimos y atender a cabalidad las disposiciones legales vigentes que regulan las relaciones obrero patronales, aún y cuando en la práctica, las mismas sean limitadas por las mismas circunstancias en las que se desarrolla el contrato.

En virtud de lo anterior, resulta de suma importancia delimitar expresamente las responsabilidades de cada una de las partes en los contratos de *outsourcing* con el fin primordial de garantizar la protección del trabajador y el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la contratación laboral que, en principio, involucra únicamente a la empresa proveedora y al trabajador que se pone al servicio de la empresa usuaria.

En este sentido, tomando como premisa que la subordinación jurídica, en conjunto con otros tales como la prestación personal, la remuneración, la ajenidad, la dependencia económica, han sido calificados como los elementos que califican la relación como de naturaleza laboral, por lo tanto, es de suma importancia clarificar que una vez que se pueda determinar la presencia de alguno de ellos entre la empresa usuaria y el trabajador, en ese momento sería ineludible la obligación de la primera de cumplir con las disposiciones legales que rigen este tipo de relaciones, puesto que en ese supuesto sería posible afirmar que, en efecto, existe una relación obrero patronal, la cual, como se dijo, genera obligaciones recíprocas para las partes y, sobre todo, cumplimientos específicos de quien figure como patrono, a raíz de las normas proteccionistas del trabajador en virtud de su concepción como la parte débil en las relaciones obrero patronales.

Dado que en Costa Rica, a pesar que también se han considerado algunos otros elementos adicionales como característicos de una relación de empleo, la subordinación se ha mantenido como el predominante cuando exista una discusión o análisis sobre la naturaleza jurídica de las distintas contrataciones, por lo tanto, es preciso hacer mención sobre su definición y algunos otros aspectos de importancia que deben considerarse en el manejo de este tipo de contrataciones, conforme a lo dicho, de acuerdo al criterio mayoritario de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia²⁰.

En el tema particular, como se verá más adelante, es de suma importancia tener en consideración que el poder de mando, de fiscalización, de dirección y disciplinario son

²⁰ Véase: Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2009-000625. San José, a las nueve horas treinta y cinco minutos del diez de julio de dos mil nueve

atribuciones exclusivas de los empleadores, por lo tanto, en la ejecución ideal del contrato de *outsourcing* debe ser la empresa proveedora quien ejerza dichas acciones exclusivamente hacia los trabajadores, no porque la figura se utilice para evadir cualesquiera obligaciones impuestas por ley para las relaciones obrero patronales, sino porque su objeto permite a una empresa contar con personal sin tener que recurrir a la contratación laboral tradicional, en virtud de sus requerimientos de operación la naturaleza del contrato de *outsourcing*, lo cual supone que solamente una de las empresas figurará como patrono y, por ende, los derechos laborales de los trabajadores serán apropiadamente cumplidos, tomando en cuenta las demás ventajas²¹ que su utilización pueda generar para las partes.

²¹ Acerca de las ventajas, es posible resumirlas en los siguientes tres grandes ámbitos:

- **De carácter financiero/económico:** La inversión permite reducir costos que generan capital adicional para reinvertirlo en el negocio. La empresa requiere menos personal especializado redistribuyendo de una mejor manera el tiempo para la planeación, sin que se genere para la empresa contratante la responsabilidad directa del pago de prestaciones laborales y demás cargas sociales. Además, genera la ventaja que se paga un único monto fijo de honorarios por el servicio recibido y además se garantiza la responsabilidad civil de la empresa proveedora sobre todo, en caso algún incumplimiento grave que cause daños y perjuicios a la empresa contratante, directamente o a través de un tercero contratado por la empresa proveedora. Inclusive, dado que no resulta una atribución propia de la empresa contratante si no de la contratista, disminuyen para la primera los costos de contratación de empleados (reclutamiento, selección y capacitación del personal), puesto que ya no es responsabilidad de la empresa usuaria el hacerlo, sino que lo indicado queda a cargo exclusivo de la empresa proveedora.

- **De carácter operativo:** los estudios aplicados al uso de esta figura incluso han concluido en que existe un incremento en la eficiencia y se tiene acceso a infraestructura estratégica de primer nivel (recurso humano y tecnológico) sin costo adicional. En muchas ocasiones, aún y cuando la reducción de costos puede no resultar considerable, para muchas transnacionales el costo no es necesariamente lo primordial, sino por ejemplo lograr ante terceros la eficiencia de su gestión con una cantidad determinada de empleados propios de la organización, ante lo cual se opta por contratar por *outsourcing* una parte del personal que no forma parte de su planilla y por lo tanto, permite llevar adelante el negocio de la forma más efectiva.

- **De carácter estratégico:** es posible centralizar la atención de la gestión en el objetivo primordial de la empresa contratante, lo cual permite ejecutar lo planeado en la estrategia del negocio. Una de las intenciones principales de este contrato entonces es incrementar los puntos fuertes de la empresa contratante, y mediante esta forma de subcontratación, en la organización se dispone de más tiempo para poner su atención en otros puntos que requieren interés, dado que la empresa usuaria se focaliza en su gestión y no en la administración del recurso humano de la empresa proveedora. Asimismo, aún y cuando sería valioso analizar previamente la procedencia de la terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa por parte de la empresa, lo cierto es que de cierta forma puede ejercerse presión psicológica sobre los trabajadores propios de la empresa usuaria, quienes deben mantener la eficiencia necesaria a fin de evitar que sus puestos lleguen ser externalizados.

3. Características del contrato

A partir de la precisión general del contrato de *outsourcing* es posible determinar sus principales características, las cuales, además, deben analizarse considerando los principios que rigen la teoría general de los contratos:

- **Es un contrato atípico:** En primera instancia es preciso indicar que el contrato de *outsourcing* excede la concepción tradicional de un contrato y posee una complejidad particular que obedece a las circunstancias que originan su aparición y la frecuencia en su utilización, por lo tanto, se caracteriza como atípico al carecer de regulación expresa.

Es importante indicar que a pesar que dicho contrato no cuenta con una regulación expresa, sí debe contar con la relevancia necesaria en la sociedad que los aplica a fin de ser tolerados legalmente y, por supuesto, contar con un objeto legítimo, puesto que de lo contrario su utilización se encontraría limitada, en atención a los artículos 19 al 22 del Código Civil²².

- **Es un contrato bilateral:** Es aquel en que las partes contratantes se obligan recíprocamente una frente a otra, de tal modo que se constituyen mutuamente en acreedora y

²² **Código Civil:**

ARTÍCULO 19.- Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

ARTÍCULO 20.- Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

ARTÍCULO 21.- Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe.

ARTÍCULO 22.- La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

deudora la una de la otra. Al hablar de contrato bilateral no se hace referencia al número de partes que intervienen en un contrato, sino a las obligaciones que del mismo se derivan. Así, contrato bilateral o sinalagmático, por contraposición a unilateral, es aquel del que se derivan obligaciones recíprocas para ambas partes²³.

En este sentido, Romero Pérez (2003) concluye que una de las características del *outsourcing* es precisamente su bilateralidad, en tanto: “en la realización de este convenio participan, al menos, dos partes contratantes. Interesa destacar aquí tanto los derechos como los deberes de las partes...”²⁴. A raíz de lo anterior, si bien como se dijo existen varios sujetos involucrados en la ejecución del contrato (empresa usuaria, empresa prestataria y trabajadores de esta última), las partes contratantes del *outsourcing* son las empresas que acuerdan el pago de un precio a cambio del suministro de personal para la ejecución de un determinado servicio, de acuerdo a las obligaciones que se hayan fijado para cada uno de ellos.

En una ejecución ideal de un contrato de *outsourcing*, el trabajador se vincula a través de una relación de empleo únicamente con la empresa prestataria, quien, para todos los efectos, se califica como el patrono, igualmente a través de una contratación bilateral, sin embargo, las partes del contrato formal de *outsourcing* se constituyen en la empresa usuaria y la prestataria únicamente.

²³ Tomado de: Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias. En: <http://www.iberfinanzas.com>. Consulta: 24 de noviembre de 2009.

²⁴ Romero Pérez, Jorge E. “La Externalización de Actividades Laborales (Outsourcing)”. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica número 102. 2003. San José, Costa Rica.

- **Es un contrato oneroso:** Es posible concluir que el *outsourcing* es un contrato oneroso, dado que la empresa que contrata el servicio se obliga a pagar el precio fijado por la empresa que provee el personal, o bien, este será fijado de común acuerdo entre las partes. Es decir, la onerosidad deviene de la contraprestación exigida ante la prestación o suministro que efectúa la empresa contratada, la cual lucra a partir de esta actividad. No se trata de un acto gratuito, dado que en razón del mismo, las partes realizan una atribución patrimonial recíproca²⁵.

Las anteriores consideraciones representan gran utilidad al momento de fijar los términos relativos al pago en cada contrato de *outsourcing* en específico, o bien, en cualquier otro negocio de distinta naturaleza en el que corresponda esta obligación, típica de contratos onerosos en los que existe ánimo de lucro en razón del objeto de la contratación particular.

- **Es un contrato de duración (instantáneo o de tratos sucesivos):** En contratos tales como el de *outsourcing* es posible verificar que las obligaciones de ambas partes se ejecutan en el tiempo, sea de forma inmediata o bien de manera progresiva, a fin de cumplir el objeto del contrato (la realización de las actividades delegadas). Al efecto, Romero Pérez (2003) indica: “este convenio puede ser ejecutado de modo instantáneo, en un solo acto; y, también, desarrollado a lo largo del tiempo mediante su ejecución en fases o etapas”²⁶.

²⁵ De acuerdo a la definición de contrato oneroso, por la Gran Enciclopedia de Economía. Tomado de: La gran enciclopedia de economía. <http://www.economia48.com/spa/d/contrato-oneroso/contrato-oneroso.htm>. Consulta: 23 de noviembre de 2009.

²⁶ Romero Pérez, Jorge Enrique. “La Externalización de Actividades Laborales (Outsourcing)”. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica número 102. 2003. San José, Costa Rica.

Sobre este tema resulta importante tomar en cuenta la posibilidad para las partes de dar por finalizado un contrato de *outsourcing*, cuya ejecución se haya previsto de forma sucesiva, principalmente, ante el incumplimiento grave de alguna de sus participantes. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha indica lo siguiente:

(...) el derecho de finalizar un contrato de ejecución sucesiva, aún antes de que se cumpla su plazo de vigencia, depende de dos situaciones: que las partes así lo establecieran expresamente, regulando el tiempo con el cual debe notificarse la decisión de terminación anticipada, o bien, que la ley así lo estableciera. Los convenios, según el principio de relatividad, tienen efectos imperativos entre el acreedor y el deudor, por lo cual su acatamiento tendrá entre ellos “fuerza de ley” (numeral 1022 del Código Civil) ... **Las obligaciones de ejecución sucesiva, convenidas en el libre ejercicio de la voluntad, tienen la particularidad de que al momento de ser acordadas, no permiten anticipar una serie de vicisitudes que podrían presentarse a futuro, y que harían a los contratantes desistir de continuar con el negocio. Justamente allí es donde encuentra sentido la previsión de terminación anticipada con previo aviso**²⁷ (El resaltado no pertenece a su original).

Resulta de suma importancia delimitar todas aquellas posibilidades para las partes de terminar anticipadamente un contrato de esta naturaleza con el fin de que pueda libremente acordarse la finalización en cualquier momento previo a la fecha de vencimiento determinada por las partes, sea por la simple manifestación de voluntad de cualquiera de ellas, o bien, ante la verificación de una circunstancia gravosa que, a criterio de una de las partes, impida la ejecución normal del mismo, tal y como lo constituye una conducta típica

²⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 399-F-03. San José, a las nueve horas cuarenta minutos del once de julio de dos mil tres.

de hostigamiento sexual o la ausencia de un procedimiento interno para la efectiva prevención y sanción del mismo.

- **Es un contrato con prestaciones recíprocas:** En virtud de la relación comercial que les une, para cada una de las partes se fijan obligaciones de dar y hacer respecto a la otra, las cuales deben estipularse de forma clara al momento de suscribir el contrato respectivo. Un eventual incumplimiento de las mismas conllevaría como resultado una posible terminación del contrato, tal y como se dijo anteriormente.

4. Estructura y contenido del contrato

Según la conceptualización y la naturaleza jurídica expuesta respecto al *outsourcing* líneas atrás, es posible concluir que este contrato consiste en el acuerdo de naturaleza mercantil en el que una empresa encomienda a otra la ejecución parcial de diversas tareas, o bien, de una parte de su gestión mediante la contratación de personal especializado en el área de operación requerida. En este sentido, es recomendable definir los términos específicos de la contratación, tal y como señala Martínez Chacón (2009)²⁸.

A partir de lo anterior, dado que el contrato de *outsourcing* se trata de un contrato atípico (como se expuso líneas atrás), debe contar con una estructura mínima en la cual se incorporen las cláusulas necesarias para garantizar una ejecución efectiva.. Entre las más importantes que se aconseja regular se pueden detallar las siguientes:

²⁸ Tomado de: Martínez Chacón, Edgar R. La naturaleza jurídica del *outsourcing*. En: <http://biblioteca.usac.edu.gt>. Consulta: 26 de noviembre de 2009.

- **Determinación clara de las partes que intervienen en el negocio:** Un presupuesto necesario de validez del contrato corresponde a la potestad legal que deben contar quienes suscriben el contrato y la libre manifestación de la voluntad empresarial para celebrar el determinado acto jurídico.

- **Objeto del contrato y descripción:** En esta regulación específica debe consignarse detalladamente la intención del negocio, es decir, el requerimiento específico de la empresa contratante respecto a los servicios de prestación de personal que la compañía proveedora estaría en disposición de brindar, los cuales se determinan a partir de los requisitos necesarios para la ejecución de la actividad propia de la contratante.

En esta cláusula específica, además de un detalle preciso del objeto de la contratación, se recomienda incorporar expresamente que la contratista garantiza el conocimiento y experiencia del personal designado para la ejecución de las funciones descritas en el contrato y, por ende, la capacidad de los profesionales que designe para tal efecto.

- **Plazo:** Si bien la práctica comercial dispone algunos márgenes temporales que pueden utilizarse como referencia, lo cierto es que el plazo de duración y las condiciones de renovación son exclusivas de las partes contratantes.

- **Precio y forma de pago:** Al igual que en la regulación anterior, las partes libremente acuerdan lo relativo al precio y la forma de pago, conforme a los requerimientos

específicos del servicio contratado, así como los posibles aumentos en el mismo de forma periódica²⁹.

- **Ausencia de relación laboral (naturaleza jurídica):** Quizás, de todas las cláusulas que las partes puedan libremente determinar, la relativa a la clarificación de la ausencia de la relación laboral es fundamental en los contratos de *outsourcing*, pues conforme a su naturaleza de contrato mercantil debe expresamente clarificarse que bajo ninguna circunstancia el contrato debe interpretarse como de naturaleza laboral, por lo tanto, la empresa proveedora reconoce expresamente que la relación mercantil no genera derechos laborales tales como preaviso, auxilio de cesantía, vacaciones y aguinaldo para ninguno de sus miembros, trabajadores o representantes que con ocasión del contrato de alguna forma llegaren a tener contacto con la empresa usuaria. De tal forma, en el contrato, inicialmente se clarifica que ninguno de estos sujetos tendrá derecho a exigir ningún beneficio de índole laboral derivado de la ejecución del contrato, tanto para sus representantes como para el personal designado para la prestación del servicio.

En este sentido, de igual forma resulta importante indicar expresamente que la empresa contratante no podrá ejercer actos de subordinación alguna, que pudiesen implicar una relación laboral entre las partes, pero podrá informar anomalías y recomendar posibles

²⁹ Específicamente sobre la variación en el precio pactado, Forneas Carro (2008, p.53) detalla los siguientes descriptores a fin de orientar a las partes sobre los elementos más relevantes de esta regulación en contratos de esta naturaleza: *Los precios, en un contrato a largo plazo pueden variar por varias causas: la inflación de los costes, la cotización de las divisas, la variación del volumen de actividad con el tiempo, la no correspondencia de la calidad con lo establecido, la existencia de elementos ocultos en el servicio (vicios) que impidan la realización del mismo en las condiciones previstas, ... Es necesario regular qué se va a hacer en cada una de estas situaciones.* En: Forneas Carro, José Ramón. *Outsourcing: saque el máximo partido de sus proveedores.* Madrid, España. Editorial Netbiblo S.L. 2008. p. 53.

sanciones para los trabajadores de la empresa prestataria, las cuales deberían, en principio, ser formuladas a su representante legal o a quien sea designado para tal efecto.

- **Obligaciones de las partes:** Dado que el contrato de *oustourcing* puede clasificarse como un contrato sinalagmático y de prestaciones recíprocas, es preciso que en el contrato correspondiente se detallen claramente cada una de las obligaciones de hacer y no hacer, ó de dar para cada una de las partes, inicialmente resumidas en las siguientes para la empresa prestataria:

- Suministrar por su cuenta y riesgo todo el equipo o material específico, así como el personal calificado para la prestación del servicio, todos los cuales deberán ser apropiados, en óptimas condiciones y plenamente capacitados.
- Mantener asegurado y con todos los beneficios de seguridad social y póliza de riesgos a los funcionarios que designe para la prestación del servicio contratado, así como suministrar los comprobantes idóneos.
- Mantener la confidencialidad correspondiente.
- Presentar informes periódicos a la empresa contratante.
- Lograr los resultados en el plazo pactado.
- Cumplir con las demás obligaciones que le imponga el contrato.

Por su parte, dentro de las principales obligaciones de la empresa contratante o usuaria encontramos las siguientes:

- Pago del servicio contratado en los plazos y términos acordados en el contrato.

- Abstenerse de ejercer actos de subordinación frente a los trabajadores de la empresa prestataria.
- Coordinar la estrategia del negocio sin que implique la existencia de una relación de subordinación.
- Proporcionar la información necesaria a la empresa proveedora para el cumplimiento efectivo de la prestación, entre otras.

- **Responsabilidad por daños:** Dado que las partes contratantes constituyen empresas con una gestión de negocios propia, en tesis de principio cada una de las compañías debe asumir el riesgo por los daños de cada actividad, por lo tanto, resulta necesario identificar las posibles responsabilidades civiles a afrontar por cada uno de los contratantes, de forma conjunta ante terceros y entre ambos.

Lo anterior supone que, en principio, la empresa proveedora debería responsabilizarse frente a la contratante, en su totalidad, por los daños cometidos por el personal que pone al servicio de la empresa usuaria, dado que ésta constituye la gestión principal de su negocio. En este sentido, se recomienda estipular que la contratista releva de toda responsabilidad y que indemnizará a la empresa usuaria en calidad de contratante, sus representantes y empleados o trabajadores en general, por cualquier daño, pérdida o gasto que se les ocasione en la ejecución del contrato por negligencia, impericia u omisión de la empresa suplidora, sus representantes, empleados y trabajadores en general. Igualmente, podría pactarse que la contratista sea responsable por los daños y perjuicios ocasionados a terceros con motivo de la ejecución del contrato y que cualquier pago que la contratante tuviera que

hacer, por estos extremos (en razón de cualquier motivo), sea deducido de las sumas pendientes de cancelación a la empresa proveedora.

- **Confidencialidad:** Sobre este punto en particular, la doctrina ha realizado especial énfasis en la importancia de su clara regulación en los contratos de esta naturaleza, dado que en múltiples circunstancias deviene en la razón principal para no celebrar contratos de *outsourcing*, por temor a una fuga de información confidencial que podría resultar sumamente perjudicial para la parte afectada³⁰.

Conforme lo indica Del Peso Navarro (2003, pp. 50 a 51), es de suma importancia no solo regular el alcance de la obligación de confidencialidad, sino las posibles sanciones por un incumplimiento de la misma a la que, incluso, podría sujetarse la finalización del contrato correspondiente.

Sobre esta temática en particular, la legislación costarricense cuenta con una normativa específica que regula la protección de la información confidencial, tanto en relaciones laborales como en aquellas que no lo son, siempre que exista un vínculo contractual que

³⁰ Sobre el deber de confidencialidad de ambas partes es recomendable tomar en cuenta lo siguiente: *El deber de confidencialidad que se ha de mantener en un contrato de outsourcing opera en dos sentidos: por parte del suministrador, respecto a toda la información que accede para poder realizar el trabajo; y por parte del cliente, respecto a la metodología y procedimientos que utiliza el suministrador y al que aquel tiene acceso. Es importante tener en cuenta que la información a la que accede el suministrador en algunos casos: los datos de carácter personal gozan de protección legal especial. Cuando no hay datos de carácter personal por medio, suele bastar simplemente con una cláusula en el contrato. Ahora bien, no hay inconveniente para que se incluya como anexo al contrato un pacto de confidencialidad en el que de forma más detallada se incluya aquello que se desea proteger, tanto por una como por otra parte, así como las sanciones previstas en caso de que se falte a ese deber de confidencialidad.* En: Del Peso Navarro, Emilio. Manual de *outsourcing* informático: Análisis y Contratación. Madrid, España. Editorial Díaz de Santos. Segunda Edición. 2003, pp. 50 a 51.

una a ambas partes, de conformidad con el artículo 7º de la Ley de Información Divulgada Nº 7975 del 04 de enero de 2000. A partir de esta norma, es posible pactar no solo los alcances de la obligación de confidencialidad, incluso para ambas partes, si no advertir también sobre la responsabilidad ante la divulgación de la misma, especialmente, en contratos de esta naturaleza en los que con la presencia física de sujetos y su involucramiento en procesos productivos, con suma facilidad podrían adquirir información calificada como confidencial, aún cuando la protección de la misma se encuentra tutelada por el ordenamiento jurídico, de todas maneras la inclusión de una cláusula específica en el contrato es necesaria en virtud de la delicadeza de la materia y la importancia de su regulación expresa.

- **Terminación anticipada y resolución del contrato:** Sobre este tema en específico, tal y como afirma Fórneas Carro (2008, p. 54): “todas las causas de terminación deben ser tratadas y establecer una regulación entre las partes en cada una de ellas, de manera que se minimicen los daños entre ambas partes”³¹. En este sentido, podría pactarse que en razón de un mutuo acuerdo, las partes finalicen el contrato en cualquier momento, y sin ninguna responsabilidad de parte de ellas, así como también la posibilidad que la contratante lo de resuelto de pleno derecho sin responsabilidad, en caso que los servicios que provee la empresa prestataria resulten ser deficientes, defectuosos, incompletos, presenten atrasos injustificados con relación al plazo de ejecución individual ó total de los servicios descritos en el contrato o ante el incumplimiento de cualquiera de las restantes estipulaciones convenidas entre las partes en el documento específico, sin perjuicio de ejercer las acciones

³¹ Forneas Carro, José Ramón. Outsourcing: saque el máximo partido de sus proveedores. Madrid, España. Editorial Netbiblo S.L. 2008. p. 54.

judiciales correspondientes para el cobro de daños y perjuicios ocasionados por la empresa proveedora o cualquiera de sus representantes. Adicionalmente, la contratante podría reservarse el derecho de disolver unilateralmente, por su propia voluntad, el contrato, en cuyo caso se acostumbra pactar un aviso previo y, además, asegurar la cancelación de las obligaciones hasta ese momento pendientes de pago.

- **Otras cláusulas:** Sobre el particular, la doctrina es consistente en clarificar que, por la atipicidad del contrato, es posible y además acostumbrado pactar cláusulas específicas de acuerdo a la complejidad y requerimientos específicos del negocio, entre las cuales pueden citarse: lo relativo a propiedad intelectual e industrial (cuando fuere procedente el tratamiento de imagen y marcas de ambas partes, por ejemplo), traspaso o arrendamiento de bienes, daños a terceros, entre otras disposiciones de carácter convencional, tales como la obligación de ambas partes de contar con procesos efectivos de prevención contra el hostigamiento sexual y las consecuencias del incumplimiento de esta obligación, tal y como se sugiere más adelante.

SECCIÓN TERCERA Similitudes y diferencias con otras figuras y regulación del *outsourcing* en derecho comparado

1. Comparación con otras figuras contractuales

A partir de los principios anteriormente desarrollados, es posible concluir que los sujetos se encuentran en la libertad de pactar contratos siempre que su objeto sea lícito y conforme a

la ley, así como también existe la posibilidad para que las partes de este negocio fijen libremente sus términos.

Como se dijo líneas atrás, a raíz de la viabilidad legal de la celebración de dicha modalidad de contratación, de acuerdo a las reglas de los principios de libertad de contratación y autonomía de la voluntad de las partes, como parte del proceso globalizador, ha generado la utilización cada vez más frecuente del contrato de *outsourcing*. Éste último, a partir de su conformación, ha sido objeto de análisis y comparación con figuras jurídicas preexistentes, tanto en materia civil y comercial como en materia laboral, que pueden resumirse en las siguientes:

- **Intermediación laboral, según la normativa costarricense y peruana:** El artículo 3° del Código de Trabajo dispone que intermediario es toda persona que contrata los servicios de otra u otras para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono, quien quedará obligado solidariamente por la gestión de aquél para los efectos legales que se deriven de las leyes laborales. Claramente, dicha figura no es compatible con la concepción del *outsourcing*, dado que en esta forma de contratación, el objeto principal es la contratación de una empresa que supla el personal y, por ende, figure como el patrono de los trabajadores que se pongan al servicio de la contratante.

Por otra parte, el Congreso de la República de Perú aprobó la Ley N° 27626, que regula la actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores, que establece los requisitos legales para la realización de actividades de intermediación laboral. En este sentido, el artículo primero del Decreto Supremo N° 003-2002-TR

(28/04/029) que reglamenta la Ley antes indicada y establece disposiciones para la aplicación de las leyes No. 27626 Y 27696, y establece la definición de “intermediación” en los siguientes ámbitos:

- Intermediación de servicios temporales. Consiste en emplear uno o más trabajadores con el fin de destacarlo temporalmente a una tercera persona, natural o jurídica, denominada empresa usuaria que dirige y supervisa sus tareas.
- Intermediación de servicios complementarios o altamente especializados. Consiste en prestar servicios complementarios o especializados por una persona jurídica, que destaca a su personal a una empresa usuaria para desarrollar labores complementarias o altamente especializadas, en las que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado³²

En ambos supuestos, la figura de intermediación tal y como se define anteriormente no sería compatible con la figura del *outsourcing*, dado que en este último, no debe existir supervisión alguna por parte de la empresa usuaria, como operaría (aunque sea de forma no sustancial) en el caso de la intermediación tal y como la concibe actualmente la legislación peruana.

Asimismo, el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-2002-TR de ese país, determina expresamente que no constituyen intermediación laboral:

³² Citado en Echaiz Montero, Daniel. El contrato de outsourcing. En <http://www.jurídicas.unam.mx>. Consulta: 19 de setiembre de 2009.

Los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, **los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.** Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal (El texto resaltado no pertenece a su original).

A partir de la anterior regulación se visualiza con mayor claridad la diferenciación entre ambos conceptos, dado que una de las características principales del *outsourcing* es precisamente la externalización de actividades por parte de la empresa usuaria a la prestataria, supuesto que la norma previamente citada expresamente excluye, por lo cual, podría concluirse que la intermediación como se concibe anteriormente no es compatible con el *outsourcing*.

- **Tercerización, según la legislación peruana:** Por otra parte, la legislación de Perú mediante la Ley N° 29245 del 24 de junio de 2008, denominada “Ley que regula los servicios de tercerización” define esta figura en el artículo segundo y explica que tercerización se refiere a la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean

responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Podría concluirse de forma preliminar que la figura de la tercerización, según esta definición, se asemeja a la conceptualización del contrato de *outsourcing* tal y como se expuso líneas atrás. No obstante lo indicado, el artículo segundo continúa detallando las características de esta figura legal, entre los que se enumera “la pluralidad de clientes que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. **En ningún caso se admite la sola provisión de personal**”³³. Sin duda, la aclaración resaltada que realiza la norma arroja un cuestionamiento sobre la similitud con el *outsourcing*, figura que como condición de su utilización no necesariamente requiere la intervención directa en la línea del negocio de la empresa, dado que como se expuso es perfectamente posible el suministro de personal únicamente, conforme a los requerimientos de la empresa contratante o usuaria.

Si bien es cierto el contrato de *outsourcing* nace y se fundamenta en la expansión de fronteras y mercados empresariales que necesariamente da lugar a la creación y utilización de figuras contractuales distintas a las tradicionales con el fin de cubrir necesidades en ocasiones imprevistas por los ordenamientos jurídicos locales, bajo esta tesis no podría condicionarse o limitarse el *outsourcing* únicamente a aquellos contratos o procesos que tengan por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo, interpretado éste como la asignación de una obra de envergadura considerable, o bien, una incidencia necesaria en la ejecución de determinados bienes y servicios que requiera,

³³ El resaltado no pertenece al original.

incluso, una inversión de capital por parte de la empresa “tercerizadora” como lo concibe la legislación peruana, puesto que un contrato de outsourcing plenamente válido podría constituir el que una empresa usuaria requiera cubrir temporalmente dos plazas vacantes ante la suspensión de contratos de trabajo propios por causas de diversa naturaleza, que si bien son necesarias para su operación, no pueden calificarse como una parte “integral” de ésta y por esto el contrato no deja de tener la validez correspondiente.

Más aún, el artículo quinto de la ley indicada dispone que: “los contratos de tercerización (...) que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal (...)”; es decir, la normativa peruana expresamente concluye en que si únicamente se tratase de una provisión de personal (que como se dijo, puede perfectamente realizarse a través de un contrato de *outsourcing*) lo anterior necesariamente genera un vínculo de naturaleza laboral con los sujetos designados para la prestación del servicio; no obstante, es harto conocido que para efectuar esta conclusión los elementos de la relación laboral deben poder determinarse en la práctica, de lo contrario sería posible fundamentar que efectivamente no existe tal relación laboral y que, por su parte, lo que se convino fue en un contrato de *outsourcing* de suministro de personal únicamente.

2. Regulaciones en el Derecho comparado

A diferencia del caso de Costa Rica, que como se verá no es posible determinar la existencia de regulaciones integrales sobre esta figura en particular, algunos otros países sí han normado esta forma de contratación en razón de utilización cada vez más frecuente y la

necesidad de regular sus aspectos principales. En este sentido, resulta de interés verificar algunos de los ejemplos más significativos que resulten relevantes para el estudio del tema en cuestión.

En primera instancia, es preciso analizar el Convenio N° 181 del año 1997, sobre Agencias de Empleo Privadas de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) a fin de delimitar si sus disposiciones resultan aplicables al *outsourcing* según la redacción del convenio, tomando en cuenta que el mismo se ha emitido a raíz de “la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo”, tal y como establece su texto introductorio.

Sobre el particular, es preciso tomar en cuenta el concepto de “agencia de empleo privada”, la misma que en el artículo primero del Convenio se conceptualiza como toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas que presta, entre otros, servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (a la cual denomina “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución. A partir del análisis de esta definición, el concepto de agencia de empleo privada podría resultar incompatible con la figura del *outsourcing*, puesto que la última frase, en lo relacionado a la designación de tareas y supervisión de las mismas, podría implicar la presencia del elemento de subordinación respecto al personal que ejecuta el servicio, por lo tanto, la empresa usuaria podría ser considerada como el patrono dado que dicha frase podría sugerir la posible presencia del elemento de la subordinación y, por lo tanto, de una posible relación laboral entre la empresa usuaria y los trabajadores, lo cual no es compatible con el objeto del *outsourcing*, el cual es precisamente la externalización

de actividades a través de la contratación de una empresa que provee el personal (empleado por esta última, la empresa prestataria o suplidora) quien figura como el patrono para todos los efectos legales.

Sin embargo, las disposiciones del Convenio específico podrían resultar de utilidad al momento de celebrar un contrato de *outsourcing* y determinar las obligaciones de cada parte, puesto que el mismo determina que los Miembros de la Organización deberán velar porque los trabajadores empleados por estas agencias gocen de una protección adecuada en los siguientes aspectos³⁴.

- a) Libertad sindical.
- b) Negociación colectiva.
- c) Salarios mínimos.
- d) Tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo
- e) Prestaciones de seguridad social obligatorias.
- f) Acceso a la formación.
- g) Seguridad y salud en el trabajo.
- h) Indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional
- i) Indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales.
- j) Protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales.

³⁴ Artículo 11. Organización Internacional del Trabajo. Convenio Número 181, sobre las Agencias de Empleo Privadas. 1997.

Si bien es debatible que las disposiciones específicas de este Convenio se ajusten a la figura del *outsourcing* tradicionalmente concebido, ciertamente las partes de un contrato de *outsourcing* deberían velar por la protección de los derechos del trabajador, incluyendo como prioritarios los indicados anteriormente, los cuales, sin duda, pueden tomarse como referencia al momento de fijar las obligaciones de cada una de las partes y, principalmente, de la empresa prestataria que para todos los efectos debe considerarse como el patrono.

En el caso específico de **Panamá**, el Código de Trabajo reformado recientemente de forma integral establece una serie de regulaciones que podrían resultar de aplicación para el tema que nos ocupa. En primer lugar, debe tomarse en cuenta que el artículo 87 de este cuerpo de leyes designa como empleador a toda persona natural o jurídica que recibe del trabajador la prestación de servicios o la ejecución de la obra. Es decir, podría concluirse que patrono es aquella empresa que se beneficia de la prestación del servicio, como ocurre con la empresa usuaria en el *outsourcing*.

Ahora bien, el artículo 94 del Código de Trabajo de este país estipula una prohibición genérica, en tanto dispone que “se prohíben los arreglos, contratos y combinaciones mediante los cuales una persona o empresa proporcione a otra una parte o todos los trabajadores que necesite para su funcionamiento, manteniendo la primera su condición de empleador...”. En caso de una violación a esta norma en particular, se realiza una referencia expresa al artículo 90 de este mismo cuerpo de leyes, el cual dispone que tratándose de empresas que ejecuten trabajos de manera exclusiva o principal para el beneficio de otra empresa, ésta y no aquélla será reputada como empleador de todos los trabajadores que presten sus servicios a la primera, pero ambas serán solidariamente

responsables por todas las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores.

Es decir, en atención a la presunción del artículo 87, antes citado, ante la violación de la normativa que expresamente prohíbe este tipo de contratos, la empresa usuaria es la que podría ser reputada como empleadora y, en todo caso, ambas podrían ser solidariamente responsables frente al trabajador, en atención al principio protector que prima en las relaciones de trabajo³⁵.

Sin embargo, la normativa panameña dispone, de forma excepcional, la posibilidad de celebrar dichos contratos bajo los siguientes términos:

Artículo 95. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, previa autorización del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, se permitirá el funcionamiento de empresas que se dediquen a proporcionar a sus propios trabajadores para que presten servicios a las empresas que tengan necesidad de utilizarlos temporalmente, por períodos que no excedan de dos meses, bajo su inmediata dirección y de conformidad con las siguientes reglas:

1. El salario mínimo que deban recibir los trabajadores será el más alto fijado en el distrito respectivo;
2. Las empresas que utilicen los servicios de los trabajadores serán solidariamente responsables con la empresa empleadora, por los salarios, prestaciones e

³⁵ Sobre el principio protector, Pla Rodríguez indica: *“El principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador. Mientras que en el derecho común, una preocupación constante parece asegurar la paridad jurídica entre los contratantes, en el derecho laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes para lograr, mediante esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes...”*.

indemnizaciones correspondientes al período en que, en cada ocasión, utilicen sus servicios;

3. Los actos de la persona o empresa beneficiaria del servicio, en perjuicio del trabajador, se reputarán como actos propios del empleador, para todos los efectos legales.

El Ministerio de Trabajo y Bienestar Social queda facultado para reglamentar esta disposición, y velará por que a través de estas empresas no se eludan las disposiciones sobre colocación de los trabajadores.

Es decir, conforme a la anterior regulación, al igual que en las disposiciones del Convenio número 181 de la OIT, la normativa pretende el resguardo de derechos laborales mínimos (en Panamá específicamente el salario mínimo) y, en este caso particular, extiende la responsabilidad a las dos compañías respecto al trabajador con el ánimo de proteger todos los derechos e indemnizaciones que pudieren corresponderle; sin embargo, tal y como indica la norma panameña previamente citada, las contrataciones indicadas no podrán exceder un período de dos meses, y deberá mediar, a la vez, la autorización del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social.

No obstante lo indicado en líneas anteriores, sin duda reviste especial importancia revisar nuevamente la normativa de la subcontratación en **Uruguay**, principalmente sobre la responsabilidad frente al incumplimiento de cualquiera de las empresas de derechos exclusivos del trabajador y, además, relativas a obligaciones obrero patronales que puedan corresponder frente a instituciones gubernamentales. En este sentido, el artículo cuarto de la Ley N° 18.251 dispone lo siguiente:

Artículo 4°. (Información sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social).- Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra tiene derecho a ser informado por éstos sobre el monto y el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como las correspondientes a la protección de la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que a éstos correspondan respecto de sus trabajadores.

A esos efectos, queda facultado a exigir a la empresa contratada la exhibición de los siguientes documentos:

- a. Declaración nominada de historia laboral (artículo 87 de la Ley N° 16.713, de 3 de setiembre de 1995) y recibo de pago de cotizaciones al organismo previsional.
- b. Certificado que acredite situación regular de pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional que corresponda (artículo 663 de la Ley N° 16.170, de 28 de diciembre de 1990)
- c. Constancia del Banco de Seguros del Estado que acredite la existencia del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.
- d. Planilla de control de trabajo, recibos de haberes salariales y, en su caso, convenio colectivo aplicable.

Asimismo, podrá requerir los datos personales de los trabajadores comprendidos en la prestación del servicio a efectos de realizar los controles que estime pertinentes.

Por su parte, si bien se cuestionó sobre la similitud entre el *outsourcing* y la figura de la “tercerización” regulada por la legislación de **Perú**, las regulaciones en dicha normativa también pueden tomarse en cuenta como referencia, principalmente, para garantizar los derechos laborales de los sujetos quienes, en virtud del contrato en particular, tengan participación directa en la ejecución del mismo, tal y como se detalla en el artículo 7 de la Ley N° 29245 denominada “Ley que regula los servicios de tercerización”:

Artículo 7. Garantía de derechos laborales.

Los trabajadores de las empresas que prestan servicios de tercerización tienen los siguientes derechos, sin perjuicio de los ya establecidos en la legislación laboral vigente:

1. Los trabajadores bajo contrato de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización, respecto de su empleador.
2. Los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal en una tercerización, cualquiera que fuese la modalidad de contratación laboral utilizada, como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado o bajo modalidad, tiene respecto de su empleador todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa vigente; en consecuencia, los trabajadores no están sujetos a subordinación por parte de la empresa principal.
3. La tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo a aquella realizada en la tercerización de servicios, no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir los trabajadores en huelga o afectar la situación la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical.
4. Cuando corresponda, los trabajadores pueden interponer denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o recurrir al Poder Judicial, para solicitar la protección de sus derechos colectivos, incluyendo los referidos en el numeral 2 del presente artículo, a impugnar las prácticas antisindicales, incluyendo a aquellas descritas en el numeral 3 del presente artículo, a la verificación de la naturaleza de los contratos de trabajo sujetos a modalidad de acuerdo con la legislación laboral vigente, a impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación, y obtener, si correspondiera, su reposición en el puesto de trabajo, su reconocimiento como trabajador de la empresa principal, así como las

indemnizaciones, costos y costas que corresponda declarar en un proceso judicial, sin perjuicio de la aplicación de multas.

Tal y como se dijo anteriormente, si bien no necesariamente las figuras expuestas coinciden en su totalidad con el *outsourcing*, indudablemente todos estos elementos resultan de suma utilidad al momento de determinar las obligaciones de las partes en un contrato de *outsourcing* actualmente en nuestro país, ante la ausencia de un marco legal local de referencia en el que se determinen las obligaciones anteriormente expuestas a manera de ejemplo, tal y como se verá a continuación.

SECCIÓN CUARTA Regulación en Costa Rica

Es posible caracterizar al contrato de *outsourcing* como un contrato atípico, dado que no se encuentra regulado actualmente en nuestro país en rango legal. Si bien en Costa Rica de forma incipiente se han determinado algunas disposiciones de carácter general, de utilidad en su aplicación y, sobre todo, en caso que sea necesario dirimir algún conflicto de diferente naturaleza durante su ejecución o al finalizar el contrato por cualquier motivo, es posible concluir que a la fecha no existe disposición legal alguna en Costa Rica que regule los términos de su ejecución, de forma integral.

La ausencia de esta regulación específica no implica la ilegalidad en su utilización y aplicación, puesto que ya fue posible determinar que para las partes es posible convenir en el mismo, atendiendo a los principios de autonomía de la voluntad y libre contratación, y siempre que su objeto y ejercicio no dañe la moral social, el orden público o los derechos

de terceros, en los términos que ha determinado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, es posible afirmar que no existe un cuerpo de leyes que oriente y dirija a las partes en caso de pactar un contrato de esta naturaleza. De ahí que es preciso determinar si la normativa laboral o mercantil dispone, de forma esporádica, de alguna figura que podría asemejarse a la que nos ocupa.

En primera instancia, la figura del intermediario tal y como la concibe el Código de Trabajo, no resulta compatible con el *outsourcing*, principalmente, porque en ese supuesto, la relación laboral se mantiene entre la empresa, quien se beneficia de la prestación de los servicios y, por lo tanto, el intermediario nunca figura como el patrono, lo cual no ocurre en el *outsourcing*, cuyo principal objetivo es que una empresa externalice o delegue ciertas actividades en un tercero que, para todo efecto legal, se considere como el patrono.

Más aún, el contrato de *outsourcing* no es considerado como un contrato regulado por el derecho laboral en tanto el intermediario sí lo es, máxime porque está incluido precisamente dentro de la normativa que integra el Código de la materia. Aunado a lo anterior, esta última figura supone que el intermediario no cuenta con capital propio, puesto que de ser así, sería considerado como patrono y no como intermediario, en una relación laboral tradicional, lo cual, de manera concluyente, hace suponer que no se trata de la figura del *outsourcing* en la cual existe una empresa (prestataria, suplidora, contratista) que se supone cuenta con una operación que le permite proveer personal a otra empresa (cliente, usuaria, contratante) y asumir los costos que implica la relación obrero patronal con sus

trabajadores a quienes debería proveer o garantizar los suministros necesarios para la ejecución del servicio, lo cual presume la existencia de capital propio para subvencionar dichos gastos y además, obtener ganancia de capital.

De ahí que, atendiendo a los artículos primero y noveno del Código Civil³⁶, es preciso verificar el criterio de las autoridades judiciales y, en su defecto, administrativas, respecto a la forma de contratación que nos ocupa.

En primera instancia, la resolución N° 99-232 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia al efecto indica:

La sociedad actora se dedica a la producción de banano, para la exportación. A fin de realizar ese negocio, utiliza los servicios de otras empresas que ejecutan trabajos de desarrollo agrícola; a saber, construcción de drenajes, siembra, preparación de la tierra y, en general, diversos trabajos de campo. Para ello, contrató los servicios de las siguientes empresas:... Estas empresas tienen sus propios empleados, con quienes dan los servicios u obras requeridas. La Caja Costarricense de Seguro Social estimó que no se trata de empresas independientes sino de meros intermediarios de la actora; por lo que la requirió para que efectuara el pago de las planillas adeudadas, por concepto de pago de las cuotas obrero patronales, respecto de los empleados utilizados por las empresas citadas. Ello motivó a "Geest Caribbean Americas, Limitada" a formular esta demanda, con la

³⁶ Código Civil. ARTÍCULO 1°- *Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico.*

Código Civil. ARTÍCULO 9°- *La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.*

finalidad de que se declare que la demandada, no tiene derecho a cobrarle a ella esos extremos y que, en caso de que los hubiere pagado, debe reintegrarle las sumas canceladas, más los intereses de ley ... **La sociedad actora se dedica a la producción de banano, para la exportación. A fin de realizar ese negocio, utiliza los servicios de otras empresas que ejecutan trabajos de desarrollo agrícola; a saber, construcción de drenajes, siembra, preparación de la tierra y, en general, diversos trabajos de campo. Para ello, contrató los servicios de las siguientes empresas ... Estas empresas tienen sus propios empleados, con quienes dan los servicios u obras requeridas. ... La sociedad actora aduce que, el ente demandado no tiene derecho a cobrarle ninguna suma, por concepto de cuotas obrero patronales, ni de planillas; dado que, los trabajadores que utilizan las diversas empresas -contratadas a su vez por ella, para prestar diversos servicios-, no están subordinados a sus directrices y no perciben salario alguno, de su parte; por lo que, ni siquiera se les puede considerar, a esas empresas, como intermediarias de ella en tales contrataciones. (...) Bajo esta clara perspectiva y, con la prueba evacuada en los autos, es posible concluir que no existía intermediación ni, consecuentemente, relación de subordinación jurídica alguna entre la actora y los trabajadores de las empresas, con las cuales ella subcontractaba la prestación de determinados servicios.** ... Tal prueba testimonial demuestra, en forma diáfana y fehaciente, que **no existía ningún tipo de subordinación jurídica, entre los empleados de las empresas subcontractadas y la sociedad actora; por lo que, ésta no está obligada legalmente a cancelar las cuotas obreros patronales ni las planillas de esos trabajadores,** puesto que, el hecho de que la accionante tenga que verificar el cumplimiento debido de las prestaciones, para las cuales fueron expresamente contratadas las diversas empresas, constituye la necesaria y lógica consecuencia de todo contrato bilateral, donde el pago se encuentra sujeto al efectivo y cabal cumplimiento de las obligaciones y no por ello genera los efectos de una subordinación jurídica.³⁷

³⁷ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución no. 00232-99. San José, a las nueve horas cuarenta minutos del trece de agosto de mil novecientos noventa y nueve.

Tal y como se desprende de la cita anterior, en el caso particular que analiza la Sala Segunda, se determina que no existe subordinación jurídica entre la empresa a quien la Caja Costarricense del Seguro Social califica como patrono y, por ende, a quien pretende cobrar las cuotas obrero patronales, puesto que se reconoce que la relación laboral de los trabajadores en cuestión no fue desarrollada de forma bilateral con la demandada y que, en su lugar, existen otras empresas contratadas por la demandada que se dedican a suplir el personal necesario, típicamente conocido como *outsourcing*.

Aún y cuando la Sala Segunda se limita a analizar la posible responsabilidad de la demandada que contrata servicios de personal a diversas compañías y no la figura propiamente, es posible concluir que la ejecución ideal del *outsourcing* supone que quien se considera como patrono para todos los efectos debe ser la empresa usuaria y que de lo contrario, si fuere posible determinar los elementos típicos de una relación de empleo con alguna otra empresa, ésta sería parcial o totalmente responsable ante el trabajador y las autoridades correspondientes.

Por otra parte, recientemente, en el año 2008, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia analizó un caso en el que se impugna la legitimidad del despido con justa causa aplicado a un trabajador contratado para una empresa que, a la vez, presta sus servicios a otra compañía en razón de un contrato de *outsourcing*. Al efecto, la Sala consideró lo siguiente:

Ya esta Sala ha señalado que los documentos en donde se hagan constar faltas por parte de los trabajadores a sus obligaciones laborales deben contar con un respaldo probatorio que los confirme... En el caso bajo análisis, la prueba que vino a respaldar esa documental la constituyó la declaración del señor Jairo Rivera Quesada ... la Sala concluye que la parte demandada sí logró demostrar la falta que invocó para justificar la máxima sanción impuesta, pues no solo se cuenta con el informe escrito donde se hizo el reporte de lo sucedido, sino que también se evacuó la declaración de un testigo que tuvo la posibilidad de observar el video(... Lleva razón el recurrente en cuanto sostiene que el monto económico de lo sustraído no tiene ninguna relevancia, pues lo fundamental en un caso como este es el comportamiento anómalo en que se incurre, lo que sin duda constituye falta grave, dado que el trabajador lesionó la labor principal para la que fue contratado, en el tanto en que se desempeñaba como oficial de seguridad, encargado de resguardar los bienes que sometieron a su custodia. **Sin duda, su actuar también perjudicó gravemente la confianza que se le tenía, haciendo imposible con ello la prosecución de la relación de trabajo, al tiempo que puso en riesgo el contrato que su empleadora mantenía con la empresa cliente.** El testigo que declaró en autos ha dado su versión sobre los hechos con fundamento en un video de la empresa para la que prestaban el servicio de vigilancia. La parte actora ha objetado esa situación con base en el hecho de que la parte demandada no presentó la grabación. No obstante que ello es cierto, **la Sala considera justificada la no presentación de ese medio de prueba, puesto que como se indicó, el video pertenece a la empresa farmacéutica a la que se prestaba el servicio de vigilancia**³⁸.

Además de resaltar la relevancia de la sentencia, respecto a la manifestación expresa que hace la Sala sobre la necesidad de otro medio de prueba que respalde “las faltas por parte

³⁸ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 2008-000211. San José, a las nueve horas quince minutos del siete de marzo del dos mil ocho.

de trabajadores a sus obligaciones laborales”, y que demuestren fehacientemente las faltas cometidas en sede judicial que fácilmente puede obtenerse en las investigaciones realizadas al interior de la empresa, resulta también de importancia el criterio de la Sala en torno a que por haberse cometido la falta grave en contra de bienes de la empresa usuaria se puso en riesgo la contratación entre ambas empresas. Más aún, el hecho que la Sala justifica plenamente que no se presenten videos pertenecientes a la empresa usuaria, dado que esta última no es el patrono y, en principio, no debe participar directamente en la comprobación de la falta, con medios probatorios de su propiedad.

Ahora bien, la Caja Costarricense del Seguro Social también se ha pronunciado en torno a la responsabilidad del pago de cuotas obrero patronales de alguna compañía cuando logre demostrarse el vínculo económico entre empresas y la prestación de servicios personales de trabajadores, en tanto concluyó en lo siguiente para el caso específico de una empresa sujeta a cobro, asunto resuelto en el año 2005:

Aunado a lo anterior, es necesario reiterar la posición de la Gerencia de la División Financiera cuando alude al artículo 51 de la Ley Constitutiva de la Caja, que establece la responsabilidad solidaria por las acciones o las omisiones violatorias de la Ley Constitutiva de la Caja, cometidas por los representantes en el ejercicio (sic) de sus funciones cuando personas jurídicas, entidades o colectividades constituyen una unidad económica, ya que en la especie se puede hablar más allá de los formalismos de la presencia de una unidad económica o grupo de interés económico. Habida cuenta de que Servicios Laborales S.A. es el ente inscrito ante la Caja Costarricense de Seguro Social para asegurar a los trabajadores de la actividad de pizza e, incluso, los recurrentes aceptan que la contratación de los trabajadores en el país únicamente la han desarrollado con este grupo de

sociedades, existen otras sociedades propietarias de los restaurantes que aparecen como contribuyentes ante la Tributación Directa (*Food, Works Outlet S.A.*, es un caso específico) y las patentes de funcionamiento de dichos locales están en poder de otras sociedades (*Alimentos Outlet S.A.*, por ejemplo). Aunque se reitera que es por medio del ente Servicios Laborales S.A., como se asegura a los trabajadores ante la Caja, por cuanto las otras no están inscritas como patronos ante la Institución.

Como puede observarse, aún y cuando no existan regulaciones específicas sobre el contrato en cuestión, las autoridades administrativas y judiciales podrían declarar la responsabilidad solidaria entre ambas empresas en aras de garantizar el cumplimiento de las relaciones obrero patronales dispuestas en la ley; en ese caso, el grado de responsabilidad dependerá del análisis sobre la eventual presencia de elementos característicos de la relación obrero patronal, por lo que, en principio, si no fuere posible determinarlos en la relación del trabajador con alguna de las dos empresas, únicamente quien figure como patrono debería ser el responsable del cumplimiento de tales obligaciones, siempre que la otra parte involucrada logre demostrar, fehacientemente, la inexistencia de la relación laboral presuntamente alegada.

CAPÍTULO III. EL CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES

Sección Primera. Antecedentes

La necesidad humana de la contratación de servicios personales ha tomado formas distintas a la concepción tradicional típica del contrato de trabajo, conforme a las particularidades

específicas de los contratantes, en virtud de las cuales no en todos los casos la necesidad o tarea requiere una prestación del servicio de forma subordinada, dado que, por el contrario, es posible ejecutar el mismo con cierta liberalidad y, por ende, utilizando una figura contractual distinta. Lo anterior, puesto que para satisfacer sus necesidades las personas deben realizar intercambios económicos, cuya mayor parte constituye la base de lo que se denomina contrato, el cual será denominado y clasificado según su objeto específico. Sobre el particular, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de forma reiterada ha manifestado lo siguiente:

El Derecho Laboral enfrenta actualmente nuevos retos, entre los que se incluye la necesidad de determinar sus alcances en relación con nuevas formas de contratación y el auge de algunas figuras que antes no se usaban mayormente. Los cambios económicos y los avances en la tecnología, así como el desarrollo de nuevos sistemas de producción han dado paso a distintas figuras de prestación de servicios, conocidas con el nombre de contratos atípicos; por cuanto, en ellos se ven desdibujados los elementos característicos que definen una relación de trabajo. Así, el típico contrato de trabajo, sea el pactado por tiempo indefinido en jornada ordinaria normal y ejecutado en las instalaciones del empleador, en mayor o menor medida, ha cedido ante otras figuras, nuevas o preexistentes, pero cuya utilización no revestía mayor importancia. Se nota, entonces, el auge de contratos a plazo o por obra determinada, del contrato a domicilio, los contratos a tiempo parcial, el desarrollo de las distintas modalidades de descentralización productiva, entre ellas el contrato de prestación de servicios, entre otras muchas figuras. El problema de identificar la existencia de un verdadero contrato de trabajo se exagera con el proceso de relativización de la noción de subordinación, que se da en muchos de esos supuestos, lo que produce mayor dificultad para establecer la frontera entre una relación laboral y el trabajo por cuenta propia; pues, en gran cantidad de casos, la noción de dependencia no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el

trabajo por cuenta ajena donde, en muchas ocasiones, las labores se desarrollan por cuenta propia en cuanto a la forma de organizar su trabajo, pero por cuenta ajena, en cuanto al ámbito directivo y disciplinario (López Gandía, Juan. Contrato de trabajo y figuras afines, Valencia, Tirant lo blach, 1999, pp. 9-12). Le corresponde entonces al operador jurídico determinar, en cada caso concreto, según las circunstancias particulares que en cada uno se presenten, si se está o no en presencia de una relación laboral³⁹.

A partir de este último razonamiento se deriva la razón por la cual nace el contrato por servicios profesionales o de arrendamiento de servicios personales, definido por Olmeda García (2007, p. 165) como “un contrato por el cual una persona llamada profesional o profesor se obliga a prestar un servicio técnico a favor de otra llamada cliente, a cambio de una retribución llamada honorario”⁴⁰. No obstante esta sencilla definición, el hecho que el contrato de servicios implique una prestación de carácter personal involucra una complejidad significativa respecto a su análisis conceptual, ampliamente discutido en doctrina a partir de sus elementos esenciales y forma de organización, lo cual puede resumirse de la siguiente manera y que será sujeto de análisis en un apartado específico subsiguiente:

La lógica de la concepción jurídica binaria de las relaciones de trabajo personales lleva a pensar que estas relaciones de trabajo particulares encajan a la perfección en la categoría de los contratos personales de servicios. Es más, son supuestamente el arquetipo mismo de esta categoría jurídica, ya que desde tiempo atrás se denomina “liberales” a estas profesiones porque se considera que quienes se

³⁹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2006-0008. San José, a las nueve horas treinta minutos del veinte de enero del dos mil seis.

⁴⁰ Olmeda García, Marina P. Ética Profesional en el Ejercicio del Derecho. Ciudad de México, México. Universidad Autónoma de Baja California, Departamento de Editorial Universitaria. 2007. p. 165.

dedican a ellas lo hacen de manera autónoma y no en tanto a “sirvientes” subordinados. Ahora bien, la configuración jurídica de estas relaciones de trabajo personales no es en realidad tan simple, ni mucho menos. Hay una divergencia considerable entre los ordenamientos europeos por lo que se refiere a los regímenes reguladores que se han ideado para las diversas profesiones liberales – derecho, medicina, arquitectura y contabilidad, por ejemplo - , pero podemos generalizar y decir que quienes las practican lo hacen a menudo dentro de nexos de trabajo personales complejísimos. En estos nexos intervienen, en calidad de agentes jurídicos y de distintos modos, las autoridades públicas, los órganos profesionales (que tienen responsabilidad frente a la sociedad) y, en otro sentido, los colegas que colaboran conforme a distintas modalidades de asociación o colegialidad⁴¹.

Conforme a lo indicado es preciso delimitar las principales características del contrato y hacer referencia a su naturaleza jurídica para poder exponer las razones por las cuales existe una amplia discusión sobre la pertinencia en su utilización, así como la forma correcta de implementarlo, a fin de evitar riesgos en su aplicación.

SECCIÓN SEGUNDA Definición y principales consideraciones

1. Concepto y generalidades acerca del contrato

A nivel doctrinario existen múltiples definiciones⁴² sobre el contrato de prestación de servicios profesionales, sin embargo, todas ellas convergen en algunos elementos

⁴¹ Freedland, Mark. Aplicación del derecho laboral más allá del contrato de trabajo. En Revista Internacional del Trabajo, vol. 126, No. 1-2 2007, Ginebra, Suiza, pp. 10 y 11.

⁴² El concepto del contrato por servicios profesionales o de profesionales independientes puede resumirse en los siguientes textos conforme al criterio de diferentes autores:
- *Se trata de personas que trabajan por su cuenta, cuyos servicios están sujetos a un contrato para que realicen tareas especializadas, que por lo general requieren un grado importante de independencia, juicio,*

característicos y propios de contratos de esta naturaleza, conforme a la intención inicial que motiva su utilización tan frecuente actualmente. A partir de las mismas, es posible concluir que el contrato por servicios profesionales consiste en que, de forma liberal, una de las partes presta sus servicios especializados a favor de otra, denominada contratante, a cambio de un pago denominado honorarios.

En la práctica, el contrato por servicios profesionales se utiliza cuando se requiere la prestación de servicios personales especializados brindados por un profesional independiente, a través de una forma de contratación distinta al contrato de trabajo en virtud de sus propias características. En el mismo pueden manifestarse dos elementos típicos de la contratación laboral (prestación personal y remuneración) pero se distingue

habilidad y discreción. Los profesionales independientes cobran por contrato o por honorarios (...), deben satisfacer, auténticamente, los requisitos legales para su condición, o el empleador será declarado responsable del pago de impuestos sobre nóminas, beneficios y otros más. En: Dessler, Gary. Administración de Personal, Octava Edición. Ciudad de México, México. Pearson Educación. 2001. p. 146.

- En este contrato que es normalmente de duración, la actividad se presta sin subordinación o dependencia, y fijando libremente el precio de los servicios (por ejemplo, percibiendo la remuneración en función de cada hora de servicio prestado ... Es la clásica figura contractual que acoge el trabajo de las profesiones llamadas liberales (médicos, abogados, arquitectos, etc. ... si bien estas profesiones ("trabajadores intelectuales"), cada vez más intensamente, pueden ser ejercitadas a través del contrato de trabajo (dependencia, cesión inicial de los frutos y régimen retributivo salarial, ...; un excepcional supuesto de quien que presta servicios a una misma persona jurídica sometido a arrendamiento de servicio y a contrato de trabajo... El arrendamiento de servicios es un tipo contractual en el que tiende a incluirse una parte nada intrascendente del trabajo para otro, saliendo del ámbito de aplicación de las normas laborales. La implantación de este tipo contractual (y, por tanto, los problemas fronterizos) se impone por necesidades del sistema productivo y la ampliación del trabajo por cuenta propia. Será la nota de la propiedad inicial de los frutos (o sea la ausencia de ajenidad... la que caracterice al trabajo prestado en arrendamiento de servicios tanto o más aún que la graduación en la fijación o determinación del propio trabajo (dependencia...)). El arrendamiento de servicios, en suma, comporta en sí mismo la propiedad inicial de los frutos y una libertad de actuación profesional que lo aleja del poder directivo del empresario, característico del contrato de trabajo... Se busca la obtención de un resultado concreto, no el desarrollo de una actividad... En el arrendamiento de servicios cabe incluso la posibilidad de no prestarlos personalmente... En: Palomeque López, M. y, Álvarez de la Rosa, M. Derecho del Trabajo. Madrid, España. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 2008. p. 494.

- El contrato de arrendamiento de prestación o arrendamiento de servicios se puede definir como aquel contrato en que una de las partes, arrendatario o servidor, se obliga a una prestación de servicios, es decir realizar una actividad, esfuerzo y trabajo, sin consideración a su resultado, y la otra a remunerar dicha prestación... En: Natera Hidalgo, Rafael. Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles. Madrid, España. Editorial Wolters Kluwer. 2007. p 523.

porque el profesional no se encuentra subordinado jurídicamente en la ejecución del servicio, como se verá más adelante.

2. Naturaleza Jurídica y Estructura del Contrato.

2.1. Naturaleza Jurídica

Respecto a la naturaleza jurídica del contrato por servicios profesionales, es preciso indicar que, si bien en el Código Civil costarricense se derogó lo relativo al arrendamiento de obras y eventuales servicios en virtud de la promulgación del Código de Trabajo, la mayor parte de la doctrina califica el contrato por servicios profesionales como de naturaleza civil o mercantil. Sobre el particular, Natera Hidalgo (2007, p. 523) indica lo siguiente:

En cuanto a su naturaleza, es un contrato civil de acuerdo con la mayoría de la doctrina por no tener otro análogo regulado en el Código de Comercio, no obstante, no cabe a priori negar el carácter mercantil, pues por medio de la prestación de servicios (un *facere*) se puede desarrollar el objeto propio de un empresario, individual, colectivo o social. El contrato pues se regirá por las normas del Derecho Civil cuando el servicio no se preste en las condiciones que harían de él un contrato de trabajo⁴³.

En este sentido, es posible afirmar que el contrato por servicios profesionales es una figura contractual que se rige por el derecho civil y mercantil (dependiendo de su objeto, actividad y sujetos involucrados) y cuyo principal fundamento reside en el principio de autonomía de

⁴³ Natera Hidalgo, Rafael. Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles. Madrid, España. Editorial Wolters Kluwer. 2007. p. 523.

la voluntad y la libertad de contratación del individuo, detallada líneas atrás. No obstante, dada la convergencia de elementos comunes al contrato de trabajo en el contrato por servicios profesionales, existe una amplia discusión en torno la naturaleza jurídica de éste último, especialmente cuando en la práctica se asemeja a contrataciones de índole laboral; por lo tanto, es preciso mencionar algunos de los aspectos más relevantes acerca de esta disyuntiva y las principales consideraciones sobre el particular.

2.2. Discusión en torno a su naturaleza jurídica versus las contrataciones laborales tradicionales

La simple mención de la naturaleza jurídica del contrato de servicios profesionales no resulta lo suficientemente contundente para calificarlo como un contrato de naturaleza civil o mercantil dado que, en la práctica, y en virtud de sus características, posee elementos comunes a las relaciones laborales; y como se ha mencionado, la contratación de servicios personales tradicionalmente se ha enmarcado en contratos de trabajo, salvo que se logre demostrar que en la ejecución del contrato no se reúnen los elementos esenciales de una relación de esa naturaleza, entre otros aspectos que es preciso tomar en cuenta con relación a esta discusión tan frecuente al analizar esta materia.

En múltiples ocasiones se ha interpretado que los sujetos optan por la contratación por servicios profesionales como una manera de evadir las obligaciones propias que conllevan los contratos de trabajo, los cuales resultan más proteccionistas hacia la persona del “trabajador” y a quien le otorgan mayores garantías que a un profesional de carácter independiente. Lo cierto es que la utilización del contrato de servicios profesionales es

legal cuando se requiere la prestación del servicio de carácter personal por parte de un sujeto que desarrolla la gestión contratada con la liberalidad que su independencia profesional le permite, en razón de su especialidad, a cambio de un pago previamente acordado con la parte contratante. El problema surge cuando, en la práctica, se manifiestan otros elementos que lo asemejan al contrato de trabajo, en razón de algunos actos que la parte contratante comúnmente ejecuta y que, por lo tanto, exigen que el tratamiento legal aplicable corresponda al de contratos de naturaleza laboral.

Tal y como lo afirma la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia⁴⁴, es perfectamente legal pactar contratos de servicios profesionales siempre que, efectivamente, su utilización responda a una necesidad de contar con servicios especializados de carácter personal y que tal contratación reúna las características propias de un contrato de esta naturaleza. Por lo tanto, en razón de la confirmación de la jurisprudencia respecto a su utilización, puede afirmarse que no en todos los casos el contrato por servicios profesionales es utilizado

⁴⁴ Según el criterio de la Sala, *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 ex trabajadores 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, 2000, p. 71). Mangarelli, por su parte, también se refiere al 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... 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... Por otra parte, en esta materia, también se ha señalado que el elemento de la subordinación aparece en forma diferente -más si se trata de servicios especializados-, por cuanto el ejercicio de tales funciones implica, necesariamente, una independencia técnica, que no excluye la existencia de la contratación laboral.... En: Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 2007-000561. San José, a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de agosto del dos mil siete.

como una forma de encubrir relaciones de naturaleza laboral, dado que constituye una figura contractual legalmente avalada que sí puede utilizarse cuando las características de la prestación lo ameritan. Entonces, en caso contrario, si bien existen algunos criterios para poder determinar la existencia de una relación laboral encubierta, es posible concluir que cada una de los casos en los que exista duda acerca de su naturaleza jurídica deberá analizarse el caso específico, según las particularidades que rodean la ejecución del servicio concreto, dado que lo que determinará la calificación en uno u otro sentido serán las circunstancias que en la práctica se hayan manifestado durante el desarrollo del contrato en particular.

Por consiguiente, tanto la doctrina como la jurisprudencia concluyen en que debe analizarse la situación de acuerdo con lo realmente acontecido, a pesar de la existencia de documentos que hagan referencia a una relación como de carácter laboral o de otra índole. La base de lo anterior radica en uno de los principios básicos que rigen la materia del Derecho del Trabajo, que tiene incidencia directa en el análisis en cuestión, puesto que es conforme al mismo que se concluye acerca de la verdadera naturaleza de la contratación particular y que corresponde al principio de primacía de la realidad, el cual, acorde al tratadista Américo Plá, significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que suceden en el terreno de los hechos⁴⁵.

⁴⁵ Plá Rodríguez, Américo. Los principios del derecho del trabajo. Segunda edición actualizada. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma, 1978.

A partir de la definición anterior, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha sido consistente en combinar el principio de primacía de la realidad con algunos otros criterios determinantes que logran distinguir la relación laboral de aquella que no lo es. Sin embargo, como se dijo, es importante analizar dichos elementos a la luz de las circunstancias de cada contrato en particular, sin embargo, el criterio resulta de suma utilidad, sobre todo, en casos en los que la naturaleza jurídica del contrato no se manifieste con claridad⁴⁶.

Si bien los elementos distintivos que se toman para determinar una u otra forma de contratación particular son cuantiosos, la jurisprudencia y la doctrina sostienen que el que define la existencia de una relación laboral corresponde a la subordinación jurídica, el cual, tradicionalmente, ha sido incluido como parte de los elementos esenciales del contrato de

⁴⁶ Sobre el particular, se ha indicado lo siguiente: *...En esta materia, también se ha señalado que el elemento de la subordinación aparece en forma diferente -más si se trata de servicios especializados-, por cuanto el ejercicio de tales funciones implica, necesariamente, una independencia técnica, que no excluye la existencia de la contratación laboral... Como se apuntó, 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 se han venido estableciendo distintos criterios que ayudan a determinar si la relación tiene o no naturaleza laboral. Así, la autora citada enumera los siguientes: "1) No deben confundirse las condiciones del servicio con la existencia de subordinación; pues, a todo profesional, debe indicársele por qué y para qué se necesitan sus servicios. 2) Inexistencia del carácter personal de la prestación. 3) Constituye un indicio de laboralidad del contrato el hecho de que la remuneración se pacte según las fijaciones y aumentos que se dispongan por ley. 4) La prestación de servicios en otros lugares -no exclusividad- ha sido considerado como indicio de que no media contrato de trabajo. 5) La inexistencia de un horario. 6) El no pago de los beneficios laborales durante la relación de trabajo." (Mangarelli, op.cit., pp. 273-275). Esta Sala, en su construcción jurisprudencial, también ha determinado distintos parámetros que pueden servir para distinguir entre un trabajador dependiente y uno autónomo; entre ellos, pueden enlistarse los siguientes: 1) Existencia o no de la prestación personal del servicio... 2) Exclusividad en la prestación de las labores... 3) El trabajo debe prestarse en las instalaciones del empresario... 4) La retribución es fija y periódica.... 5) Sometimiento a jornada y horario... 6) Imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado... 7) Afiliación a la seguridad social... 8) Se proveen herramientas y materiales de trabajo... 9) Debe vestir uniforme o los atuendos deben llevar el logotipo de la empresa... 10) Las actividades se realizan por cuenta y riesgo del empresario... 11) No se pagan vacaciones ni aguinaldo... 12) La remuneración excede el pago normal de un trabajador... 13) El hecho de que los honorarios se paguen mes a mes no los convierte en salarios... No obstante, todos estos criterios no resultan concluyentes ni definitivos y cada decisión dependerá de los elementos presentes en cada expediente... En: Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2007-000561. San José, a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de agosto del dos mil siete.*

trabajo por distintas legislaciones, conocido con ese término u otros análogos en los distintos cuerpos legales, y que constituye la facultad del empleador de dar órdenes al empleado y disciplinar sus faltas, así como la de dirigir las tareas; definido además 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, según jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

A partir del criterio de Cairós Barreto (2004, pp. 96 y 97) no existe contrato de trabajo sin subordinación jurídica (también concebida como dependencia) y, consecuentemente, donde existe subordinación (lo cual se determina en sus distintas manifestaciones), el contrato de trabajo necesariamente es palpable con todos los efectos legales que su existencia conlleva.

Aparte de la subordinación jurídica existen otros elementos característicos de una u otra forma de contratación que, en su conjunto, definen la naturaleza jurídica del contrato en particular. Uno de ellos, ampliamente analizado y desarrollado jurisprudencialmente, constituye la falta de ajenidad⁴⁷, entendida como la capacidad del contratista independiente

⁴⁷ Respecto al concepto de ajenidad, el Diccionario de Recursos Humanos dirigido por Fernández Ríos lo define en los siguientes términos: *Ajenidad. Constituye uno de los elementos sustantivos que definen el contrato de trabajo y que califican como laboral una relación de prestación de servicios (art. 1.1. LET) Hace referencia a que la actividad laboral se presta por cuenta de otro, el empleador o empresario, que recibe directa y automáticamente los frutos y resultados de la actividad del trabajador, y corre con los riesgos, favorables o adversos, derivados de su ejecución. La ajenidad se opone a trabajo prestado por cuenta propia, que atribuye el riesgo y ventura de la actividad a quien la realiza. No obstante, la ajenidad admite muy diversos grados, sin que se entienda excluida, pese a verse sensiblemente difuminada, cuando la retribución del trabajador se configura como participación en beneficios o se da en forma de comisiones, supuestos en los que el salario se hace depender de los frutos y beneficios de la actividad del trabajador o de la global de la empresa en que se integra. ... Téngase en cuenta, además, que la ajenidad también puede predicarse del riesgo económico que entraña la actividad productiva, riesgo que debe ser asumido por el empresario para poder hablar de trabajo por cuenta ajena. Es decir, es el empresario, y nunca el trabajador, quien corre con el riesgo y ventura de la actividad prestada por este último, lo que se concreta en la obligación de retribuir la actividad del trabajador en todo caso. Por ello, se excluye del ámbito laboral el trabajo prestado por los operadores mercantiles cuando quedan personalmente obligados a responder del buen fin de la operación,*

de organizar su propia operación administrando el riesgo de enfrentar pérdidas económicas, o bien, percibir todos los frutos de su gestión. De lo contrario, en el contrato de trabajo tal característica se le atribuye, exclusivamente, al empleador quien se encuentra obligado a respetar y no desmejorar la compensación pactada con el trabajador, única obligación que mantiene frente a este último, desde el punto de vista económico, a cambio de la prestación del servicio por parte del trabajador en los términos inicialmente pactados.

Por lo tanto, es posible concluir que la carencia de subordinación jurídica sumada a la existencia de una verdadera gestión por cuenta propia en la práctica, son las claves que, aunado a otros elementos que derivan de estos últimos, llevan a determinar si se trata de un contrato de servicios profesionales, o bien, si en realidad la relación contractual debe calificarse como de naturaleza laboral con las implicaciones y protecciones legales que este último conlleva según las disposiciones de cada legislación específica.

3. Características del contrato

Dado que en la sección correspondiente al *outsourcing* fueron desarrolladas las principales características de los contratos de esta naturaleza, a continuación se hace una breve referencia a las principales características específicas de esta forma contractual, conforme a las teorías generales del derecho civil:

asumiendo el riesgo y ventura de la misma (art. 1.3. f) LET). En: Fernández Ríos, Manuel. Diccionario de Recursos Humanos: Organización y Dirección. Madrid, España. Ediciones Díaz de Santos, S.A. 1999, p. 29.

- **Es un contrato bilateral** porque genera obligaciones para ambas partes contratantes.
- **Es un contrato libre** en cuanto a su forma, dado que no se requiere una estructura legal determinada.
- **Es un contrato oneroso** porque origina gravámenes recíprocos, tanto para el contratante como para el contratista.
- **Es un contrato de tracto sucesivo** porque sus efectos no terminan en el acto de su celebración, sino que se prolongan durante el tiempo que dure el objeto que lo motive o, en su caso, hasta que la parte contratante que requirió los servicios del profesional decida dar por concluido tal acuerdo de voluntades.
- **Es un contrato principal** porque su existencia y validez no dependen de otro contrato o de una obligación previamente existente, en estos mismos términos.
- **Es un contrato personal** en relación al profesional, aunque también sería posible prever en el contrato que el servicio pueda prestarse por sujetos distintos al profesional, manteniendo este último la responsabilidad de la operación, lo cual puede contribuir a minimizar la presunción que en realidad se trata de una relación laboral.

4. Estructura y contenido del contrato

A partir de las características anteriores y siendo que el contrato por servicios profesionales posee elementos propios y características que lo tipifican como un contrato único y distinto de cualquier tipo de contrato, cuyo objeto se centraliza en la contratación de servicios de un profesional especializado en alguna rama del conocimiento, sin duda, tal acto jurídico debe documentarse propiamente.

Con esta finalidad, el contrato creado para tales efectos debe contener una descripción detallada de los términos de la contratación y, especialmente, de las obligaciones de ambas partes para garantizar la satisfacción de las mismas durante la prestación del servicios y ante una inconformidad (incluyendo las relacionadas con el hostigamiento sexual, como se dirá más adelante) el procedimiento específico para terminar el contrato, o bien ante causas diversas tales como el vencimiento del plazo.

En este sentido, ante la inexistencia de una regulación legal que establezca el contenido mínimo de tal acuerdo, de seguido se detallan brevemente las cláusulas que se recomienda integren el texto del contrato en cuestión:

- **Definición de las partes contratantes:** Resulta de suma importancia definir claramente a las partes que se vincularán a través del acuerdo específico, pues a cada una de ellas les serán asignadas obligaciones particulares que podrían, incluso, ser exigidas forzosamente en caso de incumplimiento, tema que se vuelve fundamental en lo relativo a la responsabilidad del profesional durante la ejecución del servicio.

- **Objeto del contrato y descripción:** Como se dijo anteriormente, el objeto del contrato por servicios profesionales es contar con la prestación de servicios personales por parte de un sujeto especialista en una materia o gestión específica, quien brinda el servicio con liberalidad en su operación, asumiendo el riesgo de la operación y, por lo tanto, debe ejecutarlo bajo su propia responsabilidad. Respecto al objeto de la forma de contratación en cuestión Natera Hidalgo (2007, p. 524) explica que el servicio puede ser de cualquier

tipo, con tal de que reúna los requisitos generales de posibilidad y licitud. Pudiendo contratarse, tanto servicios manuales como intelectuales que correspondan a profesionales liberales, dado que lo que se persigue no es la actividad sino un resultado⁴⁸.

Por lo tanto, es de suma importancia delimitar claramente cuál es el objeto general del contrato y describir los alcances del mismo a fin de determinar posteriormente si éste se ha desarrollado de forma satisfactoria y en estricto apego a los requerimientos de calidad de la parte contratante y el detalle específico del servicio.

- **Plazo:** Conforme a sus características, el contrato por servicios profesionales puede calificarse como un contrato informal y no solemne, por lo tanto, se entiende que las partes legalmente cuentan con la posibilidad de pactar libremente aspectos tales como el plazo y, consecuentemente, la posibilidad de finalizarlo previo al cumplimiento de este, con las consecuencias legales del caso.

- **Precio y forma de pago:** Tal y como se indicó para la cláusula anterior, conforme a los requerimientos específico del servicio, las partes se encuentran en la libertad de pactar libremente el precio que la parte contratante deberá pagar al profesional a cambio del servicio prestado. Aún y cuando exista libertad para pactar conforme a la voluntad de las partes al respecto, en algunos casos específicos la referencia podría ser fijada por terceros, según explica Natera Hidalgo (2005, p. 525).

⁴⁸ Natera Hidalgo, Rafael. Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles. Madrid, España. Editorial Wolters Kluwer. 2007, p. 524.

Asimismo, es importante pactar expresamente la obligación del contratista de proveer un comprobante idóneo a cambio del pago realizado por la contratante que cumpla, además, con los requisitos exigidos por la autoridad tributaria correspondiente, y que, por lo tanto, garantice la seguridad jurídica a ambas partes con respecto a esta obligación ineludible.

- **Ausencia de relación laboral:** Según lo detallado en el apartado relativo a la naturaleza jurídica del contrato en cuestión, es de suma importancia clarificar contractualmente que el contrato no ostenta naturaleza laboral y, por lo tanto, la contratante no estará obligada a garantizar derechos propios de la legislación laboral tales como indemnizaciones laborales o suscripción a la seguridad social en calidad de trabajador, tanto frente al profesional como a cualquier otro sujeto designado al efecto (lo cual además reduce el riesgo de calificar la relación de naturaleza laboral dado que esta es personalísima sin excepción, lo cual implica que el trabajador por su propia voluntad no puede sustituirse en un tercero), siempre que se verifique que en la práctica no se manifiestan los elementos característicos de una relación de empleo, lo cual modificaría la naturaleza jurídica del mismo y generaría una serie de obligaciones características de una relación obrero patronales, como se dijo en apartados anteriores.

- **Obligaciones:** Respecto a las principales obligaciones que genera esta forma de contratación, sin duda puede pactarse de múltiples formas según la particularidad del servicio. En lo que respecta a la parte contratada, la principal obligación refiere principalmente a la prestación efectiva del servicio, que constituye una obligación de hacer, con el debido cuidado y diligencia que, además, es posible pactar expresamente. Para lograr este cometido, las partes también podrían pactar que el profesional sea asistido por

terceros siempre y cuando se garantice que éstos prestarán el servicio con la calidad esperada, por lo cual, además, el profesional deberá responsabilizarse. Por otra parte, una de las obligaciones más importantes de la parte contratante es pagar el precio pactado en los términos que las partes hayan acordado de forma voluntaria, así como colaborar con el profesional en la ejecución del contrato, que no necesariamente implica ejercer una dirección directa, pero sí facilitar, en la medida de lo posible, la prestación del servicio contratado.

- **Responsabilidad por daños:** Sobre el particular, Guix Guamuch (2009) expone que “según Manuel Ossorio, responsabilidad civil es la que lleva consigo el resarcimiento de los daños causados y de los perjuicios provocados por uno mismo o por tercero, por lo que debe responderse (...)”⁴⁹. En este sentido, resulta de suma importancia estipular que la contratante será responsable frente por cualquier daño, pérdida o gasto que se ocasione en razón de la ejecución del contrato, tanto por parte del contratista como de cualquier representante, empleado o trabajador que fuere contratado, si es necesario.

Puede preverse, además, que cualquier pago que la contratante deba hacer por este concepto sea deducido de las sumas pendientes de cancelación, o bien, cualquier otro resarcimiento que al efecto surja la necesidad de cancelar. Lo anterior, con base en los artículos 1045, 1046 y 1048 del Código Civil⁵⁰ que disponen las regulaciones genéricas

⁴⁹ Guix Guamuch, Sergio O. Naturaleza jurídica del que ejerce una profesión liberal. En <http://biblioteca.usac.edu.gt>. Fecha de consulta: 10 de enero de 2010.

⁵⁰ **Código Civil. ARTÍCULO 1045.-** *Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.*
ARTÍCULO 1046.- *La obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con un delito o cuasi-delito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasi-delito, sea como autores o cómplices y sobre sus herederos.*

acerca de la responsabilidad en esta materia. Dichos numerales textualmente disponen lo siguiente:

- **Confidencialidad:** Al igual que como se mencionó para el caso del contrato de *outsourcing*, en Costa Rica existe una ley aplicable para resguardar la confidencialidad en relaciones, tanto laborales como comerciales, denominada la Ley de Información no Divulgada, la cual establece regulaciones específicas tendientes a tutelar la protección de información de esta naturaleza. Dada la especialidad y la delicadeza de la materia, resulta de suma importancia incorporar la cláusula específica que informa al contratante sobre la obligación particular de mantener, como secreta, toda la información de carácter confidencial que conozca del contratante, directa o indirectamente y, a la vez, extender tal protección respecto a los sujetos involucrados por el profesional en el negocio y que también tengan acceso a la información mencionada, calificada como privilegiada.

- **Terminación y resolución contractual:** En lo concerniente a la finalización del contrato, ésta puede producirse por las causas de finalización comunes de los contratos o bien por causales específicas pactadas por las partes, dentro de las cuales es posible citar las siguientes: terminación del servicio, por mutuo acuerdo, vencimiento del plazo, por imposibilidad en la prestación del servicio, o bien, de forma unilateral por cualquiera de las

ARTÍCULO 1048.- El que encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia, y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargo causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar.

partes ante un incumplimiento de una obligación específica (por ejemplo, incumplimiento a la obligación de abstención de actos de acoso sexual) que no permita la continuación normal de la contratación.

Por lo tanto, para esta cláusula en particular es de suma importancia clarificar los compromisos de cada una de las partes y cualesquiera otras circunstancias específicas que motiven la finalización del contrato, así como las implicaciones económicas de cada una de ellas que serían aplicables en caso que el contrato finalizare en virtud de alguna de estas causales que se documentan en el acuerdo respectivo.

- **Otras cláusulas:** Dado que las partes libremente pueden acordar y diseñar el contenido del contrato que se pretende suscribir y en el que se documentan los términos específicos del servicio, es posible incluir cualesquiera otras regulaciones que se acuerden voluntariamente y que resulten relevantes, según la naturaleza y alcances del servicio.

Por ejemplo, no resultaría extraña la incorporación en el texto del documento las regulaciones relativas a propiedad intelectual, en caso que surjan invenciones durante la ejecución del servicio contratado, así como otras cláusulas que detallen obligaciones específicas requeridas por la contratista en razón de la complejidad de su operación, por ejemplo, la abstención de realización de actos de hostigamiento sexual en caso que el contrato implique alguna relación con personal de la empresa contratante. Por supuesto que también pueden incluirse cláusulas específicas relacionadas con la formalización jurídica del negocio jurídico (relativas a la protocolización) y otras de naturaleza miscelánea, como

por ejemplo, lugar para señalar notificaciones en caso de requerirse una notificación formal, entre otras que podrían resultar relevantes conforme al caso concreto, entre otras.

SECCIÓN TERCERA Regulación del contrato por servicios profesionales en Costa Rica y en derecho comparado

1. Regulación en Costa Rica

Como se dijo en apartados anteriores, en Costa Rica no es posible determinar una regulación para el contrato por servicios profesionales concebido de forma genérica, lo cual no obsta para calificarlo como una figura contractual legalmente viable, conforme a los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación. No obstante, dado que a partir del análisis sobre su naturaleza jurídica el mismo se califica como un contrato de naturaleza civil o mercantil, es posible concluir que las regulaciones generales del Código Civil y de Comercio son aplicables al pactar en la forma de contratación en cuestión, y que ante cualquier contingencia que surja de su aplicación, tal normativa podría resultar de aplicación en concordancia con la manifestación expresa de la voluntad de las partes en los términos que hayan sido acordados al momento de suscribir el acuerdo en particular.

Sin embargo, considerando que el contrato por servicios profesionales es utilizado de forma frecuente en negocios jurídicos de distinta naturaleza, resulta de interés hacer mención a las regulaciones específicas sobre el particular que contiene la Ley de Contratación Administrativa, que si bien regula exclusivamente la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal

Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas; en esta materia también se refiere expresamente a la utilización de esta figura contractual, la naturaleza jurídica del mismo y otros aspectos de relevancia, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 64.-

Procedimiento de contratación de servicios.

Los servicios técnicos o profesionales a cargo de personas físicas o jurídicas, se contratarán por los procedimientos de licitación pública, licitación abreviada o contratación directa, según su monto.

(Así reformado mediante el artículo 1° de la ley N° 8511 del 16 de mayo del 2006).

ARTICULO 65.-

Naturaleza.

La contratación de servicios técnicos o profesionales no originará relación de empleo público, entre la Administración y el contratista, salvo en el caso del primer párrafo del artículo 67 de esta Ley.

ARTICULO 66.-

Criterios.

Las condiciones personales, profesionales o empresariales de los participantes determinarán la adjudicación. El precio no constituirá el único factor determinante para comparar las ofertas.

ARTICULO 67.-

Servicios profesionales con sueldo fijo.

Se autoriza a las entidades públicas para que, utilizando su régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, contraten, con sueldo fijo, a los profesionales que requieran para formalizar las operaciones, los avalúos, los peritajes, la atención de diligencias judiciales o administrativas o cualquier otro tipo de intervención profesional relacionada con los servicios que brindan.

Para esos efectos, no operará el pago que rija por concepto de honorarios para la prestación de la actividad. La institución no trasladará el costo de la contratación de esos profesionales al usuario de los servicios; pero sí deberá cobrar los demás costos implícitos, cuando deba inscribirse el documento respectivo o se requiera pagar algún tipo de tributo.

La regulación anterior reviste de especial interés, pues concuerda con la misma línea de criterio que las autoridades judiciales y administrativas aplican al analizar la presente forma contractual, particularmente en relación con su posible mutación hacia un contrato de naturaleza laboral si se configuraren los elementos esenciales de éste, en tanto disponen que la contratación de servicios personales por montos fijos y de carácter permanente, a través del procedimiento ordinario de nombramiento de funcionarios, constituye una relación de trabajo y, por lo tanto, les aplicará la normativa correspondiente al empleo público, conforme al alcance y las especificaciones de la materia.

Sobre la aplicación de estas regulaciones específicas, en casos en los que se discute la naturaleza de la contratación, principalmente, al existir una presunción de calificar como laboral la prestación personal de servicios a favor de un contratante a cambio de una remuneración previamente acordada, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que si bien existe una regulación aplicable para la contratación de servicios por parte de la Administración Pública (concepto que contempla las instituciones detalladas

líneas atrás conforme al artículo 1° de la Ley. N° 7494 de 2 de mayo de 1995) lo anterior no obsta para aplicar la normativa laboral cuando efectivamente se trata de una contratación de esta naturaleza, lo cual, de forma palpable, evidencia la puesta en práctica de los principios protectores propios de la materia del Derecho del Trabajo a fin de evitar una desprotección de los derechos de los presuntos trabajadores, frente a un acto que pudiere constituir la aplicación de una forma de contratación viable con el fin de evadir obligaciones propias de una relación de empleo⁵¹.

2. Regulaciones en el Derecho Comparado: El caso de Nicaragua

Si bien en Costa Rica el contrato por servicios profesionales es sumamente utilizado, a pesar de no existir regulaciones expresas que reglamenten esta forma de contratación de forma clara y concisa, en otros países latinoamericanos existen normativas específicas que regulan su aplicación de forma genérica para cualquier negocio en el que se pretenda suscribir, a lo cual cabe hacer mención, de forma general, puesto que podrían resultar de

⁵¹ *Ya esta Cámara ha apuntado que aun cuando en algunos casos las contrataciones se hayan realizado siguiendo los procedimientos para la contratación administrativa de servicios profesionales, no por esa sola circunstancia se desnaturaliza su condición de laboralidad o de servicio público. Debe tomarse en consideración que el principio de legalidad, al amparo del cual debe actuar la Administración Pública (artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública), no puede invocarse como fundamento para legitimar actos contrarios a la ley y defraudatorios de los intereses particulares. Es decir, no puede aceptarse que, con independencia de la realidad de las contrataciones, baste el nombre dado por la Administración a una determinada relación, para denegar a verdaderos/as trabajadores/as los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico, incluso con rango constitucional, pues, por ese camino, se estaría favoreciendo el fraude a la ley, cometido por la propia Administración, la que, como se dijo, está obligada a acatarla. Queda claro, entonces, que los tribunales no pueden legitimar actuaciones del empleador, sea este público o privado, que tiendan a violentar los derechos de los/as trabajadores/as, apoyándose en renunciaciones que los ponen a firmar, valiéndose del estado de superioridad manifiesta del que tiene o decide sobre la contratación. 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/as servidores/as públicos/as. En: Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2009-0330. San José, a las nueve horas cincuenta y cinco minutos del veintinueve de abril de dos mil nueve.*

utilidad en la aplicación práctica de esta forma de contratación, considerando, además, su alcance y discusiones sobre naturaleza jurídica.

Tomando como ejemplo el caso específico de Nicaragua, sobre la licitud de la utilización de los contratos de esta naturaleza, Alemán Mena (2004, p.93) expone lo siguiente:

Los contratos de servicios profesionales se celebran en su gran mayoría de los casos con profesionales como abogados, médicos, ingenieros, contadores privados y públicos, y son lícitos, su regulación está contemplada en nuestra legislación civil en sus art. 3075 C., siempre y cuando no se celebren en fraude a la Ley⁵².

Respecto a lo que se entiende como fraude de ley, el mismo autor señala que se refiere a casos cuando para evitar la relación laboral en la administración pública y en las empresas privadas con suma frecuencia se firman, con trabajadores de nuevo ingreso, este tipo de contratos de naturaleza civil llamados de servicios profesionales o con pago de honorarios, si en los mismos se logran identificar los elementos del contrato de trabajo. De lo contrario, a criterio del autor, su utilización es perfectamente lícita, conforme a la referencia expresa de criterios jurisprudenciales emitidos por los Tribunales de ese país:

Este criterio lo comparten nuestros Tribunales al establecer que: ... analizando las cláusulas del contrato se observa que el mismo no puede considerarse como un contrato de trabajo, generado de una relación laboral, pues se observó que en la prestación de la actividad desarrollada, no existe la relación de dirección y subordinación necesaria en todo contrato de trabajo. Que en consecuencia, la Sala

⁵² Alemán Mena, Donald. Derecho del trabajo nicaragüense: concordado con jurisprudencia, doctrina y derecho comparado. Managua, Nicaragua. Editorial PAVSA. 2004, p. 93.

es del criterio de que el contrato celebrado entre las partes es netamente de carácter civil y por consiguiente no puede generar obligaciones laborales⁵³.

Conforme al criterio de Alemán Mena (2004, p. 93), amparado en la legislación nicaragüense vigente, el contrato de servicios profesionales puede ser celebrado por cualquier persona sin que necesariamente ostente un título profesional, basta que su destreza o conocimiento sobre un asunto determinado lo coloque frente a la otra parte, no en una posición de subordinación ni de dependencia, sino de igualdad. Respecto a lo anterior, concluye de la siguiente manera:

El contrato de servicios profesionales lo pueden celebrar no únicamente personas que ejerzan una profesión para cuyo ejercicio se requiere título, sino también quienes ofrecen un servicio que no lo requiere. El elemento que adolece la prestación de servicios profesionales, y que la excluye del ámbito laboral, es la subordinación. La subordinación se desvanece en este caso. El prestador de servicios recibe el encargo de su cliente y decide la mejor forma de satisfacerlo⁵⁴.

Por otra parte, específicamente con relación a la naturaleza jurídica de la forma de contratación en cuestión, el mismo autor cita las cinco características de los trabajadores asalariados que derivan del análisis de la jurisprudencia nicaragüense, sobre las cuales es posible afirmar que, consecuentemente, no deben manifestarse en una contratación de servicios profesionales conforme a la legislación y los criterios de las autoridades de ese país:

⁵³ Alemán Mena, Donald. Derecho del trabajo nicaragüense: concordado con jurisprudencia, doctrina y derecho comparado. Managua, Nicaragua. Editorial PAVSA. 2004, p. 93.

⁵⁴ Ídem., p. 92.

- a. Trabajo libre.
- b. Trabajo por cuenta ajena.
- c. Trabajo dependiente o subordinado.
- d. Trabajo remunerado. El autor efectúa una aclaración expresa acerca de que la retribución que recibe quien presta un servicio profesional no se denomina salario, sino honorario; y que la diferencia radica en que “el salario es irrenunciable y conlleva una serie de medidas protectoras; el honorario puede incluso renunciarse, convirtiéndose el contrato en gratuito”.
- e. Trabajo personal.

Por otra parte, el autor consigna expresamente las diferencias que encuentra entre el contrato por servicios profesionales y el contrato de trabajo, que pueden resumirse en lo siguiente:

- En el contrato de trabajo los contratantes son el empleador y el trabajador mientras que en el de servicios profesionales los suscriptores son cualquier persona natural o jurídica y el profesional o técnico.
- En el contrato de trabajo existe subordinación y en el de servicios no existe porque las partes están en igualdad de condiciones.
- En el contrato por servicios profesionales, la retribución se fija en virtud del acuerdo de las partes, más, si esto no ocurriera, la fijación retributiva se realiza por analogía, tomando como referencia las retribuciones existentes para el oficio correspondiente.
- En resumen, a su criterio, la autonomía en el trabajo es lo que identifica la prestación personal en esta forma contractual que le permite a la parte contratante, incluso,

ejecutar las labores encomendadas en compañía de terceros, eliminando el carácter de *intuitio personae*, que identifica el contrato de trabajo subordinado.

Se concluye entonces que, en Nicaragua, el contrato por servicios profesionales es lícito siempre y cuando no se trate en realidad de un fraude de ley que pretenda encubrir una relación de naturaleza laboral, dado que, bajo este supuesto, la utilización del contrato podría representar cierto nivel de riesgo frente a las autoridades de este país y, por ende, quien se presume como el patrono deberá asumir tal condición a fin de cumplir con las garantías que prevé la legislación del trabajo de este país para quienes han sido contratados bajo una relación de naturaleza laboral y sus derechos como trabajadores no hayan sido cumplidos por quien figura como la parte contratante.

**TÍTULO SEGUNDO. LA REGULACIÓN DEL HOSTIGAMIENTO
SEXUAL Y LA POSIBILIDAD DE APLICAR PROCESOS
SANCIONATORIOS A SUJETOS LIGADOS CON LAS EMPRESAS
DEL SECTOR PRIVADO MEDIANTE FORMAS DE
CONTRATACIÓN NO LABORALES.**

**CAPITULO PRIMERO. DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN LAS
RELACIONES DE EMPLEO**

SECCIÓN PRIMERA Importancia del tema

1. Reflexión inicial y conceptos generales.

Sobre el particular, y de manera introductoria, cabe mencionar que el desarrollo de estudios doctrinales y las legislaciones específicas relativas al tratamiento del hostigamiento sexual en el empleo, claramente derivan de avances significativos que han podido manifestarse a través de los años, en torno a la salvaguarda de derechos constitucionales de los ciudadanos tales como igualdad, no discriminación, dignidad y libertad de empleo, que se garantizan de forma genérica a los trabajadores durante la ejecución del contrato de trabajo⁵⁵.

⁵⁵ Sobre los antecedentes de las regulaciones tendientes al manejo del hostigamiento sexual en materia de empleo, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se ha referido sobre el particular en los siguientes términos: *La calificación de pioneros en la regulación del acoso sexual corresponde a Estados Unidos y Canadá. En efecto, el acoso sexual como ilícito laboral surge y se desarrolla en los países mencionados y de ahí se extiende al resto de países y Organizaciones Internacionales con competencia en las relaciones de*

Sin duda, el desarrollo doctrinario y normativo del hostigamiento sexual deriva de procesos arduos asociados con barreras de carácter histórico y cultural que, en ocasiones, han obstruido iniciativas para una prevención y sanción efectiva del hostigamiento sexual en materia de empleo público y privado, lo cual, sin duda, arroja una importancia aún mayor de no solo conocer a fondo el amparo legal de esta situación en específico, sino también los alcances de la misma cuando existen circunstancias que exceden las regulaciones tradicionales del mismo derecho laboral, tal y como el problema que representa esta situación cuando involucra a un trabajador y un tercero que presta servicios para una empresa, pero que formalmente no se encuentra vinculado con ésta a través de una contratación laboral bilateral típica, las cuales, si bien no se encuentran reguladas, son perfectamente legales, como se expuso en el título anterior.

trabajo (OIT, UE). Las primeras investigaciones sobre esta materia coinciden en afirmar que el acoso sexual es una consecuencia de la manera cómo está organizada la sociedad y de la distribución del poder entre los sexos. En consecuencia, se considera el acoso sexual no como una expresión del deseo sexual, sino como una demostración de poder, una reafirmación del poder expresada de una manera psíquica que tiene como último objeto recordar a la mujer que su lugar en la sociedad es el de ser un objeto sexual. Por lo tanto la conducta responde a la inferior posición que ocupan las mujeres en el mercado de trabajo y ayuda a mantenerlas en esas posiciones. De esta manera, TANGRI et altri explican el acoso sexual bajo tres modelos distintos: el natural o biológico; el modelo organizativo y el modelo socio cultural. Bajo el prisma del primero el acoso sexual no es más que el simple producto de la natural atracción entre dos personas, y en este sentido, dado que los hombres poseen un vigor sexual más fuerte, son ellos quienes usualmente comienzan las proposiciones sexuales. El segundo de los modelos implica que el acoso sexual es el resultado de ciertas estructuras oportunistas creadas en el interior de las organizaciones sociales y de las relaciones de jerarquía. En este sentido, se afirma que las personas que ejercen cierto poder pueden llevar a personas de una categoría inferior a aceptar un papel de objeto sexual. Por último, el tercer modelo argumenta que el acoso sexual es el reflejo de la larga y diferente distribución social del poder y del status entre los sexos. En consecuencia, éste no implica una necesidad sexual, sino que es consecuencia y manifestación de las diferencias de poder que existen entre los hombres y las mujeres en nuestra cultura (...) Las estadísticas demuestran que normalmente no son las mujeres más atractivas las que sufren acoso sino las más vulnerables en razón de la edad, el estado civil, la raza o la capacidad física (Lo negrita y subrayado no es del original) (Ver en este sentido, "EL ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO", ALTES TARREGA, Juan Antonio, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 26, 27 y 28). Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 1052-2005. San José, a las nueve horas treinta y cinco minutos del veintiuno de diciembre de dos mil cinco.

De forma ilustrativa, en múltiples estudios sobre el tema en particular se hace referencia a un antecedente de relevancia en la materia en los Estados Unidos de América, país pionero en el tratamiento de esta materia específica, expuesta por Robbins (2004, p. 373), como parte de su estudio relacionado con el hostigamiento sexual, el cual explica que el mismo recibió mayor atención de las corporaciones y los medios de comunicación a mediados de la década de 1980 por el incremento de la fuerza laboral femenina, sin embargo, fueron las audiencias en el Congreso estadounidense sobre el caso de la profesora de leyes Anita Hill, que acusó de hostigamiento sexual al candidato a la Corte Suprema Clarence Thomas, en el otoño de 1991, lo que orilló a las organizaciones a revisar sus políticas y prácticas sobre la materia⁵⁶.

Al igual que el caso indicado, existen muchos otros precedentes que en las distintas legislaciones han ayudado a fomentar cambios progresivos y positivos relativos a la protección de los trabajadores frente a actos de hostigamiento sexual en el empleo, sin embargo, los mismos resultan insuficientes en situaciones que la propia legislación laboral no prevé de forma expresa, precisamente, en virtud de su utilización frecuente a raíz de prácticas y movi­lidades de mercado, para lo cual resulta necesario realizar un análisis

⁵⁶ Robbins, Stephen P. *Comportamiento Organizacional*. Décima Edición. Ciudad de México, México. Editorial Pearson Educación. 2004. Página 373. A fin de comprender aún más la relevancia del precedente mencionado anteriormente, cabe mencionar que Anita Hill es una abogada quien se convirtió en asesora de Clarence Thomas en el Departamento de Educación de los Estados Unidos de América. Anita Hill acompañó al señor Thomas y su entonces secretaria, Diane Holt, para que le sirviera como su asistente especial. Hill afirma que fue durante esos períodos que el señor Thomas le hizo declaraciones sexualmente provocativas. El 11 de octubre de 1991, Anita Hill fue llamada a declarar durante la audiencia de confirmación para el Senado del señor Thomas, entonces candidato al Tribunal Supremo, testimonio que incluyó manifestaciones acerca de una amplia variedad de frases y lenguaje de contenido sexual que supuestamente fue objeto por parte de Thomas que se encontró inapropiadas. Si bien sus alegatos fueron cuestionados a partir de una supuesta afectación emocional durante el período que se alega fue víctima de hostigamiento sexual, aunado a la negación absoluta de las manifestaciones acerca del supuesto hostigamiento por parte del señor Thomas (quien fue confirmado para el Senado después de un largo debate), el caso en mención generó conciencia pública actual sobre la cuestión del acoso sexual en los Estados Unidos. Información tomada de Wikipedia, la Libre Enciclopedia. En: <http://en.wikipedia.org>. Fecha de consulta: 15 de enero de 2010.

preciso del concepto y sus alcances, así como de las principales regulaciones que puedan brindar una solución efectiva al problema planteado.

2. Concepto de hostigamiento sexual y su problemática en las relaciones laborales

Previo a la explicación sobre las principales regulaciones y alcances de la normativa local e internacional de relevancia, relativa a la protección de los trabajadores durante el ejercicio del empleo contra actos que puedan calificarse como de hostigamiento o acoso sexual, es preciso delimitar qué se entiende por el mismo y cuál es el alcance de este concepto, de conformidad con estudios y análisis diversos que de forma expresa se han referido a la materia en cuestión.

En primera instancia, la Organización Internacional del Trabajo ha efectuado múltiples publicaciones, sobre el tema específico, mediante la contribución de autores de diversas nacionalidades y profesiones, dada la delicadeza y particularidad del tema, los cuales enfocan el análisis del hostigamiento sexual en cuestiones distintas tales como el principio de no discriminación, asuntos de género, argumentos laborales relativos a sectores particulares de la industria, entre otros; todos ellos aplicados al tratamiento de la cuestión en materia de derecho del trabajo, que resulta el elemento común en todos los análisis que tal Organización ha promovido acerca del tema.

Los diversos estudios coinciden en criterios similares, principalmente, en la definición y precisión conceptual del hostigamiento sexual, tomando como ejemplo lo siguiente:

Entendemos por ... acoso u hostigamiento sexual a toda acción que va dirigida a exigir, manipular, coaccionar o chantajear sexualmente a persona del sexo opuesto o del mismo sexo. Es una usurpación o una turbación de la autonomía personal. Éste provoca efectos perjudiciales en el bienestar personal, en el ambiente laboral y educativo, afectando su desarrollo y desempeño. El acoso afecta la plenitud de disposición de sus sentimientos, pensamientos, comportamientos espacios, tiempo, energía y cuerpo⁵⁷.

De la anterior definición claramente se extrae que el hostigamiento sexual implica una acción de coacción de un sujeto a otro por medio de una conducta de naturaleza sexual, en contra de la voluntad y libre determinación de quien la recibe, que provoca en el afectado alteraciones tanto anímicas como en el desempeño de su trabajo. En este sentido, el artículo tercero de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, N° 7476 del 3 de febrero de 1995 (cuyos alcances serán objeto de análisis más adelante) define el hostigamiento sexual en los siguientes términos:

ARTÍCULO 3.- Definiciones.

Se entiende por acoso u hostigamiento sexual toda conducta sexual indeseada por quien la recibe, reiterada y que provoque efectos perjudiciales en los siguientes casos:

- a) Condiciones materiales de empleo o de docencia.
- b) Desempeño y cumplimiento laboral o educativo.
- c) Estado general de bienestar personal.

También se considera acoso sexual la conducta grave que, habiendo ocurrido una sola vez, perjudique a la víctima en cualquiera de los aspectos indicados.

⁵⁷ Solís García, María Eugenia. Acciones para eliminar el acoso sexual en el trabajo. Organización Internacional Del Trabajo. Proyecto para Mujeres Trabajadoras del Sector de la Maquila. En: <http://portal.oit.or.cr>. Consulta: 15 de enero de 2010.

Sobre la definición del artículo tercero de la Ley, anteriormente citado, Mora (2009) concluye que se derivan tres elementos básicos: se trata de un hecho con contenido sexual, que genera efectos en el bienestar personal y en las condiciones de empleo o estudio y es indeseado por quien lo recibe.

Según la autora, claramente se trata de un acto que tiene un contenido sexual y como consecuencia no es un hecho bienvenido, provoca efectos en la víctima que son posibles de detectar, tanto a nivel laboral, tales como la pérdida de interés en el trabajo y la reducción del rendimiento laboral; así como en el nivel del bienestar personal con manifestaciones tales como los sentimientos de desagrado, la depresión, miedo y que puede llegar a causar incluso conflictos en las relaciones familiares.

Asimismo, conforme a su criterio, el elemento de indeseabilidad como componente de la definición, merece particular atención por el alto contenido subjetivo, dado que los límites de las persona a cada manifestación del hecho son personales e individuales y aluden al conjunto de experiencias y sensibilidad personal que le permitan aceptar determinados tipos de conductas. Cuando la persona manifiesta el rechazo se objetiviza lo indeseable. El rechazo constituye un límite concreto que representa claramente la falta de aceptación de la conducta que se dirige en su contra. En síntesis, pese a la subjetividad del componente definitorio del hecho, la negativa a aceptar la conducta constituye el hecho objetivo, comprensible por las terceras personas y es lo que, en definitiva, marca el límite de la transgresión al derecho.

Por otra parte, algunas manifestaciones del hecho se encuentran enumeradas en la Ley, cuyo listado constituye sólo una ejemplificación de algunas manifestaciones posibles, pero no las únicas. Cualquier hecho no contemplado expresamente en la ley, siempre y cuando no reúna los requisitos de o la acción, pueden ser consideradas como hechos de hostigamiento sexual⁵⁸.

De igual forma, conforme al criterio actual de diferentes autores especialistas en la materia, Mora detalla las dos concepciones sobre el acoso: el “*quid pro quo*” y el acoso ambiental, que se amplían en los siguientes términos:

Los estudios y legislaciones han identificado dos tipos de acoso sexual.

A. **Quid pro quo:** Frase que traducida al latín significa “toma y dame” se ha utilizado para identificar una de las modalidades más comunes de acoso. Por ejemplo, en el curso de una entrevista para llenar un cargo vacante, el supuesto empleador exige, como condición, que la aspirante satisfaga, previa o cuando lo disponga, sus requerimientos sexuales.

Otro ejemplo se relaciona con los aumentos salariales o promociones, las cuales estarían condicionadas a la aceptación de invitaciones fuera de horas de oficina, así como a mantener relaciones sexuales con quien tome las decisiones sobre estos aspectos.

El Tribunal Superior de Puerto Rico, con respecto al hostigamiento sexual *quid pro quo* señaló que: “...se produce cuando el sometimiento o rechazo de los avances o requerimientos sexuales se toma como base para afectar beneficios tangibles en el empleo”.

⁵⁸ En: Mora, Alejandra. Ley contra el Hostigamiento Sexual: comentarios a la ley y un análisis jurídico desde el principio de la igualdad jurídica. En: <http://www.ilanud.or.cr>. Consulta: 19 de enero de 2009.

B. Ambiente Hostil: Denominado también por especialistas acoso ambiental. Se refiere al conjunto de conductas desencadenadas por quien hostiga con el objeto de obstaculizar el normal desarrollo de las labores realizadas por la parte afectada, lo que se traduce en un ambiente hostil, abusivo, incómodo e intimidante. Sus forma de expresión más común es el daño a los instrumentos de trabajo o documentos, amenazas, exhibición de material de pornografía, entre otros⁵⁹.

Sin duda, adicionalmente a las acepciones que pueda conllevar el acoso sexual, las circunstancias que puede acarrear esta situación son sumamente complejas, y conforme a los alcances en la concepción moderna del hostigamiento sexual, sobre lo cual puede concluirse lo siguiente:

- **De la cuestión de género:** aún y cuando el desarrollo y análisis del hostigamiento sexual en el empleo generalmente se enfoca a identificar la víctima como de sexo femenino, a partir de las anteriores citas, así como de como múltiples estudios y resoluciones sobre el tema en cuestión, es posible afirmar que, sin excepción, las regulaciones relativas al acoso u hostigamiento sexual deben ser aplicadas de forma equitativa con relación al género, en atención a los principios de igualdad y no discriminación en el empleo, sin realizar distinciones o preferencias aplicando criterios diferenciadores según el sexo de quien gestione un reclamo de esta naturaleza.

Si bien la tendencia generalizada es analizar la materia en cuestión partiendo del hecho que se trata de una manifestación de violencia al género femenino y que distintos estudios arrojan cifras alarmantes relativas al elevado número de casos promovidos por mujeres

⁵⁹ Mora, Alejandra. Ley contra el Hostigamiento Sexual: comentarios a la ley y un análisis jurídico desde el principio de la igualdad jurídica. En: <http://www.ilanud.or.cr>. Consulta: 19 de enero de 2010.

versus los que han sido promovidos por los hombres, esta realidad no debe opacar el hecho que las distintas regulaciones que existan en los ordenamientos jurídicos que las prevean deben ser aplicadas de forma equitativa y sin realizar distinción de género alguno, en lo relativo a las políticas de prevención y efectiva sanción del hostigamiento sexual en el empleo.

Lo anterior, puesto que si bien las cifras son altas respecto a las denuncias formuladas por mujeres, no existe impedimento alguno para que los hombres también puedan ser víctimas de actos de hostigamiento sexual, tal y como se desprende del análisis de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia a partir del criterio de la Sala Constitucional de la misma Corte, en una resolución del año 2006:

Es decir, la normativa tutela la dignidad de la mujer y del hombre en los ámbitos que en ella se indican. Mas, por razones socio culturales se sabe que las mujeres son quienes en su mayor parte sufren este tipo de vejaciones... Es un hecho que la presencia femenina en los ámbitos de trabajo es cada vez mayor, lo que encuentra explicación, entre otras razones, en que la integración de los grupos familiares tienen origen más variado, con relación al único y tradicional que antes existía y que el aporte económico de las mujeres es hoy día una realidad y necesidad para la mayoría de las familias. Hace apenas unas décadas, la inmensa mayoría de la población económicamente activa estaba conformada, casi en su totalidad, por varones mientras que en la actualidad las mujeres comparten una parte importante de ésta. Ello se traduce en la presencia cada vez mayor del género femenino en el mercado laboral y por tanto el nacimiento de relaciones laborales comunes entre hombres y mujeres, con diversidad de posibilidades de sujeción de uno a otro, lo que de alguna manera promueve la existencia de promesas, amenazas, o exigencias de determinadas conductas de unos a otros, que se manifiestan en

comportamientos indeseables que la sociedad ha llegado a calificar como hostigamiento o acoso sexual. El legislador ha interpretado que la posibilidad o periodicidad con que este tipo de atropellos sexuales se presentan es cada vez más frecuente, al existir mayor relación e intercambio entre compañeros de trabajo de distintos sexos; por ello ha establecido mecanismos de control y de sanción de esas conductas. La legislación de este tipo nace, generalmente, como un resabio de la sociedad patriarcal, parcialmente superada, puesto que de alguna manera impera aún, y debido a la preocupación de disminuir o idealmente eliminar la sensación y situación real de vulnerabilidad que genera el elevado índice de acosos sexuales que, sin duda, condicionan marcadamente las vidas de las mujeres. No obstante, este sector de la sociedad no es el único afectado con el acoso y el hostigamiento sexual. Contrario a lo que se pueda creer, existen otros grupos afectados, integrados no sólo por mujeres y hombres mayores de edad sino que, también, es cada vez más frecuente la realidad de los abusos sexuales y hasta la corrupción y prostitución de menores. En consecuencia, es más que obvio que la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia es una reacción del Estado para atacar, razonablemente, este grave problema social”⁶⁰.

Por otra parte, el Oficio N° 6200-2008-DHR del 1° de julio de 2008 de la Defensoría de los Habitantes, citado en la sesión N° 53-08 del Consejo Superior del Poder Judicial, a las ocho horas del veintidós de julio del dos mil ocho, explica lo siguiente:

La especificidad del hostigamiento sexual, como un hecho que principalmente se perpetra en contra de las mujeres, se puede constatar al identificar el sexo de las personas denunciantes según cada expediente ingresado a la Defensoría teniendo como resultado el hecho de que el 92% de las personas denunciantes son mujeres, mientras que solamente un 7% de los denunciantes son hombres. En un 1% de los expedientes no se identificó este dato, en virtud de que cuando se inició el proceso

⁶⁰ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 52-2006. San José, a las nueve horas treinta minutos del ocho de febrero del dos mil seis.

de seguimiento, algunas instituciones –particularmente el Ministerio de Educación- utilizaron el concepto de confidencialidad para ocultar el nombre de la víctima cuando ésta era menor de edad... En el caso de las personas denunciadas, la situación que se presenta es a la inversa; es decir, el 98% son hombres, mientras que el 2% son mujeres. Nótese que en este caso no se da el 1% de falta de información, en virtud de que las instituciones no consideraron necesario mantener la confidencialidad del nombre de la persona denunciada... Del gráfico se da cuenta el acoso sexual hacia personas del mismo sexo, también es una realidad en nuestro país, siendo más frecuente el de hombre- hombre, que el de mujer-mujer.⁶¹

En conclusión, tal y como se desprende de lo anteriormente citado, es una realidad actual que los hombres también son víctimas de actos calificados como de hostigamiento sexual en el empleo y, en virtud de lo anterior, todo análisis y conceptualización del problema del acoso sexual debe interpretarse de forma equitativa, indistintamente de la cuestión de género.

- **Sobre la cuestión de la jerarquía:** con suma frecuencia es posible encontrar concepciones populares sobre la materia de acoso sexual que limitan la conceptualización de tal circunstancia a manifestaciones de conductas sexuales no deseadas por quien las recibe, únicamente en relaciones de poder o jerarquía. Si bien una de las circunstancias que en mayor medida podrían afectar a un sujeto en la ejecución de su trabajo es el asedio por parte de un superior jerárquico, el hostigamiento sexual no solamente se circunscribe a dichas situaciones que además no son las únicas que podrían causar afectaciones en el plano laboral y tanto la doctrina como la jurisprudencia local han sido reiterativos en que

⁶¹ Consejo Superior del Poder Judicial. Resolución Número. 53-08. San José, a las ocho horas del veintidós de julio del dos mil ocho.

puede ocurrir tanto en relaciones verticales como horizontales relacionadas con la categoría del puesto que ocupa el trabajador.

Tal es así que la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo de los Estados Unidos de América, en lo que interesa, informa a los ciudadanos de ese país sobre las principales consideraciones en torno del problema del acoso sexual, enfatizando en la irrelevancia de la jerarquía de quien comete el acto, lo cual resume en los siguientes términos:

Los avances sexuales mal recibidos, los pedidos de favores sexuales y otras conductas verbales o físicas de naturaleza sexual constituyen hostigamiento sexual cuando esta conducta explícita o implícitamente afecta al empleo de un individuo, interfiere de manera irrazonable en el rendimiento del individuo en su trabajo o crea un ambiente de intimidación, hostil u ofensivo.

El hostigamiento sexual puede producirse en una variedad de circunstancias, incluyendo, entre otras, las siguientes:

- La víctima, así como el hostigador, puede ser una mujer o un hombre. La víctima no tiene que ser del sexo opuesto.
- **El hostigador puede ser el supervisor de la víctima, un agente del patrono, un supervisor en otra área, un compañero de trabajo o alguien que no sea un empleado.**
- No es necesario que la víctima sea la persona hostigada, también puede ser alguien afectado por la conducta ofensiva.
- El hostigamiento sexual ilegal se puede producir sin daño económico o despido de la víctima.

- La conducta del hostigador debe ser mal recibida.⁶²

Por otra parte, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se refirió al tema específico de forma expresa, en una resolución de febrero del año 2009, en la cual concluye en lo siguiente:

El recurrente invoca la ausencia del elemento subjetivo (que la víctima se sienta acosada) y la falta de una relación de poder como requisitos indispensables para tener por cierto el hostigamiento sexual. Pero eso no es así, es importante destacar que de las pruebas que constan en el expediente sí es posible evidenciar que la víctima se sintió agraviada y acosada pues no sólo trató de averiguar la proveniencia de los mensajes, sino, que lo hizo de conocimiento de su jefe y, posteriormente, interpuso la denuncia para que se investigaran los hechos. Por otro lado, en cuanto al argumento de la inexistencia de la relación de poder, hay que resaltar que la Ley de Hostigamiento Sexual sanciona con mayor énfasis cuando se da esa circunstancia, pero no se encuentra limitada únicamente a situaciones en las cuales se da una relación de poder. Por esta misma razón, la Sala no considera que el Reglamento contra el Hostigamiento Sexual del I.C.E. en su artículo 4 incisos a, b, c, d, e y f se exceda o contradiga a la Ley cuando regula las situaciones de acoso sexual sin incluir como condición indispensable la existencia de una relación de poder⁶³.

Por lo tanto, es posible afirmar que las regulaciones acerca del hostigamiento sexual de igual forma deben aplicarse indistintamente si ocurren o no de una relación de jerarquía o

⁶² Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo de los Estados Unidos de América. En: http://www.eeoc.gov/spanish/types/sexual_harassment.html. Consulta: 16 de enero de 2010. El resaltado no pertenece a su original.

⁶³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2009-000196. San José, a las diez horas veinte minutos del veintisiete de febrero de dos mil nueve.

poder, a fin de cumplir a cabalidad la obligación de los patronos de prevenir y sancionar el hostigamiento sexual en los centros de trabajo, como será expuesto más adelante.

En síntesis, es posible concluir que el hostigamiento sexual consiste en una conducta sexual no deseada, verbal o física, que puede ser repetitiva o presentarse una sola vez, y que atenta en contra de la libre determinación y la dignidad de los sujetos, además de provocar en éstos perjuicios personales de diversa naturaleza. Lo anterior, dado que el acoso sexual puede darse en múltiples ámbitos donde se desarrolla el ser humano, siendo el empleo uno de ellos, independientemente de la cuestión de género y jerarquía, como se expuso anteriormente; incluso, como se pudo observar en la conceptualización que realiza la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo de los Estados Unidos de América sobre el tema, se reconoce abiertamente la posibilidad que este tipo de acto sea cometido por “alguien que no sea un empleado” lo cual se extiende a terceros relacionados con la empresa mediante formas de contratación no laboral, precisamente el tema principal del presente estudio.

SECCIÓN SEGUNDA Solución legal para el problema del hostigamiento sexual cometido por sujetos vinculados o no en una relación obrero patronal, en Costa Rica, instrumentos de Derecho Internacional y en Derecho Comparado

1. Regulación en Costa Rica

Una vez precisado de forma general el concepto de hostigamiento sexual en materia de empleo, resulta necesario revisar de forma exhaustiva la normativa costarricense que refiera

al tratamiento del acoso sexual desde la perspectiva del derecho del trabajo y que, por lo tanto, resulte de aplicación en el análisis del caso concreto.

En primera instancia y sin duda alguna, la regulación local de mayor relevancia en Costa Rica corresponde a la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, N° 7476 del 3 de febrero de 1995, que constituye la normativa regente en materia de acoso sexual en el empleo y la docencia por su carácter de ley específica y, por lo tanto, de acatamiento obligatorio para todos los sujetos a quienes resulta aplicable, según sus alcances, puesto que sus regulaciones se hacen extensibles a las relaciones obrero-patronales de los sectores públicos y privados, conforme al mismo texto de la Ley.

El artículo primero de la Ley antes indicada hace mención específica a los principios básicos que orientan sus regulaciones, en el cual textualmente se indica lo siguiente:

ARTÍCULO 1.- Principios regentes.

Esta Ley se basa en los principios constitucionales del respeto por la libertad y la vida humana, el derecho al trabajo y el principio de igualdad ante la ley, los cuales obligan al Estado a condenar la discriminación por razón del sexo y a establecer políticas para eliminar la discriminación contra la mujer, según la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Múltiples estudios y análisis sobre la normativa anteriormente mencionada coinciden en la importancia que reviste la promulgación de esta ley específica, respecto a la protección de las potenciales víctimas cuando puedan sufrir afectaciones, tanto en su vida privada como

en otras esferas, tales como la educación y en lo que nos ocupa, el empleo, dado que el proceso de divulgación y promoción que se le otorgó, provocó la visibilización, conocimiento y reconocimiento del hecho por parte de las personas; de forma tal que el instrumento ha tenido como efecto inmediato la sustracción del carácter de normalidad a la acción y en consecuencia de la tolerancia de la que había gozado⁶⁴.

Sobre este último punto, la Sala Segunda de la Corte Suprema también ha reflexionado sobre la relevancia de la vigencia de la ley en cuestión, en tanto ha concluido en lo siguiente:

En las relaciones laborales, el hostigamiento sexual, como forma de violencia que es, restringe el derecho fundamental de las personas al trabajo, lo que conlleva efectos discriminatorios y perjudiciales. En nuestro ordenamiento jurídico, no se emitió una norma específica, para regular el hostigamiento sexual, como una falta grave a las obligaciones laborales, sino hasta el 3 de febrero de 1.995, fecha en que se promulgó la “Ley contra el Hostigamiento o Acoso Sexual en el empleo y la Docencia.”. Con anterioridad, tales comportamientos indebidos, podían incluirse, en el genérico inciso l), del artículo 81 del Código de Trabajo, pero por la indicada ley, implícitamente se amplió dicho numeral; pues, en el artículo 25 se prevé la posibilidad del despido sin responsabilidad patronal. Sin duda, dicha ley, entre otras promulgadas, también propugna el desarrollo de las normas del Derecho Internacional, específicamente la Convención sobre la eliminación de todas las formas discriminación contra la mujer, aprobada por la Ley N° 6.968, del 2 de octubre de 1.984 y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como “Convención de Belem do Pará”, aprobada por la Ley N° 7.499, del 2 de mayo de 1.995, publicada en La

⁶⁴ En: Mora, Alejandra. Ley contra el Hostigamiento Sexual: comentarios a la ley y un análisis jurídico desde el principio de la igualdad jurídica. En: <http://www.ilanud.or.cr>. Consulta: 19 de enero de 2010.

Gaceta N° 123, del 28 de junio de 1.995; por cuanto, de conformidad con las estadísticas, en mayor parte, son las mujeres las víctimas de acoso sexual, aunque no exclusivamente. La legislación promulgada, se ocupó entonces, con mayor detalle, de una problemática social y laboral de gran trascendencia y establece un régimen amplio de protección para la víctima del acoso, lo cual ha redundado en una mayor cantidad de denuncias; y, en el fondo, la ley también conlleva un efecto desincentivador respecto de las personas acosadoras⁶⁵.

Tal y como se expone en la cita anterior, previo a la promulgación de la Ley N° 7476 existía la posibilidad y el asidero legal para considerar un acto de hostigamiento sexual como de suficiente gravedad para impedir la continuidad de la relación de empleo, puesto que el despido sin responsabilidad patronal ante la comprobación de un acto grave de acoso se enmarcaba dentro del inciso L) del artículo 81 del Código de Trabajo que de forma genérica fundamenta el despido con justa causa ante cualquier otra falta grave no prevista en los demás incisos de este mismo artículo. No obstante lo anterior, en los actos particulares de acoso la materia particular se reviste de tal delicadeza que es necesario plasmar sus disposiciones particulares en una ley específica, que no solo establece un fundamento jurídico particular para la aplicación de sanciones de carácter disciplinario, sino que, además, establezca regulaciones ineludibles para el procedimiento que debe seguirse previo a la imposición de las mismas, como garantía de su efectividad.

Bajo esta línea de pensamiento, el objetivo general de la ley en cuestión que se detalla en su artículo segundo es precisamente “prohibir y sancionar el acoso u hostigamiento sexual como práctica discriminatoria por razón del sexo, contra la dignidad de la mujer y del

⁶⁵ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 584-2002. San José, a las diez horas del veinte de noviembre del año dos mil dos.

hombre en las relaciones laborales y de docencia.”, por lo tanto, sus disposiciones se limitan a establecer las limitaciones y sanciones que aplican, tanto en la materia laboral como de educación, con conceptos y procedimientos de carácter general y otros específicos, según las particularidades de cada materia.

Por ejemplo, como disposición de carácter general, el artículo 4º expone de forma puntual las principales manifestaciones del acoso u hostigamiento sexual en cuanto literalmente dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 4.- Manifestaciones del acoso sexual.

El acoso sexual puede manifestarse por medio de los siguientes comportamientos:

1.- Requerimientos de favores sexuales que impliquen:

- a) Promesa, implícita o expresa, de un trato preferencial, respecto de la situación, actual o futura, de empleo o de estudio de quien la reciba.
- b) Amenazas, implícitas o expresas, físicas o morales, de daños o castigos referidos a la situación, actual o futura, de empleo o de estudio de quien las reciba.
- c) Exigencia de una conducta cuya sujeción o rechazo sea, en forma implícita o explícita, condición para el empleo o el estudio.

2.- Uso de palabras de naturaleza sexual, escritas u orales, que resulten hostiles, humillantes u ofensivas para quien las reciba.

3.- Acercamientos corporales u otras conductas físicas de naturaleza sexual, indeseadas y ofensivas para quien los reciba.

Nótese que el elemento común que se deriva de la explicación anterior reside en que cualquier manifestación de hostigamiento sexual, tanto en el empleo como la docencia,

necesariamente conlleva una negativa por parte de quien la recibe y, además, causa afectaciones de carácter psicológico en la víctima, dado que estos son rechazados, ofensivos, humillantes y además capaces de afectar al sujeto que las recibe en un ámbito laboral como educativo, de forma indistinta. De ahí la importancia de la promulgación de la ley en cuestión y el cumplimiento a sus disposiciones, las cuales establecen una serie de responsabilidades y garantías para todas las partes involucradas en situaciones de esta naturaleza (las más relevantes analizadas más adelante) las cuales se han incluido en el texto de la ley específica con el propósito principal de garantizar la integridad física y psicológica de las potenciales víctimas de actos de esta naturaleza.

A manera de resumen sobre su estructura, las regulaciones contenidas en la ley indicada se distribuyen de la siguiente forma:

- Capítulo I. Fundamento. Artículo 1.
- Capítulo II. Objetivo y definiciones. Artículos 2 al 4.
- Capítulo III. Prevención del hostigamiento sexual. Artículos 5 al 11.
- Capítulo IV. Responsabilidades y garantías. Artículos 12 al 17.
- Capítulo V. Procedimiento judicial para sancionar el hostigamiento sexual. Artículos 18 al 24.
- Capítulo VI. Sanciones. Artículos 25 al 28.
- Capítulo VII. Disposiciones Finales. Artículos 29 al 32.
- Disposiciones transitorias.

Por otra parte, como complemento de las regulaciones específicas que contiene la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, que podrían resultar aplicables para el presente análisis, resulta importante hacer mención a las disposiciones que sobre el particular dispone el Código Penal con relación a delitos específicos de naturaleza sexual que, si bien no constituyen técnicamente penalizaciones por hostigamiento, podría calificar como un ilícito penal independientemente del ámbito en el que se comete, y las eventuales consecuencias que podría acarrear en el ejercicio de una profesión específica. En lo que interesa, los delitos de naturaleza sexual relacionados con la materia corresponden a la violación y los abusos deshonestos, los cuales son regulados por el Código en mención en los siguientes términos:

Violación

Artículo 156.-

Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima sea menor de trece años.
- 2) Cuando se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o esta se encuentre incapacitada para resistir.
- 3) Cuando se use la violencia corporal o intimidación.

La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducirle a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal, o en obligarla a que se los introduzca ella misma.

Violación calificada

Artículo 157.-

La prisión será de doce a dieciocho años, cuando:

- 1) El autor sea cónyuge de la víctima o una persona ligada a ella en relación análoga de convivencia.
- 2) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima, hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- 3) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima, hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- 4) El autor sea tutor o el encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.
- 5) Se produzca un grave daño en la salud de la víctima.
- 6) Se produzca un embarazo.
- 7) La conducta se cometa con el concurso de una o más personas.
- 8) El autor realice la conducta prevaleciéndose de una relación de poder resultante del ejercicio de su cargo, y esta sea realizada por ministros religiosos, guías espirituales, miembros de la Fuerza Pública o miembros de los Supremos Poderes.

Abusos sexuales contra las personas mayores de edad

Artículo 162.-

Si los abusos descritos en el artículo anterior se cometen contra una persona mayor de edad, la pena será de dos a cuatro años de prisión.

La pena será de tres a seis años de prisión cuando:

- 1) El autor se aproveche de la vulnerabilidad de la persona ofendida, o esta se encuentre incapacitada para resistir o se utilice violencia corporal o intimidación.
- 2) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima.
- 3) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima.
- 4) El autor sea madrastra, padrastro, hermanastra o hermanastro de la víctima.
- 5) El autor sea el tutor o el encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.
- 6) El autor realice la conducta contra alguno de los parientes de su cónyuge o conviviente, indicados en los incisos 3) y 4) anteriores.

7) El autor se prevalezca de su relación de confianza con la víctima o su familia, medie o no relación de parentesco.

Si bien en Costa Rica, a diferencia de otros países que se mencionarán a continuación, el hostigamiento sexual propiamente no se encuentra regulado como tal en el Código Penal y son los delitos de violación y abusos deshonestos los que eventualmente podrían configurarse a través de este tipo de actos, tal es la conexidad que existe entre ambas materias que el proyecto de ley tramitado bajo el expediente número 13181 fue promovido con el objetivo muy puntual de tipificar el acoso u hostigamiento sexual como una conducta de carácter delictivo. Para estos fines, el proyecto en cuestión dispone la adición de los artículos 161 bis y 161 ter al Código Penal vigente, los cuales consistirían en dos tipos penales que sancionan el hostigamiento y el acoso sexual, respectivamente, así como la reforma del inciso a) del artículo 81 bis del mismo cuerpo normativo, mediante el que se le otorga la condición de delitos de acción pública a instancia privada a los tipos penales que se pretenden agregar. Sin duda, éste denota la iniciativa de incluir el hostigamiento sexual como un delito penal, a fin de brindar aún más garantías a los ciudadanos víctimas de este tipo de actos, penados en una sede judicial distinta.

De todas formas, si bien el análisis del tema en cuestión se limita a aspectos relacionados con la materia laboral, vale la pena tener en consideración que cualquier conducta de hostigamiento sexual en el empleo o en la docencia, que se enmarque dentro de los supuestos que contemplan las normas vigentes antes citada, también sería calificada como un hecho punible susceptible de ser perseguible en sede penal, con eventuales penas de prisión para quien lo cometa, independientemente de cualquier otra sanción que le sea

impuesta, de diferente naturaleza. Tal es así que la misma Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, en su artículo 25, advierte la posibilidad de acudir a la vía correspondiente, cuando las conductas también constituyan hechos punibles, según lo establecido en el Código Penal, luego de citar las sanciones propias en materia de derecho laboral para quien incurra en actos de esta naturaleza.

Sobre este punto en particular cabe mencionar además que la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha indicado, de forma clara, que las vías judiciales laboral y penal son independientes y que la resolución de un caso formulado ante una sede no es una condicionante para su admisión o negativa en la otra, conforme a lo siguiente:

Efectivamente, esta Sala de manera reiterada ha hecho ver la independencia que existe entre las jurisdicciones penal y laboral. Así en el voto número 519 de las 10:00 horas del 1 de octubre del 2003, señaló “En la penal, se pretende establecer la comisión de un delito, de forma tal que el comportamiento de la persona acusada, para que se constituya en ilícito, debe enmarcarse expresamente en el tipo penal previsto por la norma; aparte de ser antijurídico y culpable. Así las cosas, un determinado comportamiento puede no ser delictivo, pero sí puede configurarse como una falta grave a las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo. Consecuentemente, el resultado de un proceso penal, salvo en las circunstancias previstas en el artículo 164, del Código Procesal Civil, no influye en la decisión que haya de tomarse, al momento de valorar una falta laboral, pues, en aquella sede penal, lo que se pondera es la comisión de un comportamiento tipificado, por la ley, como un delito, de manera que, a pesar de que tal conducta no se configure como un ilícito penal, sí puede, de manera independiente, constituirse en una falta laboral grave, suficiente para poder decretar, legítimamente, un despido justificado. Este tema fue discutido en la jurisdicción constitucional, estableciéndose una clara independencia entre el ámbito sancionatorio penal y el

disciplinario. En ese sentido, en la sentencia número 243, de las 16:30 horas, del 28 de febrero de 1990, se indicó: “El recurrente reclama como violado el principio de presunción de inocencia que consagra el artículo 39 Constitucional, pues se le sancionó disciplinariamente por un hecho que está siendo investigado judicialmente. No comparte la Sala esa tesis, desde que una conducta, como la que se atribuye al señor ..., tiene repercusión y relevancia en dos planos y ordenamientos distintos. Uno, el penal, por el cual debe investigarse si su conducta encuadra como ilícita, de donde la sociedad como tal vendría a sancionarlo, y otra, la laboral (o de servicio), en la que será su patrono quien decida si los bienes puestos a la orden del servidor, para el cumplimiento de sus deberes, fueron correcta o apropiadamente usados. No existe una subordinación de lo laboral a lo penal, como se pretende en el recurso, ya que lo resuelto administrativamente no tiene incidencia en la investigación judicial, pues su naturaleza y propósito es diferente.⁶⁶

Una vez analizada la normativa más relevante de aplicación al caso concreto, procede realizar una breve revisión acerca de los instrumentos y normativa internacional aplicables al tema en cuestión.

2. Regulación en instrumentos internacionales y en derecho comparado

Dada la importancia que reviste una efectiva prevención y sanción del hostigamiento sexual en el empleo, considerando los antecedentes de la figura y su análisis conceptual, de seguido en este apartado se detallan algunas regulaciones internacionales que directa o

⁶⁶ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 1052-2005. San José, a las nueve horas treinta y cinco minutos del veintiuno de diciembre de dos mil cinco.

indirectamente inciden en la interpretación de la normativa local sobre el tema en particular.

2.1. Convenios Internacionales

Como se concluye líneas atrás que, si bien al analizar el tema del acoso sexual debe aplicarse indistintamente la cuestión de género, la gran mayoría de regulaciones internacionales que versan sobre la temática del hostigamiento sexual se encuentran plasmadas en convenciones internacionales relacionadas con la protección de las mujeres en el ejercicio del empleo.

Sobre los instrumentos de derecho internacional, cabe recordar además que las convenciones, los pactos y los convenios internacionales son acuerdos multilaterales entre varios estados y, por ende, cuando un Estado aprueba un tratado acepta una obligación legal para implementar todas las disposiciones del texto, a excepción de aquellas donde presentó reservas. Una vez que los tratados son aprobados por el Poder Ejecutivo y, posteriormente, ratificados por el Poder Legislativo, resultan de acatamiento obligatorio.

En el caso de los instrumentos internacionales que se mencionarán a continuación, Costa Rica procedió con su ratificación hace algunos años atrás, por lo que se encuentra en la obligación de velar por el cumplimiento de todo lo que en ellos se estipula, dado que tienen

rango internacional y trascienden la jurisdicción nacional, tal y como lo indica el artículo 7 de la Constitución Política de nuestro país⁶⁷.

A partir de lo anterior procede hacer mención a las principales consideraciones acerca de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belem Do Pará) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida como la CEDAW), ambos instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica y, por ende, leyes de la República, que, además, conforme a las disposiciones expresas de la Ley N° 7476, fundamentan las regulaciones locales sobre la prevención y sanción el hostigamiento de naturaleza sexual en el empleo:

- En primera instancia, los artículos de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belem Do Pará⁶⁸), ley N° 7499 del 2 de mayo de 1995, que sirven de fundamento a la legislación nacional para proteger a las mujeres contra la violencia, más específicamente contra el hostigamiento sexual, en lo que interesa disponen lo siguiente:

- Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: ... que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de

⁶⁷ En lo que interesa, el artículo dispone: *“Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes (...)”*

⁶⁸ Esta convención es conocida como *“Belém do Pará”*, en referencia a la ciudad en la que tuvo lugar en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos donde fue aprobada.

personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas (Artículo 2).

- Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado. (Artículo 3).
- El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:
 - a. El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
 - b. El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (Artículo 6).
- Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:
 - a. Fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respete y protejan sus derechos humanos;
 - b. Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exaltan la violencia contra la mujer (Artículo 8).

- Por otra parte, las regulaciones más relevantes de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁶⁹, Ley N° 6968 del 2 de octubre de 1984, pueden resumirse en las siguientes:

- Artículo 2: ... Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
... Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualquier persona, organizaciones o empresas;
- Artículo 3: Los Estados Partes tomarán en todas las esferas y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.
- Artículo 5: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a)
Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

⁶⁹ Esta convención es conocida como la CEDAW por las siglas de su nombre en inglés.

- Artículo 11: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano.

Resulta importante hacer mención que ambas convenciones se fundamentan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuyo artículo primero afirma: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Y agrega en su artículo 2 que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Esta declaración afirma, que todas las personas somos iguales ante la Ley, lo que significa igualdad en deberes y derechos, sin que se pueda discriminar en razón de condiciones tales como etnia, edad, sexo, estado civil, apariencia física, clase, preferencia sexual, política o religiosa, discapacidad o cualquier otra “diferencia”.

En resumen, los tratados internacionales expuestos anteriormente son el resultado de una lucha de movimientos sociales que, por muchos años, han concentrado sus esfuerzos en la defensa de los derechos inherentes a toda persona independiente de su género. Tal y como señala además la Convención de Belém do Pará, en su artículo 2, el acoso sexual en ámbitos laborales o educativos es considerado una forma de violencia y, por lo tanto, debe

ser prevenido y erradicado, lo cual resulta el fundamento de mayor peso en la normativa local sobre el particular.

2.2. Normativa internacional relevante

Los instrumentos de derecho internacional expuestos anteriormente constituyen la base jurídica principal para las iniciativas legislativas en los distintos países tendientes a garantizar la integridad física del hombre y la mujer en las relaciones laborales, en tanto establecen penas y sanciones de diversa naturaleza para conductas que puedan constituir hostigamiento sexual, de conformidad con cada legislación en específico.

A manera de ejemplo, los casos dignos de mención para efectos del presente estudio son los siguientes:

- **Chile:** Este país cuenta también con una ley específica sobre la materia, número 20.005 publicada en el Diario Oficial el día 18 de Marzo de 2005, introduce una serie de modificaciones al Código del Trabajo, a la ley 18.834 que aprueba el Estatuto Administrativo y a la ley 18.883 sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

En primera instancia, la promulgación de la ley dispone que el inciso segundo del artículo segundo del Código de Trabajo se lea de la siguiente forma:

Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ellas, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

La ley 20.005, introduce como inciso segundo del artículo 153 del Código de Trabajo, lo siguiente: "Especialmente se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores." En esta materia se estimó que es conveniente establecer un procedimiento en el reglamento interno dado el desconocimiento que existe acerca de la forma de enfrentar estas situaciones. Por esta razón y como una orientación a los empleadores a adecuar estos instrumentos a la nueva normativa, la Dirección del Trabajo elaboró un formato, que si bien constituye sólo un modelo, sirve de base para las modificaciones que deban realizarse en esta materia.

En cuanto a las disposiciones que debe contener el reglamento interno, se agrega el inciso número 12 del artículo 154 lo siguiente: "El procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual", lo cual prevé una oportunidad para el patrono de incluir en sus Reglamentos internos, las disposiciones relativas al procedimiento para prevenir, investigar y eventualmente sancionar el hostigamiento sexual que puedan sufrir sus trabajadores por parte de superiores jerárquicos y compañeros de trabajo, e incluso, previendo de forma expresa las medidas pertinentes en caso que el hostigamiento provenga de un tercero, dado que la responsabilidad patronal de establecer un procedimiento efectivo se mantiene siempre que

se logre verificar una conducta de esta naturaleza; dado que la inclusión del artículo 211 al Código de Trabajo según la norma en cuestión, se prevé textualmente lo siguiente:

Artículo 211-B.- Recibida la denuncia, **el empleador deberá adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados, tales como la separación de los espacios físicos** o la redistribución del tiempo de jornada, considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo (El resaltado no pertenece a su original).

Es decir, si bien la normativa chilena no reconoce expresamente la posibilidad que el hostigamiento provenga de un tercero, lo cierto es que mantiene la obligación del patrono de promover medidas para prevenir, corregir y sancionar conductas que enmarquen dentro de la definición de acoso sexual conforme a la reforma del año 2005 y, por lo tanto, éste debe incorporar el procedimiento en cada Reglamento Interno de Trabajo, de forma libre y previendo las distintas soluciones al problema, tomando en cuenta las limitaciones que establece la misma ley.

- **México:** En el caso específico de este país, el hostigamiento sexual solamente se define en leyes penales, dado que la Ley Federal del Trabajo (abreviada como LFT) no se regula forma expresa el hostigamiento sexual ni establece procedimientos especiales para la respectiva investigación y sanción de actos de esta naturaleza específicamente en la materia de empleo. De esta manera lo explica Kurczyn (2010) conforme a lo siguiente:

Existen varios proyectos de reforma a la LFT, que además de incorporar esta conducta como una causal de rescisión de la relación de trabajo sin

responsabilidad para el trabajador, ofrecen una definición para efectos laborales. Vale la pena subrayar que la legislación laboral sólo cita la causal sin señalar qué debe entenderse como tal, lo cual sería conveniente con el propósito de que en la práctica procesal se faciliten los medios probatorios, que son el obstáculo mayor para la eficacia en la aplicación de la norma⁷⁰.

No obstante lo anterior, dado que las regulaciones penales orientan las reformas propuestas a la LFT resulta valioso conocer su contenido para efectos ilustrativos. En primera instancia, el artículo 259 bis del Código Penal para la Federación, en lo relativo a los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, textualmente dispone lo siguiente:

Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilizase los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo,

Solamente será punible el hostigamiento sexual cuando se cause un perjuicio o daño.

Sólo se procederá contra el hostigador, a petición de parte ofendida.

Por otra parte, el artículo 179 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que reviste de igual importancia puesto que rige en el área geográfica con mayor concentración de habitantes en ese país, en su título quinto sobre delitos contra la libertad y la seguridad sexuales, y el normal desarrollo psicosexual, dispone, textualmente, lo siguiente:

⁷⁰ Kurczyn Villalobos, Patricia. Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo. En <http://www.bibliojuridica.org>. Consulta: 18 de enero de 2010.

Al que acose sexualmente con la amenaza de causarle a la víctima un mal relacionado respecto a la actividad que los vincule, se le impondrán de seis meses a tres años de prisión.

Si el hostigador fuese servidor público y se aprovechara de esta circunstancia, además de la pena prevista en el párrafo anterior, se le impondrá destitución por un lapso igual al de la pena de prisión impuesta.

Este delito se perseguirá por querrela.

A criterio de Kurczyn (2009), a pesar que ambas normas son criticables y perfectibles, lo cierto es que tipifican el acto indicado y lo relacionan con los elementos de subordinación y jerarquía, propios de la relación de empleo, que, en conjugación con regulaciones genéricas y aisladas en la LFT, proveen cobertura actual a los ciudadanos de este país que resulten víctimas de hostigamiento sexual en el contexto de una relación laboral. Sin embargo, la normativa aún no contempla de forma expresa el hostigamiento de terceros, es decir, personas que no son empleados directos de la empresa, ni tampoco la prevención mediante la educación y sensibilización a cargo de los empleadores, lo cual en ausencia de la ley debe preverse en un Reglamento Interior del Trabajo o en los Contratos Colectivos, conforme la legislación laboral mexicana.

- **El caso de los demás países de Centroamérica:** por otra parte, resulta de especial interés realizar el siguiente análisis comparativo sobre el tratamiento de la figura y las regulaciones que los países vecinos de Costa Rica cuentan respecto al hostigamiento sexual. Principalmente, porque con suma frecuencia empresas con presencia regional ordenan el traslado temporal o permanente de trabajadores costarricenses al resto de los países de la región, en la que de igual forma podrían tener contacto tanto con trabajadores

propios de la empresa como con proveedores o contratistas externos y, por ende, pueden ser susceptibles de actos de hostigamiento sexual por parte de éstos, durante la ejecución normal de sus labores para la compañía en el exterior.

<i>País</i>	<i>¿Cuenta con normas específicas relacionadas al tema?</i>	<i>Observaciones, otros aspectos de interés</i>
Guatemala	No, la legislación laboral no contempla protecciones específicas relativas al acoso sexual, a excepción de las regulaciones genéricas sobre igualdad en la Constitución Política, y el Decreto 79-97, que entre los delitos de acción pública “dependientes de instancia de parte”, se incluye el estupro, el incesto, los abusos deshonestos y la violación de mayores de 18 años.	Existen propuestas de reforma al Código Laboral y otras iniciativas para regular el tema expresamente, con el fin de promover la tipificación del delito de acoso sexual en el trabajo que comprende condenas de prisión de uno a cuatro años y multas de hasta tres mil quetzales cuando se compruebe el delito de acoso sexual, así como una indemnización para la víctima del acoso, entre otras; sin embargo a la fecha no han sido aprobadas y, por lo tanto, no se encuentran vigentes.
El Salvador	No, la legislación laboral salvadoreña no contempla protecciones específicas relativas al acoso sexual, salvo la obligación genérica de “5) <i>Guardar la debida consideración a los trabajadores, absteniéndose de maltratarlos de obra o de palabra</i> ”, en el artículo 29 del Código de Trabajo. Sin embargo, el artículo 165 del Código Penal, reformado en el año 1998, incluye la	El acoso sexual en el ámbito educativo sí se encuentra regulado, sin embargo, tal inclusión ha sido cuestionada dado que se considera que el acoso sexual no debería estar contemplado en la Ley Docente, una legislación que regula la conducta de las actividades y relaciones humanas entre maestros, directores y padres de familia.

	<p>definición del delito de violación sexual y tratamiento a delitos de violencia sexual. Se incluye norma sobre acoso sexual (realizar conductas indeseadas por quien las recibe que implique tocamientos u otras conductas inequívocas de naturaleza sexual).</p>	
Honduras	<p>No, la legislación laboral de Honduras no contempla protecciones específicas relativas al acoso sexual, salvo el artículo 95 del Código de Trabajo que dispone la obligación genérica para los patronos de: “6) <i>Guardar a los trabajadores la debida consideración, absteniéndose de maltratos de palabras o de obra y de actos que pudieran afectar su dignidad</i>”.</p> <p>Por otra parte, en 1997 se aprobaron enmiendas y adiciones en el tratamiento de los delitos de violencia sexual, mediante las cuales se incluyó el delito de acoso sexual. La violación sexual fue definida como delito de orden público.</p>	
Nicaragua	<p>El artículo 17 del Código de Trabajo incluye como una de las obligaciones del empleador: “p) <i>velar porque los trabajadores no sean violentados en sus derechos morales ni objeto de acoso o chantaje sexual</i>”. Además, el artículo 82 del mismo Código dispone que “<i>Los trabajadores</i></p>	

	<p><i>tienen derecho a condiciones de trabajo que les aseguren en especial:</i></p> <p><i>4. Condiciones de trabajo que les garanticen la integridad física, la salud, la higiene y la disminución de los riesgos profesionales para hacer efectiva la seguridad ocupacional del trabajador”.</i></p> <p>Sin embargo, este país también carece de normativa laboral que regule el tema en específico.</p>	
Panamá	<p>La figura del acoso sexual fue incorporada como una justa causa de despido y como una prohibición para los empleadores en el numeral 15 del artículo 138, ambos artículos del Código de Trabajo. Además, es una obligación del empleador establecer un procedimiento equitativo, confiable y práctico para investigar los reclamos presentados con relación al Acoso Sexual. Sin embargo, la figura no es definida por el Código de Trabajo.</p>	<p>La Ley 4 de 29 de enero de 1999, por la cual se instituye la igualdad de oportunidades para las mujeres, en su artículo 8, numeral 10 establece: <i>"El Estado garantizará el cumplimiento y ejercicio de los derechos de ciudadanía de la mujer, a través de las siguientes acciones: (...) 10. Incorporar, en el Código Penal, otras disposiciones que regulen figuras delictivas no contempladas aún, como el hostigamiento o el acoso sexual".</i></p>

- **Perú:** por último este caso resulta especialmente relevante para el tema en cuestión puesto que, al igual que Chile y a diferencia de México y el resto de Centroamérica, este país sí cuenta con la ley específica N° 27492 denominada “Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual” reformada mediante la ley N° 29430 del 27 de octubre de 2009, la cual no sólo expresamente indica que su ámbito de acción comprende a “los trabajadores

o empleadores, al personal de dirección o de confianza, al titular, asociado, director, accionista o socio de la empresa o institución; asimismo, a los funcionarios o servidores públicos cualquiera sea su régimen laboral...”, sino que especialmente también comprende a **“las demás personas intervinientes en las relaciones de sujeción no reguladas por el derecho laboral, tales como la prestación de servicios sujetas a las normas del Código Civil**, la formación de aprendices del Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial (SENATI), los Programas de Capacitación para el trabajo, el acceso a centros de educación superior, y **“otras modalidades similares”**⁷¹, con lo cual se extiende expresamente la aplicabilidad de la norma en cuestión a relaciones que no son propias de una relación de empleo tradicional, como el contrato de prestación de servicios, regulado en los artículos 1755 y siguientes del Código Civil de ese país, y la figura de la “tercerización”, analizada en el Título Primero del presente estudio, en su relación con el *outsourcing*.

No obstante, resulta sumamente curioso que, a pesar de que las reformas introducidas a la Ley N° 27942 en el año 2009 tienden a ampliar la cobertura de la ley y establecer obligaciones más rigurosas para los patronos en virtud de sus alcances, tales como: “adoptar las medidas necesarias para que cesen las amenazas o represalias ejercidas por el hostigador, así como las conductas físicas o comentarios de carácter sexual o sexista que generen un clima hostil o de intimidación en el ambiente donde se produzcan”⁷², con respecto a las situaciones de hostigamiento que ocurran con ocasión de relaciones no

⁷¹ Artículo 2. Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual. Ley No. 27942 dada a los cinco días del mes de febrero de dos mil tres, modificada mediante Ley n° 29430, dada en Lima, Perú, a los veintisiete días del mes de octubre de dos mil nueve. Los resaltados no pertenecen a su original.

⁷² Ídem. Artículo 7 inciso b).

laborales, se establece un único artículo que hace referencia expresa a las sanciones legales para esta situación específica, en tanto textualmente se dispone lo siguiente:

Artículo 22.- De la Sanción en las Relaciones no Reguladas por el Derecho Laboral.

Si el acto de hostigamiento sexual se presenta en una relación no regulada por el Derecho Laboral, la víctima tiene el derecho al pago de una indemnización por el daño sufrido, la cual se tramita en la vía civil en proceso sumarísimo.

Es decir, si bien la normativa peruana sobre hostigamiento sexual es clara respecto a la obligación patronal de tomar las medidas necesarias para la protección de la parte afectada en casos de hostigamientos sexual que sean cometidos por un sujeto vinculado con la empresa mediante una forma de contratación no laboral, únicamente se prevé la solución legal del cobro de una indemnización por el daño sufrido, que, además, se regula de forma poco clara, puesto que no se establece expresamente contra quién se gestiona el reclamo.

En este sentido, es posible concluir que la normativa del Perú sobre acoso sexual es progresista respecto a otras legislaciones porque extiende sus alcances a casos específicos que surjan de relaciones no laborales, sin embargo, adolece de soluciones legales más efectivas aparte del cobro de una indemnización que de todas formas resulta procedente en relaciones de esta naturaleza, acorde con la normativa de carácter civil, específicamente con relación al tema de la responsabilidad por daños morales y relacionados con terceros, en parte o indirectamente afectados, en razón de una relación contractual.

En conclusión, aún y cuando en algunos casos expuestos a manera de ejemplo denotan la necesidad imperiosa de contar con leyes específicas que prohíban y sancionen el acoso sexual de forma efectiva, las disposiciones internas de cada país deben establecer claramente en qué consiste y, además, prever las diferentes circunstancias en que se manifiesta, aunado al detalle de los procesos obligatorios que garanticen el cumplimiento de las obligaciones de los empleadores, con base a los Convenios y demás instrumentos relativos a la protección del trabajador durante el ejercicio del empleo, independientemente del país en que se encuentre prestando sus servicios.

CAPÍTULO SEGUNDO. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS DE GARANTIZAR UN AMBIENTE LIBRE DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

SECCIÓN PRIMERA Obligaciones genéricas de los patronos relativas a la protección de los trabajadores durante la ejecución del trabajo y su relación con la prevención y sanción del hostigamiento sexual

Una vez analizadas las principales regulaciones locales e internacionales sobre el hostigamiento sexual en materia de empleo, es preciso hacer mención a las obligaciones que la normativa laboral impone a los patronos dentro de la relación obrero patronal, con el fin de garantizar la integridad física y psicológica de sus trabajadores en contra de actos que atenten contra éstas, tales como el acoso sexual, así como las consecuencias de un eventual incumplimiento a esta obligación genérica que persiste independientemente de las relaciones externas que el empleador elija contratar, y que, por su carácter de prestación de

servicios personales, puedan llegar a tener alguna incidencia en el manejo propio de las relaciones obrero patronales.

Lo anterior, porque a partir de los análisis realizados sobre las distintas consecuencias que el acoso sexual puede provocar en los centros de trabajo, es posible concluir que el acoso sexual puede afectar el derecho a la integridad física y psíquica de los trabajadores durante la ejecución del trabajo, al constituirse en fuente de deterioro psicológico para la víctima, produciendo efectos tales como ansiedad, tensión, irritabilidad, incapacidad de concentración, insomnio, fatiga, dolores de cabeza y otras manifestaciones de estrés, e inclusive, puede constituir causa de lesiones corporales de diversa naturaleza.

En virtud de lo anterior, y considerando que las relaciones laborales se orientan en razón de varios principios básicos entre éstos el de buena fe, el patrono se encuentra obligado por ley a garantizar el resguardo a la integridad física y psicológica de los trabajadores, protegiéndoles de todo acto que pueda atentar contra los anteriores bienes jurídicos, así como evitar facilitar un clima de trabajo seguro y sano, evitando también en los espacios laborales aquellos ambientes que resulten hostiles o abusivos para los trabajadores que presten sus servicios en ellos.

En la mayoría de las legislaciones laborales de América Latina, las normativas de aplicación general establecen de forma expresa la obligación del patrono de abstenerse de todo acto que amenace la integridad del trabajador, o bien, regula la prohibición expresa de este tipo de conductas, dentro de las cuales se encuentra también el hostigamiento sexual, en virtud de las consecuencias antes mencionadas.

En el caso específico de Costa Rica, el Código de Trabajo ha plasmado expresamente dicha obligación genérica en los artículos 69 inciso C) y 273⁷³, a partir del artículo 66 de la Constitución Política que eleva a rango constitucional lo referente a la protección de la integridad del trabajador⁷⁴, por lo que es posible afirmar que todas las anteriores normas constituyen el fundamento base para el artículo 5° específico de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, en lo relativo a las obligaciones patronales de prevenir y sancionar el hostigamiento sexual. A partir de las normas anteriormente citadas, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia también ha expuesto de manera general el fundamento legal para la exigencia que la ley demanda a los patronos con el fin último de garantizar al trabajador su integridad física en la prestación del servicio, que se resume en lo siguiente:

En síntesis, de acuerdo con lo que establece nuestra legislación, todo patrono, público o privado, está en el deber de adoptar las medidas apropiadas a las características de su organización, tipo de actividad, riesgos existentes y volumen de operaciones, con el fin de salvaguardar la integridad física, la vida y la salud de sus empleados o servidores⁷⁵ (El resaltado no pertenece a su original).

⁷³ Código de Trabajo: 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: ... c. Guardar a los trabajadores la debida consideración, absteniéndose de maltrato de palabra o de obra; ARTÍCULO 273.*

Declárase de interés público todo lo referente a salud ocupacional, que tiene como finalidad promover y mantener el más alto nivel de bienestar físico, mental y social del trabajador en general; prevenir todo daño causado a la salud de éste por las condiciones del trabajo; protegerlo en su empleo contra los riesgos resultantes de la existencia de agentes nocivos a la salud; colocar y mantener al trabajador en un empleo con sus aptitudes fisiológicas y psicológicas y, en síntesis, adaptar el trabajo al hombre y cada hombre a su tarea.

⁷⁴ Artículo 66, Constitución Política: *Todo patrono debe adoptar en sus empresas las medidas necesarias para la higiene y seguridad del trabajo.*

⁷⁵ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 19-2001. San José, a las diez horas treinta minutos del diez de enero del año dos mil uno.

No hay duda que cualquier acto de hostigamiento sexual provoca alteraciones en el trabajador, tanto a nivel anímico como físico, dado que un ambiente propenso a este tipo de circunstancia puede incluso amenazar su salud, poniéndola en riesgo. De ahí que, en conjunto con otras medidas tendientes a garantizar un ambiente laboral seguro, las políticas de prevención contra el hostigamiento sexual, así como procedimientos efectivos de erradicación y sanción se vuelven fundamentales para el cumplimiento de la obligación antes indicada, independientemente de si dicha circunstancia es causada por un sujeto que se relacione o no con la empresa a través de un contrato de naturaleza laboral.

Con relación a la obligación de proporcionar un ambiente laboral sano, de igual manera cabe mencionar que no solo se requiere de una política o reglamentación clara para la prevención y sanción del hostigamiento sexual, sino que existen otros elementos que podrían fomentar el incremento de este tipo de circunstancias, dado que es posible que tanto el agresor como la víctima interactúen dentro de un contexto laboral, el cual puede ofrecer condiciones que permitan el desarrollo de actitudes violentas, como ocurre en lugares llenos de público, mal ventilados, sucios y ruidosos. Entonces, un ambiente de trabajo insano donde se trabaja de forma aislada constituye un mayor riesgo de violencia, a diferencia de lo que ocurre en un ambiente participativo, de mutua colaboración, tolerancia racial e igualdad de oportunidades⁷⁶.

⁷⁶ Paravic, K y otros. Violencia percibida por trabajadores de atención primaria de salud. En: <http://www.scielo.cl/>. Consulta: 19 de enero de 2010.

En virtud de lo anterior, la obligación patronal de garantizar un ambiente sano y libre de hostigamiento sexual no solamente comprende los alcances del artículo 5° de la Ley N° 7476 como se verá de seguido, sino que también se amplía a tomar las medidas necesarias para que el centro de trabajo se encuentre libre de otros factores que amenacen la integridad física y psicológica del trabajador.

Aunado a las obligaciones genéricas detalladas anteriormente, el artículo 5° de la Ley N° 7476 contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia atribuye a los patronos la obligación que motiva el presente estudio, dado que su acatamiento es obligatorio, independientemente del acto que motiva el hostigamiento sexual, quién lo comete o las circunstancias en que éste logre determinarse, siendo posible que su origen provenga del contacto entre un sujeto vinculado con la empresa mediante una forma de contratación no laboral, como se indicó en el apartado correspondiente.

Literalmente, el artículo quinto de la Ley indicada dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 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 los supervisores, los representantes, las empleadas, los empleados y los clientes la existencia de una política contra el hostigamiento sexual.

2.- Establecer un procedimiento interno, adecuado y efectivo, para permitir las denuncias de hostigamiento sexual, garantizar la confidencialidad de las denuncias y sancionar a las personas hostigadoras cuando exista causa.

El procedimiento mencionado en el inciso anterior, en ningún caso, podrá exceder el plazo de tres meses, contados a partir de la interposición de la denuncia por hostigamiento sexual.

Sin duda alguna, el artículo antes mencionado establece la responsabilidad genérica de los patronos a establecer y comunicar claramente procedimientos claros para prevenir, desalentar, evitar y sancionar el hostigamiento sexual en los centros de trabajo, siendo que se encuentra obligado por la ley a adoptar los medios del caso para averiguar y poner fin a actitudes incompatibles con el principio general de garantizar un ambiente libre de acoso sexual en los centros de empleo. Sobre esta responsabilidad particular, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente:

Consideramos que, en principio, en tanto no se den circunstancias de excepción que pudieran justificar la extensión de responsabilidad, el empleador sólo asume la obligación, en cuanto tiene conocimiento del hecho, de adoptar las medidas del caso para evitar ataques a la dignidad del trabajador. La responsabilidad refleja (podría ser directa, en cuanto no asume las obligaciones y los recaudos para evitar situaciones de ese tipo) sólo podría ser efectiva luego de producido el hecho y después de haber sido puesto en su conocimiento la situación anormal, sin que hubiera adoptado los medios adecuados.

Creemos que, en cada caso, deben distinguirse las diversas situaciones que pueden producirse dentro de una amplia gama que se extiende desde el insulto, falta de respeto, persecución, hasta el ultraje al pudor, violación, lesiones, etcétera. Ellos deberán ser juzgados con cierta flexibilidad a fin de ponderar la existencia de una “razonable relación entre la función y el daño”, teniendo en cuenta si el hecho está

o no comprendido dentro del ámbito de la incumbencia asignado al dependiente y que la función sólo ha obrado como motivo y, en la mayor parte de los casos, como simple ocasión. Como lo hemos indicado, en algunas de esas situaciones, la responsabilidad por parte del empleador debiera ser de carácter directo, al no haber adoptado los medios adecuados que le imponía su obligación derivada del deber de previsión que implica el propio contrato de trabajo⁷⁷.

En razón de lo anterior, tal y como lo establece la resolución indicada de forma clara, al empresario se le ha atribuido la responsabilidad de cumplir con las obligaciones expresamente consignadas en la ley, relacionadas con la garantía de un procedimiento de investigación y eventual sanción de conductas de esta naturaleza, so pena de las mismas consecuencias previstas en la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia N° 7476 y, de forma supletoria, las previstas en la legislación laboral genérica, que se resumen en lo siguiente:

- En primera instancia, el artículo 17 de la Ley anteriormente indicada prevé que “si ocurre el hostigamiento sexual, pero en el lugar de trabajo no se ha establecido el procedimiento indicado en el artículo 5 de la presente Ley, o si se incumple, la persona trabajadora podrá **dar por terminado el contrato de trabajo, con responsabilidad patronal**”, facultad que también prevé el artículo 83 inciso j) del Código de Trabajo, cuando le otorga al trabajador la posibilidad de finalizar unilateralmente el contrato de trabajo con responsabilidad patronal con causa justa, en el momento que se verifique cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato. El inciso g) de este mismo artículo también incluye como causa justa de terminación del contrato por parte del

⁷⁷ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2007-274. San José, a las nueve horas treinta minutos del cuatro de mayo del dos mil siete.

trabajador “cuando exista peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia, ya sea por carecer de condiciones higiénicas en el lugar de trabajo, por la excesiva insalubridad de la región o porque el patrono no cumpla las medidas de prevención y seguridad que las disposiciones legales establezcan.”, la cual es también consecuencia por un incumplimiento grave a las obligaciones del patrono de proveer un ambiente seguro para el trabajador, tanto físico como psicológico, tal y como lo ordena el Código de Trabajo.

Las consecuencias de un procedimiento de esta naturaleza facultaría al trabajador a proceder en sede judicial no solo el cobro de las indemnizaciones laborales de preaviso, auxilio de cesantía, vacaciones y aguinaldo (si no han sido pagadas), sino también con el reclamo de daños y perjuicios que podrían incrementar el monto debido al trabajador en virtud de una sentencia favorable a sus intereses, que representaría una contingencia económica significativa para la empresa.

- De la misma manera, el incumplimiento a la obligación que establece el artículo quinto antes citado, así como de otras específicas derivadas de esta (tal y como el informe de los resultados del procedimiento al Ministerio de Trabajo), conforme al artículo 10 de la Ley N° 7476 podría dar lugar a la imposición de una sanción a la empresa, por la comisión de una falta que se sancionará según su gravedad de acuerdo con lo establecido en los artículos 608 y siguientes del Código de Trabajo, que establecen las distintas infracciones a raíz de un incumplimiento de las normas laborales en tanto enlista “(las) faltas punibles, las acciones u omisiones en que incurran los empleadores, los trabajadores, o sus respectivas organizaciones que transgredan las normas previstas en los convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por la Asamblea Legislativa y las

normas previstas en este Código y en las leyes de seguridad social”, conforme a las disposiciones del artículo 608 del Código de Trabajo.

De conformidad con la Directriz N° 23-2008 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Director Nacional e Inspector General de Trabajo, que dicta el “Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo”, el mismo regula las actividades y funciones que realiza la Inspección de Trabajo, definiendo los procedimientos que se aplican en distintas materias, incluyendo el hostigamiento sexual cuya falta de política o de divulgación es calificada como una infracción en el proceso inicial de Inspección y Prevención que realiza el Ministerio en los centros de trabajo, y que, de no ser corregido, podría ser objeto de un procedimiento de infracción a las normas laborales, que no solo acarrea la imposición de las distintas sanciones que establece el Código de Trabajo, sino que también obliga a los patronos a corregir la infracción, bajo pena del delito de desobediencia a la autoridad.

Aún y cuando la ley dispone sanciones claras ante el incumplimiento patronal de establecer procedimientos internos eficaces de divulgación, prevención y sanción del hostigamiento sexual, la importancia que reviste esta obligación va más allá del riesgo de la imposición de cualquier tipo de penas, dado que la observancia de estas reglas garantizan, al menos teóricamente, condiciones propicias para elevar los márgenes de producción y productividad. El irrespeto continuado a reglas de convivencia claras y específicas en ocasiones pueden resultar contraproducentes desde el punto de vista de la producción y la gestión empresarial, por lo que la efectiva campaña contra el acoso sexual en una empresa debe ser un principio de la política empresarial. Debe resultar claro en las mentes de las

personas que integran la unidad productiva que el acoso está prohibido y es penalizado, por lo tanto, se están supervisando y controlando las actitudes que no son socialmente aceptadas.

SECCIÓN SEGUNDA. Procedimientos o medidas internas relacionadas con investigación y prevención, derivados de la obligación del artículo 5° de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, N° 7476

1. Regulaciones internas y medios de prevención sugeridos

El artículo 5° de la Ley N° 7476 dispone la obligación para los patronos de establecer procedimientos efectivos no solo de divulgación de las disposiciones de la Ley en cuestión, sino de prevención y sanción de conductas de esta naturaleza; por lo tanto, resulta de suma importancia determinar el mecanismo idóneo para que las empresas cumplan efectivamente con tal disposición, considerando la posibilidad que el hostigamiento sea causado por un tercero no relacionado con la empresa, en virtud de un contrato de naturaleza laboral, dadas las consecuencias citadas en el punto anterior y la afectación que no solo podría causarse al trabajador, sino también a la productividad empresarial que se sustenta y alimenta de relaciones de trabajo en donde priman la transparencia y buena fe.

En Costa Rica, los artículos 66 y siguientes del Código de Trabajo disponen las regulaciones generales relativas a la creación e implementación de Reglamentos Interiores de Trabajo que, en términos generales, consiste en un instrumento de regulación de las

relaciones del trabajo, por iniciativa del patrono, que requiere la aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en adelante MTSS.

Para la aprobación de un Reglamento Interno de Trabajo, la empresa debe presentar una solicitud de aprobación del proyecto de Reglamento al Departamento de Asesoría Externa de la Dirección de Asuntos Jurídicos del MTSS, además de verificar previamente el cumplimiento de una serie de requisitos y el contenido mínimo de esta regulación, enlistadas en el artículo 68 del Código de Trabajo. No obstante, conforme al procedimiento de aprobación que detalla el Reglamento sobre las normas internas reguladoras de las relaciones y condiciones laborales en los centros de trabajo, Decreto N° 4-MTSS, del 26 de abril de 1966, el procedimiento de aprobación suele ser un proceso de larga duración que, además, implica la visita de un inspector del MTSS, con el objetivo de verificar el cumplimiento de las condiciones indicadas en el documento de solicitud. Además del proyecto de Reglamento Interior, el Ministerio dará traslado a un Comité Permanente de Trabajadores que al efecto debe crearse para que indique y exponga las consideraciones que considere oportunas sobre el proyecto en mención, y cualquier modificación sobre el mismo también deberá ser objeto de un procedimiento en específico.

Por lo tanto, si bien el Reglamento Interior de Trabajo podría ser utilizado por las empresas para incluir el procedimiento indicado tendiente a la prevención y sanción del hostigamiento sexual, el Decreto sobre las normas internas reguladoras de las relaciones y condiciones laborales en los centros de trabajo prevé, además, la posibilidad de implementar instructivos o circulares que no se encuentran sujetos a los trámites de aprobación establecidos para el Reglamento Interior de Trabajo, conforme al artículo 29 del

mismo Decreto, siempre que se limiten a aspectos singulares de la relación de trabajo, tal y como constituyen los procedimientos internos relativos al hostigamiento sexual.

Las principales consideraciones sobre la implementación de dichos instructivos o circulares que deben tomarse en cuenta son las siguientes:

- Cuando en tales instrumentos se incluyan disposiciones de carácter disciplinario, previo a su aplicación éstas deberán hacerse de conocimiento de los trabajadores con un mes de anticipación y estar ajustadas a los principios de casualidad, actualidad y proporcionalidad propios de la materia.
- En todo proceso disciplinario las partes deben respetar los elementos del debido proceso y derecho de defensa, a efecto de proteger los derechos provenientes de la relación laboral, conforme lo indica expresamente la Ley contra el Hostigamiento Sexual en cuanto dicta las principales garantías para las partes involucradas en este tipo de procesos, como se verá más adelante.
- El patrono quedará obligado a remitir una copia de dichos instrumentos y circulares a la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio, cuando tengan relación directa con un reglamento interno vigente, para lo cual se atribuye a Dirección la posibilidad de formular las observaciones legales que correspondan o anexarlos al original del reglamento interior respectivo, si existiere al interior de la empresa.

Entonces, conforme a lo indicado y a las posibilidades que otorga la ley, las regulaciones internas de las empresas deben establecer claramente en qué consiste el acoso sexual y las diferentes circunstancias en que se manifiesta, definir la obligación principal de evitar conductas de esta naturaleza, así como la responsabilidad de la empresa de efectuar el procedimiento en los términos básicos que dispone la ley, asegurando una investigación objetiva que asegure la confidencialidad de los hechos denunciados, a fin de evitar represalias contra la víctima o sus testigos, garantizando las acciones correctivas a los presuntos responsables de la comisión de actos de esta naturaleza, independientemente de su forma de contratación y la naturaleza de su vinculación con la empresa.

Aunada a la responsabilidad de implementar procesos efectivos para la investigación y sanción del hostigamiento sexual, que podrían regularse a través de un Reglamento Interior de Trabajo o a través de instructivos o circulares (también conocidos como políticas), la doctrina también ha sido enfática en que un proceso efectivo de prevención debe ir de la mano con cualquier otro procedimiento de carácter correctivo. Lo anterior, dado que una política empresarial proactiva podría reducir gasto en tiempo, recursos y dinero, y su costo es considerablemente menor al que puede resultar de un proceso judicial en virtud de una demanda por hostigamiento sexual, o bien, se imponga una infracción a las leyes de trabajo por incumplimiento del deber de prevención y sanción del Hostigamiento Sexual, razón por la cual aprender a prevenir este problema resulta imprescindible.

Algunas de las medidas de prevención que se proponen de conformidad con el criterio de diversos autores, son las siguientes:

- **Inclusión del principio de ambiente libre de hostigamiento sexual en las políticas empresariales:** como primer paso para mostrar la preocupación y el compromiso de la dirección para resolver el problema del acoso sexual, los empresarios deben elaborar una declaración de principios en la que se indique, tanto a sus propios trabajadores como a los proveedores y demás terceros, que no se tolerará el acoso sexual en el trabajo y que la empresa cuenta con un proceso efectivo en caso que se presenten denuncias si aquel se produce, así como la forma en que dichas denuncias se canalizan y se afrontan. Tales manifestaciones pueden incluirse dentro de los manuales de inducción, presentaciones de servicios o políticas internas relacionadas con seguridad que son de aplicación a cualquier persona que se encuentre en la empresa, incluyendo sujetos cuya presencia se da a raíz de un contrato de *outsourcing* o de servicios profesionales.

- **Capacitar a los representantes patronales⁷⁸ sobre la responsabilidad de prevenir y sancionar el hostigamiento sexual:** si bien todos los trabajadores tienen la responsabilidad de ayudar a garantizar un entorno laboral en el que se respete la dignidad de los trabajadores, los gerentes, directores, supervisores y demás sujetos que ejerzan el poder de dirección, tienen la tarea particular de garantizar que no se produzca el acoso sexual en los sectores bajo su responsabilidad. Por lo tanto, se recomienda que las personas que ostentan cargos de dirección conozcan ampliamente las políticas relacionadas con la prevención y sanción del acoso sexual y se tomen las medidas necesarias para fomentar de manera positiva la aplicación de esta política. Estos sujetos deben estar vigilantes y apoyar

⁷⁸ Según el artículo quinto del Código de Trabajo, “*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.*”

a cualquier miembro del personal que presente una queja de acoso sexual, asesorar plena y claramente sobre el procedimiento que debe seguirse, así como mantener el carácter confidencial de los casos de acoso sexual y velar para que no se tomen represalias de ninguna clase, una vez que se haya atendido la denuncia.

- **Capacitación y formación constante:** un importante medio para garantizar que no se produzca el acoso sexual y que, si se produce, el problema sea resuelto con eficacia, lo constituyen los procesos de formación de todo el personal de la empresa, cuyo objeto principal es la concienciación acerca las medidas que la empresa ha tomado para evitar este tipo de actos y contribuyen en la identificación de los factores para crear un entorno laboral exento de todo acoso sexual y permitir que los participantes sean plenamente conscientes de sus responsabilidades en el marco de la política fijada por el empresario y de cualquier problema que pueda surgir, sea con un compañero de trabajo u otro sujeto que no sea trabajador de la empresa.

- **Adoptar medidas necesarias para evitar la presencia de sujetos con antecedentes de haber incurrido en actos de hostigamiento sexual:** aplicado al caso concreto, y dada la especialidad de la medida preventiva, es preciso hacer analizar la misma en los tres tipos de formas de contratación de servicios que se analizan en el presente estudio:

- En una **contratación laboral** típica, la empresa se encuentra directamente a cargo de los procesos de reclutamiento y selección, por lo que cuenta con la posibilidad de seleccionar el candidato idóneo para desempeñar un puesto específico, siempre

que cuente con el fundamento objetivo para declinar o aceptar a algún postulante, dado que nadie más que el futuro empleador conoce de primera mano cuáles son los requerimientos del puesto en específico y, por lo tanto, es quien debe decidir a quién eventualmente se contrata. Esto, por supuesto, tomando en cuenta algunos otros principios generales, entre los cuales prima el de no discriminación⁷⁹.

Se coincide con el criterio de diversos autores, en tanto coinciden en que no resulta discriminatorio el rechazo de la solicitud de empleo de un sujeto a quien se le logre comprobar antecedentes de haber cometido un acto de hostigamiento sexual o bien un delito penal de naturaleza sexual citados en un apartado previo, a través de distintos mecanismos de reclutamiento y selección, tales como la entrevista de trabajo, la hoja de antecedentes penales o por la verificación de referencias laborales previas, que son prácticas avaladas por ley y pueden ser tomadas como criterio de selección en los casos en que la naturaleza del caso así lo amerite. En caso que así fuere y se logre verificar un antecedente de hostigamiento sexual, la empresa únicamente podría externar al candidato que no reúne los requerimientos del puesto y que otro postulante ha sido elegido en su lugar, a fin de evitar cuestionamientos o reclamos posteriores.

⁷⁹ Sobre este principio genérico, el Título XI del Código de Trabajo establece algunas regulaciones genéricas sobre la prohibición de discriminar que además se sugiere tomar en cuenta al momento de efectuar la entrevista de solicitud de empleo, entre las cuales encontramos que *“todas las personas, sin discriminación alguna, gozarán de las mismas oportunidades para obtener empleo y deberán ser consideradas elegibles en el ramo de su especialidad, siempre y cuando reúnan los requisitos formales solicitados por el patrono o la parte contratante.”* y de forma más específica, que *“queda prohibido a los patronos discriminar por edad al solicitar un servicio o seleccionar a un trabajador”*.

No obstante, si en caso de verificación de referencias se logra demostrar que la persona estuvo involucrada en un proceso de hostigamiento sexual y la conducta no logró ser comprobada, máxime que la tramitación de estos procedimientos debe mantenerse en escrita confidencialidad, basar la negativa de la contratación en dicha presunción sí podría considerarse como un criterio discriminatorio, que atenta contra la libertad de acceso al empleo, garantizada por el artículo 56 de la Constitución Política, y que, por lo tanto, podría facultar al aspirante a formular un recurso de amparo a fin de solicitar la tutela de este derecho fundamental, lo cual podría considerarse riesgoso para la empresa que aplica tal medida.

- En lo relativo al **contrato de outsourcing**, la empresa contratante no se encuentra a cargo del proceso de reclutamiento y selección de forma directa, sin embargo, sí podría establecerse una cláusula en el contrato de carácter preventiva, donde claramente se indique que la empresa prestataria del servicio tomará los cuidados necesarios para garantizar la idoneidad de los sujetos que se ponen al servicio de la empresa usuaria, lo cual comprende la verificación de los antecedentes de sus trabajadores por los medios antes indicados en sus respectivos procesos de reclutamiento y selección.

- En el **contrato por servicios profesionales** debe manejarse esta situación con más cuidado, dado que cualquier actuación propia de un contrato de trabajo podría acarrear una modificación en la naturaleza jurídica de éste y, por lo tanto, un riesgo para la empresa contratante. De forma preventiva podría pactarse en el contrato de servicios respectivo, que el contratante cumpla las normas básicas de

seguridad de la empresa, que abarca también abstenerse de cometer actos de hostigamiento sexual, como se analizó previamente, y que cualquier otro sujeto debe acatar durante su estancia en la empresa. Asimismo, hacer extensiva esta obligación al personal que se encargue parcialmente de la gestión contratada y, en razón del objeto del contrato, se relacione con trabajadores de la empresa contratante.

En conclusión, el reconocimiento a lo interno y frente a terceros de la problemática causada por el acoso sexual en la organización y su efecto perjudicial, tanto en el bienestar del trabajador como en la eficacia de la compañía, debe ser el primer paso para su efectiva prevención y sanción, para lo cual las empresas deben diseñar procedimientos estratégicos que no solo reduzcan su frecuencia, sino que también proporcionen medidas adecuadas para enfrentarse a él, a través de los mecanismos de regulación interna previstos en la ley y las reglas básicas que ésta ha previsto para la tramitación de la investigación y eventual sanción del hostigamiento, analizados a continuación.

2. Reglas generales que deben observarse en un procedimiento interno de investigación y sanción del hostigamiento sexual, de acuerdo a lo previsto por la Ley N° 7476

La Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia dispone la obligación para las empresas de crear un procedimiento interno efectivo que debe regirse por algunas reglas básicas que se resumen en las siguientes:

- Su tramitación no puede exceder el plazo de tres meses, contados a partir de la interposición de la denuncia.

- Debe advertirse que se informará a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo del MTSS sobre la interposición de la denuncia y el resultado del procedimiento.

- De forma expresa debe incluirse la advertencia que, en virtud del proceso de investigación, la presunta víctima no sufrirá secuelas y otros perjuicios en su empleo, así como que quien haya formulado una denuncia de hostigamiento sexual sólo podrá ser despedido por causa justificada, originada en falta grave y en virtud de la autorización que debe solicitarse ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, donde se deberá demostrar la existencia de causa justa para el despido.

- Asimismo, debe hacerse referencia a las consecuencias de una denuncia falsa de hostigamiento sexual, puesto que podrá incurrir, cuando así se tipifique, en cualquiera de las conductas propias de la difamación, injuria o calumnia, según el Código Penal. De la misma manera, si existiere un abuso comprobado del procedimiento indicado y una evidente mala fe del trabajador que denuncia, podría valorarse la calificación de este acto como una falta grave que puede justificar la finalización del contrato de trabajo sin responsabilidad patronal, de acuerdo al inciso L) del artículo 81 del Código de Trabajo.

- En lo relativo a las sanciones, el artículo 25 del Código de Trabajo dispone aquellas que son imponibles a un trabajador de la empresa, que deben igualmente incluirse, y que constituyen la amonestación escrita, la suspensión y el despido sin responsabilidad patronal, conforme a los resultados de la investigación respectiva y el principio de proporcionalidad⁸⁰ que debe regir la aplicación del poder disciplinario en la empresa.

No obstante, como se verá de seguido, la imposición de este tipo de sanciones es procedente cuando es un trabajador de la empresa, quien se logra comprobar, hostiga a un sujeto no relacionado con ésta mediante un contrato de trabajo, más no así cuando el hostigamiento ocurre a la inversa (es decir, cuando el hostigador no es un empleado de la compañía) dado que las sanciones previstas no son compatibles con formas de contratación no laborales, lo cual no exime de la responsabilidad patronal de prevenir y sancionar el hostigamiento sexual cuando ocurra en los centros de trabajo, problemática sobre la cual se centra la presente investigación.

Adicionalmente, la empresa debería incluir en el procedimiento indicado lo relativo a las instancias en las cuales se debe formular la denuncia y cuáles formalidades reviste, así como las garantías de confidencialidad y derecho de defensa para todas las partes

⁸⁰ De acuerdo con el criterio de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, “*el principio de proporcionalidad determina que entre el hecho infractor o falta y la medida disciplinaria, siempre debe darse una correlación de entidad, o lo que es lo mismo, se requiere que se dé una situación de equilibrio. En definitiva, es necesario que opere una equitativa correspondencia entre la gravedad de la falta y la magnitud de la sanción*”. Al efecto véase la resolución de esta Sala, número 2008-823 a las nueve horas treinta minutos del veintiséis de septiembre del dos mil ocho.

involucradas, sobre todo en la recepción de la prueba, sea ésta documental o testimonial, así como los respectivos plazos para todas estas gestiones, incluyendo la emisión de la resolución final donde se recomiendan las distintas sanciones que garanticen la efectividad del procedimiento y la corrección de conductas de esta naturaleza.

SECCIÓN TERCERA. Problemática para el empleador privado de aplicar una la sanción de un acto de hostigamiento sexual cometido por un sujeto vinculado a la empresa por medio de un contrato no laboral

1. Consideraciones generales

Una vez analizadas las principales y más relevantes obligaciones patronales impuestas por la Ley N° 7476 es posible concluir que la misma en la actualidad prevé regulaciones de carácter sancionatorio para relaciones obrero-patronales de los sectores públicos y privados, requerimiento que se traduce en la obligada existencia de una relación laboral exigible sólo a la persona denunciada y no a la persona denunciante; es decir, sólo aquel que se encuentre en una relación de empleo puede ser sujeto activo de la ley y sujeto a las sanciones de carácter disciplinario que prevé el artículo 25 de la ley indicada, impuestas directamente por su patrono.

La investigación y eventual sanción en el marco de la ley requiere la potestad disciplinaria propia de los vínculos de naturaleza laboral, lo cual restringe el ámbito de cobertura y protección respecto a hechos que cometen personas que con ocasión de su cargo se relacionan con trabajadores de la empresa, pero que por su condición particular no se

encuentran sujetos a vínculos obrero patronales. En éste ámbito, los hechos perpetrados por personas que prestan servicios personales sin ser contratados, a través de un contrato de trabajo (caso del *outsourcing* y del contrato por servicios profesionales), son excluidos del marco de la Ley.

Por ende, durante la prestación del servicio contratado a través de una forma de contratación no laboral podrían darse dos situaciones que generan procedimientos internos distintos, dependiendo del vínculo que liga al hostigador con la empresa donde se perpetra el hecho indicado:

- **Primero, si quien se presume comete el hostigamiento es un trabajador de la empresa contratante del servicio y la presunta víctima es un tercero (contratista, proveedor, profesional independiente, entre otros):** las sanciones de índole laboral que contiene la Ley indicada sí pueden ser aplicables a un sujeto trabajador de la empresa que cometa actos de hostigamiento sexual en perjuicio de un tercero, que, por ejemplo, en el caso del *outsourcing* se encuentre prestando servicios no como trabajador sino en razón de esta contratación entre empresas, quien posee un esquema de contratación laboral con la empresa prestataria y no con la usuaria, lugar donde se da lugar al hostigamiento. En este caso particular, la empresa que contrata el servicio externo, para todos los efectos se considera el patrono de la persona afectada, y, por ende, es la que posee la obligación de garantizar un ambiente libre de hostigamiento para sus trabajadores, por lo tanto, es la que debe dar inicio al trámite correspondiente conforme al procedimiento interno diseñado para tal efecto, que debe tener como resultado la imposición de la sanción proporcional a la falta cometida, si se logra demostrar la existencia de ésta. Lo anterior, porque las persona

receptoras del hecho, víctimas o sujetas pasivas de la acción no tienen ningún requisito de naturaleza laboral para la interposición de la denuncia; su condición puede ser de personas trabajadoras, funcionarias, estudiantes, usuarias de los servicios, clientes, o cualquiera otra.

En este supuesto, bastaría con el diseño de las regulaciones y procedimientos internos para la prevención y sanción del hostigamiento sexual por parte de la empresa contratante, así como la comunicación de las mismas a terceros que por alguna razón en específico deban interactuar con personal de la compañía, a fin de garantizar un proceso efectivo que cumpla a cabalidad la obligación detallada en el artículo 5° de la Ley N° 7476.

- **Segundo, si el hostigamiento es cometido por uno de estas personas que prestan servicios bajo un esquema no laboral en perjuicio de un trabajador de la empresa contratante:** la problemática en este tema particular surge cuando un trabajador de una empresa proveedora, puesto al servicio de una empresa contratante o usuaria (en el caso del outsourcing), o el profesional que ejerce libremente su profesión y presta servicios de carácter personal en virtud de un contrato por servicios profesionales, son quienes presuntamente hostigan a un trabajador de la empresa contratante. En este supuesto, el patrono de la víctima mantiene la obligación de proveer un ambiente sano y libre de cualquier tipo de acoso, pero se encuentra limitado a aplicar el procedimiento disciplinario que concibe la Ley N° 7476, dado que el sujeto activo, en este tipo de situación, no es su trabajador y, por ende, no le son aplicables las sanciones disciplinarias típicas y exclusivas de los contratos de trabajo.

En virtud de lo anterior, especialmente para este último supuesto, deben analizarse y proponerse medidas que puedan adoptarse para cumplir a cabalidad con esta obligación de no solo garantizar la integridad de los trabajadores, sino también de garantizar un proceso efectivo de sanción a este tipo de conductas, independientemente de la forma de contratación que aplica para quien se considera un presunto hostigador sexual.

2. Limitaciones para las empresas de ejercer el poder disciplinario a sujetos vinculados mediante contratos de naturaleza jurídica no laboral: la aplicación del poder disciplinario como una manifestación de subordinación jurídica propia de las relaciones de empleo

Tal y como se expuso en el Título Primero del presente análisis, a pesar que de forma expresa no se encuentran regulados en los distintos cuerpos genéricos de leyes, tanto el contrato de *outsourcing* como el contrato de servicios profesionales, son perfectamente legales, siempre que su utilización no implique el encubrimiento de una relación laboral típica, la cual, como se dijo, se define por la presencia de tres elementos esenciales: prestación personal del servicio, remuneración y la subordinación jurídica que resulta el elemento definitorio y se define a partir de distintas manifestaciones, dentro de las cuales se encuentra el poder disciplinario.

En términos generales, el poder disciplinario dentro de toda relación de trabajo deriva de la potestad patronal conocida como poder de dirección respecto de la actividad desarrollada, el cual va acompañado, como consecuencia natural y, necesariamente, de la potestad

disciplinadora del empleador⁸¹, con el fin de lograr un mayor y mejor rendimiento del recurso humano, dado que su finalidad es precisamente mantener el orden en la empresa y optimizar la operación de la misma.

No obstante, la aplicación del poder disciplinario a un sujeto que no es trabajador de la empresa es calificada por la jurisprudencia local como una de las manifestaciones características de la subordinación jurídica, propia de las relaciones obrero-patronales, que, en conjunto con otros elementos, puede convertir un contrato que inicialmente no reviste naturaleza laboral en uno que sí lo es. Sobre el particular, se ha indicado lo siguiente:

Dentro de la relación de trabajo, se encuentra presente un elemento de carácter fundamental, cual es la subordinación jurídica, del cual se ha dicho, entre otras cosas lo siguiente: “II.- En la relación de trabajo existe un elemento de carácter fundamental, que está constituido por la subordinación jurídica, entendida como la posibilidad que tiene el empleador de dar órdenes, de dirigir las labores del trabajador, de trazar sus límites e, **incluso, de ejercer su derecho a disciplinarlo en caso de faltas cometidas a las obligaciones que le impone el contrato de trabajo (artículo 18 del Código de Trabajo)**. En ejercicio de ese derecho, ante una falta grave, el empleador puede optar por la sanción más drástica, prevista en el ordenamiento jurídico; cual es el despido (artículos 29 y 81 del Código indicado) o aplicar normalmente una medida de repercusiones menos graves, para el trabajador, e incluso, en caso de faltas menores, como la suspensión sin goce de salario o una simple amonestación” (voto 861 de las nueve horas cuarenta minutos del seis de octubre del dos mil)⁸². (El resaltado no pertenece a su original)

⁸¹ Tomado de: Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 99-334. San José, a las diez horas con cuarenta minutos del veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

⁸² Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 2004-00836. San José, a las diez horas cinco minutos del primero de octubre del año dos mil cuatro.

Conforme a lo anterior, es posible concluir que la aplicación de un procedimiento de carácter sancionatorio por hostigamiento sexual a un sujeto que se presume responsable de cometer actos de esta naturaleza en perjuicio de un trabajador de la empresa contratante, tal y como lo concibe actualmente la Ley N° 7476, puede interpretarse como una manifestación típica del poder disciplinario característico de las relaciones laborales, lo cual podría implicar un elemento de peso para demostrar la existencia de un contrato de trabajo con alguien que no fue inicialmente contratado bajo un esquema de contratación típico y aún así fue sometido a un proceso disciplinario que impone sanciones tales como el despido, lo cual acarrearía el cumplimiento forzoso de obligaciones exclusivas a las relaciones obrero patronales, que evidentemente representa un riesgo para la empresa que contrata la prestación del servicio.

De ahí la necesidad de determinar algunas otras alternativas para que la empresa contratante cumpla con la obligación de garantizar al trabajador un proceso preventivo y sancionatorio eficaz contra las distintas manifestaciones del hostigamiento sexual.

CAPÍTULO TERCERO. SOBRE LAS MEDIDAS CONCRETAS PARA SANCIONAR EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL COMETIDO POR SUJETOS VINCULADOS A LA EMPRESA POR FORMAS DE CONTRATACIÓN NO LABORAL

SECCIÓN PRIMERA. Intervención de los Colegios Profesionales en la prevención y sanción del hostigamiento sexual

1. Del artículo 11 de la Ley contra el Hostigamiento Sexual y la potestad de los Colegios Profesionales en la prevención y sanción del hostigamiento sexual a través de procesos sancionatorios a sus agremiados

Una de las regulaciones más particulares que contiene la Ley N° 7476 es su artículo onceavo, titulado del “Deber de los colegios profesionales”, el cual literalmente dispone que “los colegios profesionales deberán establecer políticas preventivas y procedimientos de sanción para los agremiados que incurran en conductas de acoso u hostigamiento sexual”. Esta norma, sin duda, representa una luz en la solución del problema que se plantea en el presente estudio, puesto que le atribuye a un organismo externo el procedimiento de prevención y sanción que se le ha atribuido también a las empresas (en su condición de empleadoras, respecto a sus trabajadores), a las cuales únicamente se les reconoce la posibilidad de aplicar sanciones propias de una relación obrero patronal.

Sobre el particular resulta de importancia citar el criterio de la Procuraduría General de la República que ha sido el órgano que ha hecho referencia expresa a los alcances de la norma anteriormente citada, en los siguientes términos:

Los Colegios Profesionales son entes públicos no estatales, en los que el Estado delega ciertas potestades de imperio - inherentes a éste- con el objeto de disciplinar a los miembros de un gremio profesional determinado y, por allí, proteger el interés público.

... (La) Corte Plena describió la diferencia sustancial que existe entre las simples asociaciones de personas y los colegios profesionales, respecto del elemento de

inscripción o registro imperativo de todos los profesionales de una determinada disciplina: "No es posible confundir esos casos con la inscripción o incorporación obligatoria en los Colegios profesionales pues éstos tienen otra razón de ser y se organizan con una finalidad que va más allá del ámbito en que se desenvuelven los intereses del grupo o de la persona individualmente considerada. Es verdad que esos Colegios también actúan en interés común y en defensa de sus miembros: pero nótese que, aparte de ese interés, hay otro de mayor jerarquía que justifica establecer la colegiación obligatoria de algunas profesiones (las que generalmente se denominan "liberales"), puesto que además del título que asegure una preparación adecuada, también se exige la estricta observancia de normas de ética profesional, tanto por la índole de la actividad que realizan esos profesionales, como por la confianza que en ellos depositan la personas que requieren sus servicios. Todo esto es de interés público, y el Estado delega en los Colegios la potestad de vigilar el correcto ejercicio de la Profesión".

... De modo que es indudable que los Colegios profesionales operan bajo un régimen jurídico particular que les permite imponer sanciones a los profesionales de un gremio, no en calidad de asociados o miembros, sino de profesionales fiscalizados; para lo que deben registrarse o inscribirse -no asociarse- ante estos entes. Esta inscripción o registración forzosa, no tiene otro propósito que el de proteger el interés común y de permitir la imposición de sanciones a los profesionales sometidos al escrutinio del Colegio por mandato estatal⁸³.

En el mismo Dictamen indicado, además de la conclusión a la que arriba la Procuraduría General de la República sobre la potestad de los Colegios Profesionales para que califiquen la conducta de hostigamiento sexual como un ilícito y, por lo tanto, se encuentren en la potestad de perseguir las infracciones a esta normativa, se reconoce expresamente que el ámbito normativo de la Ley contra el Hostigamiento Sexual está claramente circunscrito a

⁸³ Procuraduría General de la República. Dictamen Número C-045-96 del 15 de marzo de 1996.

las actividades docentes y laborales, de allí que el responsable de esta conducta podría ser objeto de sanciones únicamente laborales, y la Ley se limitó a agregar una nueva causal a las ya contempladas por el Código de Trabajo para imponer sanciones a los subalternos que incurran en esa conducta ilícita.

De igual forma, las situaciones en las que el acoso pueda darse con relación a los profesionales, así como las implicaciones de las normas indicadas para cada uno de estos supuestos, pueden resumirse en las siguientes, según el mismo criterio de la Procuraduría.

a. **Relación entre el profesional y su cliente:** Si la persona ejerce su profesión de manera liberal, el acoso sexual podría manifestarse en un abuso contra el cliente o las personas relacionadas con éste, tales como la empresa contratante y sus trabajadores. En ese supuesto, el afectado (por ejemplo, un representante de la empresa o la supuesta víctima) podría gestionar directamente ante el Colegio a fin de que se impongan las sanciones correspondientes, en tanto el profesional habría faltado a las normas generales de conducta fijadas por el Código Moral o de Ética correspondiente. En este supuesto no caben sanciones laborales porque no existe un vínculo jurídico de esta naturaleza.

b. **Relación entre el profesional y los empleados que contrata:** en este caso se prevé la posibilidad que el empleado tramite el procedimiento que contempla la Ley N° 7476 al encontrarse vinculado con el profesional mediante una relación de naturaleza laboral; sin embargo, la Procuraduría reconoce expresamente que ello no inhibe al empleado para plantear la denuncia ante el Colegio.

c. **Relación entre profesionales:** en este caso particular, la ley N° 7476 no exige que haya una relación vertical o de subordinación entre el victimario y el ofendido, pues bien puede darse un hostigamiento sexual entre profesionales de la misma ocupación, compañeros de trabajo o no, tengan una relación vertical o no. Así, será también responsable el miembro que ha irrespetado a un colega de éste u otro colegio profesional.

Finalmente, se coincide con el criterio de la Procuraduría en que el hostigamiento sexual constituye una falta a la moral pública que puede ser sancionada por el Colegio Profesional correspondiente, aún cuando el profesional miembro no la haya cometido en el ejercicio de su profesión, dado que según su conceptualización, detallada líneas arriba, constituye una conducta contraria a la integridad personal, física, psíquica y moral, y el respeto a la dignidad humana, entre otros derechos y garantías relacionadas con el empleo. Asimismo, las sanciones que el Colegio Profesional respectivo imponga a sus miembros son independientes y complementarias de otras que puedan imponerse conforme a la legislación vigente, por ejemplo, las de naturaleza laboral (si tal vínculo es determinable) o de reparación por daños a terceros.

No obstante, si bien la normativa contra el Hostigamiento Sexual prevé la intervención de este tipo de órganos fiscalizadores del ejercicio de la actividad de sus agremiados y, por ende, la penalización de actos que sean calificados como hostigamiento sexual independientemente de quien fuere el afectado, existe una limitación que en la práctica no soluciona la problemática planteada de forma íntegra, dado que la Colegiatura no resulta obligatoria o exigible por medio de la ley para todas las ocupaciones y, por lo tanto, el procedimiento para sancionar un profesional a través de este mecanismo legal no sería

eficaz si su adscripción al Colegio de Profesionales respectivo es potestativa y no resulta una condición *sine qua non* para el ejercicio legal de la profesión.

A manera de ejemplo, si el objeto de un contrato de *outsourcing* fuere el requerimiento de una empresa usuaria de contar con servicios de mensajería que provee la empresa prestataria, y uno de los trabajadores de esta última hostiga sexualmente a quien ocupe la recepción de la compañía y que se encuentra a cargo de la entrega de la documentación que debe ser entregada o retirada, el que se desempeña en el puesto de mensajería no se encuentra en la obligación de inscribirse en un Colegio Profesional para poder ejercer lícitamente su actividad y, por ende, no podría promoverse el procedimiento sancionatorio que prevé la Ley N° 7476 en su artículo onceavo; de ahí que a partir de este sencillo ejemplo es claro que la norma en cuestión no prevé la solución efectiva, aunque sí resulta alentadora en casos donde la Colegiatura sí resulta obligatoria para ciertos profesionales, lo cual se detalla a continuación:

2. Casos específicos: contratación de profesionales en Medicina y Abogacía

Como se dijo, aún y cuando la alternativa que prevé la Ley contra el Hostigamiento Sexual de participar a los Colegios Profesionales del proceso sancionatorio a sus agremiados en razón de la comprobación de tales hechos, no resulta eficaz para aquellos profesionales que no se encuentran obligados a ser miembros del Colegio respectivo y que sí cometen actos de esta naturaleza en perjuicio de personas que sí han sido contratadas bajo un esquema laboral y que laboran para un patrono que cuenta con la obligación de garantizarles un ambiente libre de hostigamiento, cabe hacer mención a dos casos específicos que conforme

a la tendencia y experiencia del mercado, suelen ser actividades comúnmente externalizadas por las empresas del sector privado, objetos de formas de contratación no laborales, y que fácilmente se relacionan con los propios trabajadores de las empresas contratantes en razón de la naturaleza de su ocupación.

- Sobre los **profesionales en Derecho**, los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados, N° 13 de 28 de octubre de 1941, disponen que ante las autoridades de la República sólo tendrán el carácter de abogados los que estuvieren inscritos en el Colegio y que las funciones públicas para las cuales la ley exige la calidad de abogado, sólo podrán ser desempeñadas por los miembros del mismo. Asimismo, la misma normativa prevé que serán suspendidos “cuando, en general, cometan alguna falta de probidad u honradez, en el ejercicio de la profesión, no comprendida en ninguno de los números anteriores”⁸⁴, dentro de lo cual podría enmarcarse una conducta típica de hostigamiento.

Por su parte, el Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho prevé en sus artículos 2, 11, 15 y 31, la obligación genérica del abogado de desarrollar su gestión con base a los principios éticos y morales del Código indicado, absteniéndose de cualquier conducta que contravenga esta obligación, bajo la pena de la imposición de las sanciones disciplinarias correspondientes.

⁸⁴ Artículo 10 inciso sexto. Ley Orgánica del Colegio de Abogados. No. 13 de 28 de octubre de 1941.

Para tal efecto, es posible que en caso de verificarse una conducta típica de hostigamiento sexual por parte de un profesional en Derecho, el que se considere afectado cuenta con la posibilidad de denunciar al abogado que haya infringido las disposiciones sobre ética profesional, lo cual será investigado por la Fiscalía del Colegio y, de comprobarse la irregularidad, la Junta Directiva podría aplicar la sanción correspondiente. Adicionalmente se garantiza la posibilidad de que durante todo el proceso, el denunciante intervenga como parte, con los derechos y obligaciones consiguientes, y que, además, si existe un proceso judicial conexo, el Colegio sea enterado del mismo para proceder con la imposición de las sanciones que resulten procedentes.

No obstante, en el caso particular del Colegio de Abogados, la normativa interna estipula regulaciones genéricas que podrían facultar la imposición de una sanción disciplinaria a un profesional agremiado, más no hace mención expresa al tema del acoso sexual ni establece un procedimiento específico para garantizar aún más las protecciones que establece la ley, lo cual podría implicar que la denuncia indicada no tenga como resultado una sanción y la conducta continúe impune.

- Acerca de los **profesionales en Medicina**, el artículo cuarto de la Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos, Ley N° 3019 de 9 de agosto de 1962, reformada por ley N° 3671 de 18 de abril de 1966, dispone que sin la previa inscripción en el Colegio, nadie podrá ejercer en el país las profesiones de médico y cirujano ni sus especialidades. Asimismo, que en cuanto a otras ramas dependientes de las ciencias médicas, como la Homeopatía, la Osteopatía, la Técnica Radiológica, la

Fisioterapia, la Quinesioterapia, la Optometría, la Psicología Clínica y la Salud Pública, el Colegio de Médicos y Cirujanos autorizará su ejercicio, excepto para aquellas inscritas en dichas ramas en otros colegios profesionales.

- A diferencia del Colegio de Abogados, el Código de Moral Médica sí prevé como una falta gravísima por parte del agremiado, “la violación, el abuso deshonesto y/o acoso sexual a una persona” (artículo 143 inciso f)⁸⁵, para lo cual se establecen cuatro tipos de sanciones que podrían implicar hasta la suspensión temporal del ejercicio profesional, de conformidad con el artículo 141 de ese mismo Código, que serán Juzgadas por el Tribunal de Ética e impuestas por la Junta de Gobierno del Colegio de Médicos y Cirujanos. Es decir, conforme a las regulaciones aplicables a los profesionales en Medicina, éstos podrían ser sancionados con la inhabilitación del ejercicio profesional en caso que se logre determinar la existencia de un acoso sexual en contra de cualquier usuario de sus servicios, trámite que deberá ser analizado por las instancias dentro del Colegio a cargo de la respectiva investigación e imposición de la sanción, de conformidad con los procedimientos internos que las mismas regulaciones disponen para tales efectos.

El artículo 11 de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia constituye una regulación que puede ligarse directamente con los mecanismos de prevención que utilice la empresa y procedimientos internos de investigación ante

⁸⁵ Código de Moral Médica. Artículo 140. *Las faltas al presente código, serán juzgadas por el Tribunal de Ética, quien las catalogará como gravísimas, graves y leves. Como criterios para calificar las faltas se usarán las siguientes:*

a) Falta gravísima: Aquellas violaciones a este Código que como consecuencia del acto médico, resultaren en muerte, discapacidad permanente, daño moral grave demostrado, daño patrimonial, considerándose este como aquel que afecte el modo de vida.

denuncias de hostigamiento sexual y constituye una herramienta más para garantizar procesos efectivos de sanción a sujetos que no se encuentran relacionados con la compañía por medio de un contrato de naturaleza laboral, que si bien no se aplica directamente, la empresa puede incluir dentro de su procedimiento interno diseñado al efecto, al menos, la obligatoriedad de la interposición de la denuncia en los casos en que sea procedente, en aras de la protección del derecho de sus trabajadores a un ambiente libre de hostigamiento sexual.

SECCIÓN SEGUNDA Inclusión de cláusulas de exigibilidad, responsabilidad y terminación por incumplimiento grave de las obligaciones de las partes relativas al hostigamiento sexual

1. Posibilidad y necesidad de pactar cláusulas relativas al hostigamiento sexual en contratos no laborales

El contrato de **outsourcing** y contrato por servicios profesionales son perfectos con el simple acuerdo de voluntades sobre cosa y precio; es decir, no se requiere legalmente la existencia de un contrato escrito para su eficacia sobre los términos básicos de la contratación y el pago que el contratista recibirá por el servicio pactado, dado que no existe un requerimiento legal de pactar por escrito sus estipulaciones y alcances.

No obstante, la correcta utilización e implementación interna de estas formas de contratación no laboral no solo implica la necesidad de un conocimiento de su manejo, por parte de los trabajadores de la compañía que tengan contacto con estos sujetos, sino

requiere además necesariamente una documentación precisa sobre los términos particulares del acuerdo, que responde precisamente a los distintos requerimientos del servicio determinados libremente por las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad y la libertad de contratación, analizados en el Título Primero de la presente investigación.

Cabe mencionar que la identificación y situación profesional de los intervinientes en ambas formas de contratación reviste gran importancia, debiéndose fijar no solamente quien adquiere cada responsabilidad proveniente de la contratación y a quien se le atribuye, sino también los conocimientos, formación profesional o empresarial relacionada con el tema objeto del contrato, así como informar correctamente a la otra parte y de proporcionar claridad a las cláusulas y obligaciones del contrato, en virtud de la aplicación de la buena fe que debe primar en cualquier tipo de vínculo contractual, y que implica colaboración en ambos sentidos; el suministrador debe colaborar con la empresa contratante e, igual de importante, la empresa usuaria debe colaborar con la proveedora para la consecución de los intereses comunes de ambas.

Por lo tanto, sumado a las cláusulas específicas sugeridas, tales como de identificación de las partes, descripción de su objeto, términos de la remuneración, ausencia de una relación laboral, entre otras que revisten igual importancia, la empresa contratante puede requerir e incluso sujetar la aprobación de una propuesta de servicios específica de una empresa proveedora o un profesional liberal, a cambio de su consentimiento y reconocimiento sobre ciertas disposiciones específicas pactadas por escrito en el respectivo contrato, tendientes a garantizar la integridad física y psicológica de los trabajadores ante conductas típicas de

hostigamiento que puedan manifestarse durante la prestación de un determinado servicio en virtud de una contratación de esta naturaleza.

2. Contenido sugerido para las cláusulas específicas

En caso que una empresa opte por formalizar un **contrato de outsourcing** a partir de sus propias necesidades operativas, resulta pertinente añadir las siguientes obligaciones específicas en la cláusula particular en el contrato que pacten la empresa usuaria (en calidad de contratante) y la empresa proveedora (también conocida como la contratante):

- a. La contratista se obliga a suministrar por su cuenta y riesgo el personal debidamente calificado para la prestación del servicio, garantizado que serán plenamente capacitados y que su aptitud para la prestación del servicio ha sido verificada en procesos de reclutamiento y selección efectivos para determinar su idoneidad y capacidad en el desarrollo de la gestión.
- b. La contratante se obliga a no ejercer actos de subordinación alguna que impliquen la aparición de una relación laboral entre las partes. La contratista se obliga a designar un representante ante el cual se informarán las anomalías y recomendaciones respecto a sanciones disciplinarias de sus trabajadores.
- c. Ambas empresas se obligan a suministrar una copia del procedimiento vigente que se haya implementado a lo interno de su operación, relativo a la prevención y sanción del hostigamiento sexual del personal a su cargo, a fin que las partes conozcan de forma clara ante cual instancia deberá formularse la denuncia correspondiente así como las sanciones correspondientes en caso que se suscitare un conflicto de esta naturaleza, de conformidad con la Ley N° 7476 contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, o en su

defecto, la normativa específica vigente. Cualquier cambio, derogación o modificación a estos procedimientos deberán ser comunicados a las partes a través del medio para notificaciones señalado en el acuerdo particular.

- d. En caso que alguna de las dos partes tramitase el procedimiento sancionatorio a su propio trabajador en virtud de una denuncia por hostigamiento sexual originada en la ejecución del contrato y de la prestación del servicio, se deberá remitir a la otra la copia del Informe presentado a la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo del MTSS en el cual se informa sobre la recepción de la denuncia y el resultado del procedimiento de investigación, lo cual deberá comunicarse a la víctima, como comprobación del cumplimiento de la obligación que ordena el artículo 5° de la Ley N° 7476.

Igualmente, al momento de pactar un **contrato por servicios profesionales**, en los mismos deberían incluirse las siguientes obligaciones específicas en razón de la naturaleza de la contratación:

- a. El contratista deberá prestar los servicios estipulados de conformidad con su objeto y lineamientos de calidad de la contratante, con la debida diligencia y eficiencia y de conformidad con las sanas prácticas que exige el correcto ejercicio de su profesión.
- b. El contratista será responsable por la calidad de los servicios profesionales y técnicos prestados en virtud del contrato, y en caso que fuere necesario asistirse de personas físicas que se desempeñan eficazmente en la ejecución del mismo, tanto el contratista en carácter personal y sus representantes, trabajadores y demás sujetos relacionados con éste, deberán respetar de forma estricta las disposiciones relativas a la seguridad y prevención del hostigamiento sexual aprobadas y vigentes en las instalaciones de la

contratante (o en su defecto, donde se preste el servicio), así como las costumbres locales y las más elevadas normas éticas y morales.

De igual forma resulta necesario incluir cláusulas de responsabilidad por daños en los contratos que se pretendan suscribir, que si bien pueden resultar genéricas, abarcan aquellos que se produzcan por la violación a la obligación específica de mantener un proceso interno efectivo para la prevención y sanción del hostigamiento sexual que se cometa en perjuicio de un trabajador, una empresa contratante por parte de un trabajador de la empresa usuaria, o un profesional independiente y que, por lo tanto, resulte en un eventual reclamo contra la empresa contratante, gestionado por su propio trabajador que considere se ha incumplido el deber de prevención y sanción de actos de esta naturaleza. El texto sugerido para ambos tipos de contratos versa de la siguiente manera

De la responsabilidad y resarcimiento por daños y perjuicios. Las partes convienen en que serán responsables frente a contraparte y terceros relacionados con estas, y además tendrán la obligación de indemnizarles por pérdidas, daños, gastos o inversiones que la contratante deba efectuar en razón de insuficiencia, impericia, omisión y/o incumplimiento de las obligaciones impuestas expresa e implícitamente en virtud del presente acuerdo, por parte de la contratante, el contratista, empleados y trabajadores en general, y de cualquier otra persona haya sido empleada/contratada de forma directa o indirecta, de forma permanente o no.

Por último, en todo contrato de *outsourcing* y de servicios profesionales debe hacerse mención expresa sobre la posibilidad con la que cuentan las partes para poner término al contrato, en caso que se verifique un incumplimiento grave a las obligaciones acordadas, dentro de la cual puede hacerse mención expresa a la abstención de conductas típicas de

hostigamiento sexual o bien la falta de diligencia en el cumplimiento del procedimiento interno para determinar la responsabilidad del presunto hostigador, así como la eventual sanción que resulte procedente, en los siguientes términos:

Resolución contractual y terminación anticipada: La contratante se reserva el derecho de disolver unilateralmente por su propia voluntad el presente contrato, con la obligación única de otorgar a la contratista un aviso previo de un mes⁸⁶ y la cancelación de las obligaciones que hasta ese momento se encuentren pendientes de pago. En el caso de incumplimiento grave de las partes respecto a alguna de las obligaciones previstas en el presente contrato, lo anterior constituirá causal de resolución del presente contrato, únicamente mediante la comunicación a la contraparte en la que se manifiesta esta decisión y el motivo que la justifica. En tal caso, se cancelará a la contratista los montos pendientes por los servicios efectivamente prestados a satisfacción, sin perjuicio de ejercer las acciones judiciales correspondientes para el cobro de daños y perjuicios ocasionados por la contratista. Particularmente, si tal finalización se produce en virtud del incumplimiento de obligaciones relacionadas con la prevención y abstención de la comisión de un acto de hostigamiento sexual, la parte afectada procederá con la comunicación al Colegio Profesional que corresponda a fin que inicien las diligencias de investigación y sanción pertinentes de conformidad con sus regulaciones específicas.⁸⁷

SECCIÓN TERCERA Propuesta de reforma a regulaciones específicas de la Ley N° 7476 para incorporar las medidas sugeridas en procedimientos de regulación interna de las empresas del sector privado

⁸⁶ Plazo sugerido, podría variar según el acuerdo tomado a partir de la manifestación de la voluntad de las partes.

⁸⁷ Sobre los alcances de la responsabilidad y sus diferentes tipos, véase: Trigo Represas, Félix. Responsabilidad civil del abogado. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi S.R.L. 1996.

Por último, diversidad de estudios y análisis han evidenciado la importancia que reviste la promulgación de la Ley N° 7476 contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, normativa que no solo es reconocida a nivel local sino a nivel internacional como un avance significativo en la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores (principalmente de las mujeres, aunque aplica independientemente de la cuestión de género, como se estudió en apartados anteriores).

Es posible determinar algunos vacíos legales en tal regulación, especialmente respecto a medidas concretas que puedan adoptarse para cumplir la obligación patronal de prevenir, desalentar y sancionar el hostigamiento sexual en los centros de trabajo cuando la conducta sexual indeseada es desplegada por un sujeto que no se encuentra contratado bajo un esquema laboral tradicional, ya que en su lugar se relaciona con la empresa que lo contrata mediante formas de contratación no laborales, que son lícitas y permiten a las compañías contar con personal dentro de su proceso operativo sin ser sujetos de un contrato de trabajo.

Conforme a lo anteriormente analizado, el texto actual de la Ley podría ser objeto de algunas reformas de conformidad con el trámite legislativo correspondiente, a fin de ampliar aún más sus alcances considerando, además, la experiencia internacional que exista para la tutela efectiva de este tipo de situaciones, que actualmente se verifican con suma frecuencia, dado el incremento en el uso de formas de contratación no laboral por parte de las distintas empresas que requieren la optimización de sus operaciones.

Entre las reformas propuestas se encuentran las siguientes, debidamente resaltadas con respecto al texto actual de la ley antes indicada:

- ARTÍCULO 3. Definiciones. Se entiende por acoso u hostigamiento sexual toda conducta sexual indeseada por quien la recibe, reiterada, y que provoque efectos perjudiciales en los siguientes casos:

- a) Condiciones materiales de empleo o de docencia.
- b) Desempeño y cumplimiento laboral o educativo.
- c) Estado general de bienestar personal.

También se considera acoso sexual la conducta grave que, habiendo ocurrido una sola vez, perjudique a la víctima en cualquiera de los aspectos indicados.

El acoso antes indicado se reputará como tal, independientemente la naturaleza de la circunstancia o del vínculo contractual en el cual se determina su procedencia, sea cometido por parte de otro (s) trabajador (es) del mismo patrono, un tercero vinculado a éste a través de una forma de contratación no laboral, o cualquiera que se encuentre presente dentro del centro de trabajo o lugar donde se ejecuta el hecho.

- ARTÍCULO 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, **contratos de naturaleza civil o mercantil que tengan por objeto general o específico la prestación de servicios personales**, 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 los supervisores, representantes, empleadas, empleados, **contratistas y clientes** la existencia de una política y **un proceso efectivo** contra el hostigamiento sexual.

2.- Establecer un procedimiento interno, adecuado y efectivo, para permitir las denuncias de hostigamiento sexual, garantizar la confidencialidad de las denuncias, (y) sancionar o **promover la sanción** a las personas hostigadoras cuando exista causa.

El procedimiento mencionado en el inciso anterior, en ningún caso podrá exceder el plazo de tres meses, contados a partir de la interposición de la denuncia por hostigamiento sexual.

- ARTÍCULO 7.- Información sobre denuncias. Todo patrono estará obligado a informar sobre las denuncias de hostigamiento sexual que se reciban en su lugar de trabajo, así como el resultado del procedimiento que se realice a la Defensoría de los Habitantes, si se trata de instituciones públicas o a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, si se trata de patronos privados. **En caso que tal denuncia haya sido promovida por contratistas, clientes u otros sujetos que no sean trabajadores del patrono que tramita el procedimiento, el resultado del procedimiento también les será comunicado en estricto apego de la obligación de confidencialidad establecida en la presente Ley.**

Para efectos del sector público, se entiende por patrono al superior jerárquico de cada institución.

- ARTÍCULO 11.- Deber de los colegios profesionales. Los colegios profesionales deberán establecer políticas preventivas y procedimientos de sanción para los agremiados que

incurran en conductas de acoso u hostigamiento sexual. **En caso que el patrono compruebe la existencia del hostigamiento sexual a partir del procedimiento interno diseñado al efecto, se deberá informar al Colegio Profesional correspondiente a fin que se proceda con la investigación respectiva, de acuerdo con la normativa interna vigente.**

- ARTÍCULO 28.- Indemnización por daño moral **y otros**. Cuando, mediante sentencia, se compruebe el hostigamiento, la persona ofendida tendrá derecho a una indemnización por daño moral, si ha sido acreditado, lo cual también será de conocimiento del Juez de Trabajo. **Asimismo, si en virtud de un contrato civil o mercantil que implica la prestación de servicios personales, alguna de las partes contratantes eluda la responsabilidad descrita en el artículo 5º de esta Ley, la parte afectada tendrá derecho a gestionar el reclamo en la sede judicial correspondiente y solicitar una indemnización por los daños causados a raíz de este incumplimiento.**

- ARTICULO 31.- Ámbitos de aplicación de esta Ley. La presente Ley se aplicará a las relaciones obrero-patronales **y, en lo pertinente, a los contratos de naturaleza civil o mercantil que impliquen la prestación de servicios personales**, de los sectores público y privado.

Además de las reformas propuestas, con el fin de evitar las posibles sanciones que prevé la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia imponibles al empleador de una persona hostigada sexualmente ante el incumplimiento del artículo quinto de esta normativa, y también en concordancia con las demás medidas preventivas y sancionatorias

propuestas para minimizar o erradicar el hostigamiento sexual en el empleo, es preciso incorporar regulaciones estratégicas en las normativas internas de las empresas de forma conexas, en donde se reconozca expresamente la posibilidad que el hostigamiento provenga de un agente externo a la empresa y que no por ello se evadirá la responsabilidad de garantizar la prevención y la sanción de estas conductas, para lo cual se adoptarán las medidas anteriormente propuestas, así como cualquier otra que dentro del ámbito de la Ley promueva el fin último de contar con un ambiente sano para los trabajadores y los patronos, completamente libre de hostigamiento sexual.

CONCLUSIONES

A partir del análisis de los planteamientos que preceden, el presente trabajo final de graduación cumple con la hipótesis planteada, conforme a los siguientes argumentos conclusivos:

- A partir del análisis inicial que se efectúa sobre el contrato de *outsourcing* y de servicios profesionales es posible concluir que ambas constituyen formas de contratación legalmente viables, a partir de los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación, ambos garantizados a los ciudadanos constitucionalmente, con algunas consideraciones básicas que deben tomarse en cuenta para su correcta implementación.

- Tal y como se expuso en el apartado correspondiente, los principios básicos que fundamentan esta afirmación constituyen derechos absolutos del ciudadano sometidos a las limitaciones establecidas por el legislador, relativas a prohibiciones expresas en la ley, la moral y derechos de terceros. Por lo tanto, en caso que no se verifiquen tales impedimentos, las empresas del sector privado se encuentran avaladas legalmente para contratar servicios personales a través de formas de contratación no laboral, específicamente en la forma del *outsourcing* y el contrato por servicios profesionales que, conforme a su naturaleza jurídica, no se tratan de contratos laborales comunes, aún cuando son cuestionados en virtud del artículo 18 del Código de Trabajo, que establece la presunción expresa sobre la existencia de un contrato de trabajo entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe.

- Al respecto, sin lugar a dudas, el contrato de *outsourcing* ha sido objeto de múltiples análisis en virtud de su incidencia en el mercado laboral actual, dada la posibilidad que otorga a una empresa de contar con servicios de carácter personal prestados por personas que no son trabajadores, porque en la ejecución ideal del esquema, lo son de la empresa contratante o suplidora del personal con la cual sí existe un vínculo de naturaleza laboral, esquema que excede las regulaciones expresas locales, que son aplicables a las relaciones laborales bilaterales de forma exclusiva.

- Por su parte, el estudio realizado del contrato por servicios profesionales evidencia una mayor complejidad, puesto que a diferencia del *outsourcing*, en la gran mayoría de los casos, se pretende contratar a un profesional especializado en brindar servicios específicos de forma personalizada (quien podría o no asistirse de terceros para el efectivo cumplimiento de su gestión), a cambio de una remuneración tradicionalmente llamada honorario y, por ende, se acerca aún más a una contratación de tipo laboral puesto que reúne dos elementos esenciales de ésta: la prestación personal del servicio y la remuneración. Al igual que en el *outsourcing*, el elemento distintivo reside en la ausencia de subordinación jurídica, que no debería determinarse en relaciones de esta naturaleza puesto que de lo contrario podría acarrear un riesgo por incumplimiento de las obligaciones obrero patronales, por parte de la empresa contratante, en virtud de la naturaleza laboral del vínculo con el profesional.

- También, a partir de las características de ambos contratos conforme al análisis de la doctrina y jurisprudencia aplicables, es posible afirmar que a falta de regulación expresa

sobre su contenido mínimo, las partes pueden definir libremente su objeto y demás cláusulas que regirán la prestación del servicio, los cuales tendrán fuerza de ley, siempre que no contravengan la normativa vigente, la moral y los derechos de terceros.

- Por lo tanto, en una contratación por *outsourcing* y servicios profesionales resulta importante que las partes documenten claramente los términos del acuerdo en un contrato que contenga una estructura básica que delimite las obligaciones de cada una de las partes y, principalmente, que contenga la obligación de la contratista de cumplir a cabalidad las exigencias de la normativa laboral, tributaria y de seguridad social, tanto por parte del profesional liberal como de la empresa contratista en el *outsourcing*, con relación a sus trabajadores, para así evitar una posible responsabilidad parcial o total de la empresa contratante que no debería responder ante reclamos de índole laboral, planteados por un profesional liberal o trabajadores de la contratista.

- La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia sostiene la tesis que elemento subordinación jurídica es clave para calificar una relación laboral específica en este tipo de contrataciones, por lo tanto, resulta de suma importancia que al momento de pactar una contratación de *outsourcing* o de servicios profesionales se conozca el correcto manejo práctico de estos contratos, para evitar cualquier manifestación de subordinación que pueda acarrear los riesgos indicados.

- A partir de lo anterior, en conjunto con el análisis sobre la naturaleza jurídica de ambos tipos de contratación, es posible concluir que al determinarse la existencia de los elementos característicos de un contrato laboral, por circunstancias que en la realidad se

hayan manifestado en la práctica, inmediatamente surge la obligación de cumplir con las obligaciones típicas del contrato de trabajo, tales como el aseguramiento de los trabajadores, el reconocimiento de derechos exclusivamente laborales (tales como vacaciones, aguinaldo, etc.) y los procedimientos específicos previstos por la normativa de trabajo, tal y como lo constituye el de aplicar efectivamente un proceso de carácter sancionatorio por hostigamiento sexual. De lo contrario, el incumplimiento puede resultar riesgoso y de imposición forzosa a la empresa, según la naturaleza de las faltas.

- Ahora bien, de forma conexas a esta posibilidad empresarial que debe aplicarse considerando las limitaciones antes dichas, surge el cuestionamiento acerca del impacto de su utilización en el cumplimiento de la obligación impuesta a todo patrono por la Ley N° 7476, contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, relativa a desalentar, prevenir y sancionar el acoso sexual a fin de garantizar a los trabajadores un ambiente libre de hostigamiento de esta naturaleza.

- Dado que una de las obligaciones principales que ordena la Ley indicada es la imposición de sanciones de carácter disciplinario a quienes cometan actos de hostigamiento sexual, a partir del análisis de la correcta implementación de las formas de contratación no laboral es posible concluir que la aplicación del procedimiento sancionatorio que desemboca en la aplicación de las sanciones que prevé el artículo 25 de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia a una persona, por parte de quien no es su patrono, es una clara manifestación del poder disciplinario exclusivo de las relaciones obrero patronales, por lo tanto, existe un riesgo que tal conducta implique una modificación

en la naturaleza jurídica de la contratación y, por ende, deben buscarse medidas alternativas para procurar una efectiva prevención y sanción de actos de esta naturaleza.

- Distinto es el caso cuando la denuncia es planteada por cualquier sujeto contratado bajo un esquema de contratación no laboral que sea afectado por una supuesta conducta de hostigamiento sexual desplegada por un propio trabajador de la contratante, para lo cual puede adaptarse el procedimiento disciplinario interno diseñado para tal efecto y, en ese supuesto, aplicar las sanciones que fueren procedentes de forma directa, conforme a los principios de proporcionalidad, actualidad y causalidad que priman en la aplicación del poder disciplinario en las relaciones de trabajo. En este supuesto, nada obstaría para aplicar otras medidas conexas que garanticen aún más la prevención y sanción del hostigamiento, tales como pactar contractualmente la exigibilidad para las partes de aportar una a la otra la comunicación que por indicación de la misma Ley N° 7476 (artículo 8) debe realizarse al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social sobre de la tramitación y el resultado de la investigación, a fin de garantizar aún más el cumplimiento de ambas partes contratantes de establecer procesos de sanción efectivos a su propia persona.

- No obstante, dado que existe una limitación para aplicar el procedimiento de carácter disciplinario por hostigamiento sexual a quienes no son trabajadores de la empresa, que sí se califica como el patrono del trabajador que presuntamente es víctima de un acto de esta naturaleza por parte de ese tercero, fue necesario determinar si la normativa contra el hostigamiento sexual prevé alguna solución al problema planteado, o bien, si existen otras medidas concretas que puedan adoptarse para cumplir con la obligación impuesta por el artículo N° 5 de la Ley N° 7476.

- En primera instancia es posible concluir que la redacción actual de la Ley N° 7476 circunscribe sus alcances a las relaciones obrero-patronales tradicionales, de ahí que impone el requerimiento a los patronos de tramitar un proceso disciplinario propio de una relación de empleo, suponiendo únicamente que el hostigamiento se manifiesta en relaciones laborales de carácter bilateral.

- No obstante lo anterior, la Ley N° 7476 incluye una regulación específica que sí puede aplicar indistintamente de la naturaleza de quien resulte ser el sujeto pasivo o activo en una situación de hostigamiento: su artículo onceavo dispone la obligación de los colegios profesionales de establecer políticas preventivas y procedimientos de sanción para los agremiados que incurran en conductas de acoso u hostigamiento sexual, lo cual constituye una medida que las empresas pueden incluir dentro de sus procedimientos internos y en los contratos suscritos con terceros, en caso que exista una imposibilidad material de aplicarles el procedimiento sancionatorio exclusivo de relaciones obrero patronales, así como en todo proceso que involucre a un sujeto que, a la vez, se encuentre agremiado según su profesión particular, de forma indistinta.

- No obstante, tal medida no resulta efectiva en caso que el presunto responsable de una conducta de hostigamiento no se encuentre obligado por ley a afiliarse a un Colegio Profesional respectivo para ejercer legalmente su profesión, dado que tal obligatoriedad dependerá de las disposiciones particulares de cada entidad. Por lo tanto, además de prever esta alternativa contractualmente, es necesaria la inclusión de otras obligaciones puntuales

en los respectivos contratos de *outsourcing* y de servicios profesionales, las más relevantes resumidas de la siguiente forma::

1. Garantizar que el servicio sea prestado por un sujeto o sujetos que reúnan las cualidades idóneas para la prestación del servicio, que debe ser ejecutado con atención a los mayores valores éticos y de calidad.
2. En el caso del contrato por servicios profesionales, advertir al contratista de abstenerse de cometer actos de hostigamiento sexual en el lugar de la prestación de los servicios.
3. En el caso del *outsourcing*, que ambas partes se comprometan a aportar una copia del procedimiento interno vigente tendiente a prevenir y sancionar el hostigamiento en sus organizaciones, para que cada una de ellas se encuentre informada del manejo de la tramitación de las denuncias.

- Por otra parte, sumada a la inclusión de cláusulas específicas relativas a la abstención y sanción de actos de hostigamiento sexual en los contratos respectivos, resulta de suma importancia incorporar aquellas regulaciones sobre la responsabilidad de las partes por cualquier daño, pérdida o gasto, que el contratante ó contratista, sus trabajadores, representantes en general ocasionen en la ejecución del contrato por negligencia, impericia u omisión, así como por incumplimiento a obligaciones específicas pactadas (incluyendo las relativas al hostigamiento), y la responsabilidad que cada parte tendrá frente a la otra por daños y perjuicios ocasionados con motivo de la ejecución de este contrato y la obligación de indemnización por cualquier pago que alguna debiera realizar a raíz de esta circunstancia.

- De la misma manera, la finalización del contrato correspondiente puede preverse ante la verificación de un incumplimiento grave de las obligaciones impuestas a las partes relativas a la prevención y sanción del hostigamiento sexual, otorgando el aviso correspondiente a través de una comunicación fundamentada conforme a las circunstancias que motivan su finalización.

- En estos términos, las medidas sugeridas a nivel contractual no rozarían con la posibilidad de la parte afectada a solicitar el cobro de cualquier indemnización que considere procedente, de formular la queja correspondiente ante el Colegio Profesional respectivo y, si fuere del caso, presentar una denuncia penal si los actos de hostigamiento también se encuentran dentro de las conductas tipificadas por el Código Penal, especialmente si se trata de uno de los delitos sexuales regulados por este cuerpo de leyes.

- No obstante lo anterior, si bien la Ley contra el Hostigamiento Sexual N° 7476 prevé algunas soluciones al problema, su principal alcance se encuentra limitado a las relaciones obrero patronales tradicionalmente concebidas y no reconoce expresamente la posibilidad que tal circunstancia involucre a sujetos contratados mediante formas de contratación no laboral, por lo tanto, el presente estudio formula una propuesta de reforma a ciertos artículos de la normativa indicada con el fin que expresamente contemple la situación planteada, reforzando sus medidas propuestas incluyendo las relativas a los acuerdos suscritos con sus contratistas que suministren personal o provean el mismo de forma independiente, con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones

tendientes a mantener un ambiente libre de hostigamiento sexual al interior de las organizaciones.

- A manera de reflexión final, sin duda el hostigamiento sexual tiene efectos graves para todas las partes involucradas en procesos de esta naturaleza: para la víctima, dado que experimenta efectos psicológicos de orden laboral, de orden físico y personal; para los presuntos hostigadores, dado que esta conducta puede costarles la pérdida de un determinado negocio, empleo, problemas en su hogar, además de daños a su reputación; y para la empresa, sobre todo, puesto que múltiples autores concuerdan en que el impacto es mayor de lo que podría pensarse: baja productividad, afectaciones en el clima organizacional, pérdidas económicas, entre otras.

- En razón de lo anterior, ninguna práctica que se implemente con la finalidad de incrementar la productividad empresarial debe obstruir la erradicación del hostigamiento en los sitios de trabajo. De ahí que ante esta situación particular es preciso poner en práctica cualquier medida posible para prevenir, desalentar y procurar la sanción de una conducta típica de hostigamiento sexual, en aras de garantizar la protección y seguridad de los trabajadores frente a la exposición a actos de esta naturaleza; una de estas sin duda radica en políticas efectivas de prevención que implique la toma de medidas enérgicas, como establecer acuerdos, regulaciones, normas y procedimientos claros contra el hostigamiento sexual, así como facilitar la información sobre la formulación de las denuncias y promover la capacitación del personal, para garantizar el respeto mutuo en las relaciones laborales y contractuales, no solamente por tratarse de un compromiso legal, sino porque constituye una obligación moral de todos los ciudadanos a evitar circunstancias que promueven la

discriminación y obstaculizan el ejercicio del empleo en un ambiente sano, libre de cualquier tipo de hostigamiento.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. Alemán Mena, Donald. Derecho del trabajo nicaragüense: concordado con jurisprudencia, doctrina y derecho comparado. Managua, Nicaragua. Editorial PAVSA. 2004.
2. Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Décimo cuarta edición, Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta S.R.L., 2000
3. Cairós Barreto, Dulce María. Contratos de Mediación y de Agencia Mercantil: un estudio sobre el objeto del contrato de trabajo y sus transformaciones. Primera Edición. Valladolid, España. Editorial LEX NOVA S.A. 2004.
4. Cervantes Nieto, Héctor. Consejos prácticos sobre el contrato individual de trabajo. Ciudad de México, México. Editorial ISEF, 2005.
5. Del Peso Navarro, Emilio. Manual de outsourcing informático: Análisis y Contratación. Madrid, España. Editorial Díaz de Santos. Segunda Edición. 2003.
6. Dessler, Gary. Administración de Personal, Octava Edición. Ciudad de México, México. Pearson Educación. 2001.

7. Fernández Ríos, Manuel. Diccionario de Recursos Humanos: Organización y Dirección. Madrid, España. Ediciones Díaz de Santos, S.A. 1999.
8. Forneas Carro, José Ramón. Outsourcing: saque el máximo partido de sus proveedores. Madrid, España. Editorial Netbiblo S.L. 2008.
9. Gómez García, R., y Ponce Medero, J. M. Contratación Laboral 2008. Madrid, España: FC Editorial. 2008.
10. Montero, Ramón E. El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden laboral y penal. Santo Domingo, República Dominicana. Editora Centenario, 1998.
11. Natera Hidalgo, Rafael. Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles. Madrid, España. Editorial Wolters Kluwer. 2007.
12. Robbins, Stephen P. Comportamiento Organizacional. Décima Edición. Ciudad de México, México. Editorial Pearson Educación. 2004.
13. Olmeda García, Marina P. Ética Profesional en el Ejercicio del Derecho. Ciudad de México, México. Universidad Autónoma de Baja California, Departamento de Editorial Universitaria. 2007.

14. Palomeque López, M. y, Álvarez de la Rosa, M. Derecho del Trabajo. Madrid, España. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 2008.
15. Plá Rodríguez, Américo. Los principios del derecho del trabajo. Segunda edición actualizada. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma, 1978.
16. Trigo Represas, Félix A. Responsabilidad civil del abogado. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi S.R.L, 1996.

AUTOR CORPORATIVO

1. Defensoría de los Habitantes de la República. Hostigamiento sexual: algunas consideraciones teóricas y jurídicas. Defensoría de la Mujer. San José, Costa Rica. Imprenta Nacional, 1995.

REVISTAS

1. Freedland, Mark. Aplicación del derecho laboral más allá del contrato de trabajo. En Revista Internacional del Trabajo, vol. 126, No. 1-2 2007, Ginebra, Suiza.
2. Romero Pérez, Jorge Enrique. La Externalización de Actividades Laborales (Outsourcing). Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica número 102. 2003. San José, Costa Rica.

PÁGINAS WEB

1. Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo de los Estados Unidos de América. En: <http://www.eeoc.gov>. Consulta: 16 de enero de 2010.
2. Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer. Reporte Sombra Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Panamá. En: <http://www.cladem.org>. Fecha de consulta: 18 de enero de 2010.
3. Cordero Fallas, Francisco. Contratos Atípicos o Innominados. Biblioteca de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Centro de Investigación Legislativa. Estudios. En: <http://www.asamblea.go.cr>. Consulta: 24 de noviembre de 2009.
4. Echaiz Montero, Daniel. El contrato de outsourcing. En <http://www.jurídicas.unam.mx>. Consulta: 19 de setiembre de 2009.
5. Guix Guamuch, Sergio O. Naturaleza jurídica del que ejerce una profesión liberal. En <http://biblioteca.usac.edu.gt>. Consulta: 05 de enero de 2010.
6. Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias. En: <http://www.iberfinanzas.com>. Consulta: 24 de noviembre de 2009.

7. Kam Ríos, Jorge. El principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual. En www.usma.ac.pa.. Consulta: 19 de setiembre de 2009.
8. Kurczyn Villalobos, Patricia. Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo. En <http://www.bibliojuridica.org>. Consulta: 18 de enero de 2010.
9. La gran enciclopedia de economía. <http://www.economia48.com>. Consulta: 23 de noviembre de 2009.
10. Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual de la República del Perú. Ley No. 27942 dada a los cinco días del mes de febrero de dos mil tres. En: <http://www.pnp.gob.pe>. Consulta: 18 de enero de 2010.
11. Ley N° 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual, introduciendo modificaciones en el Código del Trabajo de la República de Chile, publicada en el Diario Oficial el día 18 de Marzo de 2005. En: <http://www.leychile.cl/> Consulta: 18 de enero de 2010.
12. Ley que modifica la ley número 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, dada a los veintisiete días del mes de octubre de 2009. En: <http://www.mimdes.gob.pe>. Consulta: 18 de enero de 2010.

- 13.** Martínez Chacón, Edgar R. La naturaleza jurídica del outsourcing. En: <http://biblioteca.usac.edu.gt>. Consulta: 25 de noviembre de 2009.
- 14.** Mora, Alejandra. Ley contra el Hostigamiento Sexual: comentarios a la ley y un análisis jurídico desde el principio de la igualdad jurídica. En: <http://www.ilanud.or.cr>. Consulta: 19 de enero de 2010.
- 15.** Ochoa Jiménez, María Julia. Implicaciones del principio de autonomía de la voluntad en materia de propiedad intelectual. En <http://www.ventanalegal.com>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2009.
- 16.** Organización Internacional del Trabajo. ILO Thesaurus 2005. En: <http://www.ilo.org>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2009.
- 17.** Organización Internacional del Trabajo. Convenio N° 181 del año 1997, sobre Agencias de Empleo Privadas. En: <http://www.ilo.org>. Fecha de consulta: 19 de enero de 2010.
- 18.** Organización Internacional del Trabajo. Sindicatos y globalización: tendencias, desafíos y respuestas. En: <http://www.ilo.org>. Consulta: 24 de noviembre de 2009.
- 19.** Sánchez-Castañeda, Alfredo. Las transformaciones del derecho del trabajo. En <http://www.bibliojuridica.org>. Consulta: 23 de noviembre de 2009.

- 20.** Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Consecuencias laborales de la subcontratación: una explicación de conjunto. En: <http://www.fder.edu.uy>. Consulta: 26 de noviembre de 2009.
- 21.** Solís García, Maria Eugenia. Acciones para eliminar el acoso sexual en el trabajo. Organización Internacional Del Trabajo. Proyecto para Mujeres Trabajadoras del Sector de la Maquila. En: <http://portal.oit.or.cr>. Consulta: 15 de enero de 2010.
- 22.** Uribe-Echeverría A, y Rubert Adelantado, G. La evolución del outsourcing en el sector manufacturero. En <http://www.revistasice.com>. Consulta: 25 de noviembre de 2009.
- 23.** Viega, María José. Análisis de un contrato complejo: el outsourcing Instituto Español de Informática y Derecho. Ponencias. En: <http://www.ieid.org>. Consulta: 23 de noviembre de 2009.
- 24.** Zeledón, Paola Valeria. Análisis, descripción y diseño de cargos. Administración de Recursos Humanos. En: <http://www.gestiopolis.com>. Consulta: 31 de diciembre de 2009.
- 25.** Wikipedia, la Libre Enciclopedia. En: <http://en.wikipedia.org>. Consulta: 15 de enero de 2010.

1. Constitución Política, del 7 de noviembre de 1949.
2. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Ley 6968 del 2 de octubre de 1984.
3. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Ley 7499 del 2 de mayo de 1995.
4. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Ley 217 del 10 de diciembre de 1948.
5. Código Civil, Ley 63 del 28 de setiembre de 1887.
6. Código de Trabajo, Ley 2 del 27 de agosto de 1943.
7. Código Penal, Ley 4573 del 4 de mayo de 1970.
8. Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, Ley 7476 del 3 de febrero de 1995.
9. Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494 del 2 de mayo de 1995.
10. Ley de Información No Divulgada, Ley 7975 del 4 de enero de 2001.
11. Ley Orgánica del Colegio de Abogados, Ley 13 del 28 de octubre de 1941,
12. Ley Orgánica del Colegio de Médicos y Cirujanos, Ley 3019 del 9 de agosto de 1962, reformada por ley 3671 del 18 de abril de 1966.
13. Reglamento sobre las normas internas reguladoras de las relaciones y condiciones laborales en los centros de trabajo, Decreto 4-MTSS, del 26 de abril de 1966,

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1. Procuraduría General de la República. Dictamen Número C-045-96 del 15 de marzo de 1996.
2. Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica Número OJ-030-2003 del 20 de febrero del 2003.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1. Consejo Superior del Poder Judicial. Resolución Número. 53-08. San José, a las ocho horas del veintidós de julio del dos mil ocho.
2. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 340-F-90. San José, a las catorce horas cincuenta minutos del cinco de diciembre de mil novecientos noventa.
3. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 399-F-03. San José, a las nueve horas cuarenta minutos del once de julio de dos mil tres.
4. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 473-F-03. San José a las diez horas cuarenta minutos del seis de agosto del año dos mil tres.
5. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 99-334. San José, a las diez horas con cuarenta minutos del veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

6. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 00232-99. San José, a las nueve horas cuarenta minutos del trece de agosto de mil novecientos noventa y nueve.
7. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 19-2001. San José, a las diez horas treinta minutos del diez de enero del año dos mil uno.
8. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 584-2002. San José, a las diez horas del veinte de noviembre del año dos mil dos.
9. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 2004-00836. San José, a las diez horas cinco minutos del primero de octubre del año dos mil cuatro.
10. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 1052-2005. San José, a las nueve horas treinta y cinco minutos del veintiuno de diciembre de dos mil cinco.
11. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2006-0008. San José, a las nueve horas treinta minutos del veinte de enero del dos mil seis.
12. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 2006-0052. San José, a las nueve horas treinta minutos del ocho de febrero del dos mil seis.

- 13.** Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2007-274. San José, a las nueve horas treinta minutos del cuatro de mayo del dos mil siete.
- 14.** Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2007-000561. San José, a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de agosto del dos mil siete.
- 15.** Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 2008-000211. San José, a las nueve horas quince minutos del siete de marzo del dos mil ocho.
- 16.** Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 2008-823 a las nueve horas treinta minutos del veintiséis de septiembre del dos mil ocho.
- 17.** Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2009-000196. San José, a las diez horas veinte minutos del veintisiete de febrero de dos mil nueve.
- 18.** Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 2009-0330. San José, a las nueve horas cincuenta y cinco minutos del veintinueve de abril de dos mil nueve.
- 19.** Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera. Resolución No. 112. San José, a las nueve horas cincuenta minutos del diez de mayo de mil novecientos noventa y seis.

20. Tribunal Segundo Civil, Sección Primera. Resolución No. 170. San José, a las nueve horas cincuenta minutos del veintitrés de junio de dos mil seis.