



FACULTAD DE DERECHO

**“ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA ELIMINACION DEL SISTEMA DE
TERCERIZACION E INTERMEDIACION LABORAL”**

**Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado
de los Tribunales y Juzgados de la República**

Profesor Guía:

Dr. Patricio Baca Mancheno

Autor:

Carlos Alejandro Jara Jaramillo

Año

2012

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los trabajos de titulación”

.....

Dr. Patricio Baca Mancheno

C.I. 1707979470

DECLARACIÓN DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

.....

Carlos Alejandro Jara Jaramillo

C.I. 1715954143

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis padres quienes me han brindado su apoyo incondicional y han sido ejemplo de trabajo, esfuerzo y honestidad.

DEDICATORIA

La presente tesis la dedico a mi esposa y a mi hijo quienes son la fuente inagotable de inspiración y amor

RESUMEN

La presente tesis versa sobre la eliminación del sistema de tercerización e intermediación laboral por la expedición del Mandato Constituyente N°8, dicha eliminación se la motivo en los abusos registrados a los trabajadores que prestaban sus servicios bajo esta modalidad contractual, pero no se analizo los beneficios del sistema de contratación.

A lo largo de la presente tesis presentamos una visión imparcial sobre los beneficios y los perjuicios de dicho sistema así como el marco legal en el que se desarrollo, culminando con un análisis de la implementación del nuevo sistema de externalizacion de mano de obra el cual se denomina prestación de servicios técnicos especializados los mismos que rigen a partir del 01 de mayo de 2008 regulado por el Mandato Constituyente N°8 y su respectivo reglamento.

ABSTRACT

This final work is about the elimination of outsourcing system when the Mandato Constituyente N°8, this elimination came true because of all abuses against to the workers that used to work under this contract way, but didn't review all contract systems beneficts.

Along of this present work this work present an imparcial vision about the benefices and the difficulties of this systems; the same way how the legal issue that it was developed finishing with the anilis of implementation of the new systems of outsourcing, wich is called technical especial services this were situated on May first 2008 regulated for the mandato Constituyente N°8 with its respective specific law.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	3
1. DEFINICION CONCEPTOS BASICOS	3
1.1 Reseña Histórica de la Tercerización en el Ecuador	3
1.2 Definición de Tercerización	4
1.3 Definición Intermediación Laboral	6
1.4 Diferencias entre tercerización e Intermediación	7
1.5 Definición de Contrato por Horas	13
1.6 Definición Precarización Laboral	15
1.7 Definición Responsabilidad Solidaria	15
1.8 Definición Responsabilidad Subsidiaria	17
CAPITULO II	18
2. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE TERCERIZACION E INTERMEDIACION EN EL ECUADOR	18
2.1 Análisis del Sistema de Tercerización e Intermediación	18
2.2 Constitución Política de la República del Ecuador	19
2.3 Código del Trabajo	33
2.4 Reglamento de Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios	48

CAPITULO III	54
3. ANALISIS MANDATO CONSTITUYENTE N° 8	54
3.1 Introducción	54
3.2 Eliminación y Prohibición de la Tercerización e Intermediación Laboral	58
3.3 Prestación de Servicios Complementarios	67
CAPITULO IV	89
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	89
4.1 Conclusiones	89
4.2 Recomendaciones	82
REFERENCIAS	93
ANEXOS	96

INTRODUCCION

El 30 de Abril de 2008 la Asamblea Constituyente aprueba el Mandato Constituyente N° 8 con el cual elimina y prohíbe la tercerización laboral, la contratación laboral por horas y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo; exceptuando determinadas actividades productivas tales como la vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza a las cuales se las denominara servicios complementarios.

Con la presente reforma, las empresas usuarias de servicios tercerizado asumirán las relaciones laborales directamente generándose un vínculo laboral entre los trabajadores de las empresas tercerizadoras y la usuaria; rompiendo con ello con una figura aceptada y utilizada a nivel mundial.

Las empresas tercerizadoras registradas en el año 2007 en el Ministerio de Trabajo y empleo fueron 500 a nivel nacional número que confrontado al que se registró de compañías tercerizadoras que operaban sin permiso de funcionamiento 4654 genero gran preocupación social sobre el manejo del sistema de tercerización en el Ecuador. (Semana En Marcha 2007 Pagina 1)

Varias irregularidades se observó en el proceso por parte de todos los intervinientes ya sean estas autoridades de control, empleadores y empresas tercerizadoras. Lo que proyecto que el gran conglomerado de trabajadores tercerizados que ascendía a 800.000 sean violentados en sus derechos y garantías laborales. (Carlos Alfredo Uquillas, 2007 pagina 4)

Incluyendo a este análisis la forma en la que fue eliminada la tercerización por parte de una Asamblea Constituyente que legislo desde Montecristi mediante mandatos constituyentes los cuales terminaron siendo ratificados por el Tribunal Constitucional pero dejando grandes inquietudes en la población ecuatoriana sobre su legitimidad surge una gran controversia entre los defensores de la eliminación del sistema de tercerización y quienes apoyan

este sistema lo que nos permite realizar un extenso análisis jurídico sobre la conveniencia o no de la eliminación del sistema de tercerización en el Ecuador y los principales factores que desencadenaron su eliminación, para con ello culminar con un análisis sobre el impacto jurídico, económico y social que provocó esta medida.

CAPITULO I

1. DEFINICION CONCEPTOS BASICOS

1.1 Reseña Histórica de la Tercerización en el Ecuador.-

Los orígenes de la tercerización en el Ecuador se remontan a los años 1938 cuando se expidió el primer Código de Trabajo en la Asamblea Nacional Constituyente; posterior a la entrega del proyecto por parte del 4to Congreso Obrero en la ciudad de Ambato; dicho Código del Trabajo ya contempla las bases de lo que posteriormente lo denominaríamos tercerización.

“Código del Trabajo Art. 100.- Utilidades para los trabajadores de contratistas.- Los trabajadores que presten sus servicios a ordenes de contratistas, incluyendo a aquellos que desempeñen labores discontinuas, participaran en las utilidades de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio.” (CODIFICACION DEL CODIGO DEL TRABAJO. 2005. Página 25-26)

Así entonces podemos observar con claridad que desde el primer Código del Trabajo que estuvo en vigencia en el Ecuador se incorpora la posibilidad de que una tercera persona realice un trabajo a favor de un usuario el cual no posee responsabilidad patronal sobre este trabajador.

En 1970 el jurista Jorge Vázquez López doctrinariamente en su obra “DERECHO LABORAL ECUATORIANO: DERECHO INDIVIDUAL” realiza una reseña histórica sobre el origen de la tercerización y su funcionamiento como sistema en nuestro país.

“Este sistema fue introducido como tal en nuestro país, en la década de los años setenta por empresas multinacionales, con amplia experiencia en otras naciones, para dotar servicios nuevos en el medio, como los de

guardianía privada, la de trabajadores ocasionales y temporarios, con una fácil movilidad laboral. En los inicios de la época petrolera ecuatoriana, es en esas épocas, cuando el señor general Guillermo Rodríguez Lara, presidente o jefe supremo del gobierno de facto, mediante Decreto 1416, publicado en el registro oficial N° 468 de 28 de diciembre de 1973, ante la obligación laboral que tienen las empresas de brindar el servicio de comisariato dispuso Art. 1 refórmese el numeral 6 del artículo 41 del Código del Trabajo, en la siguiente forma, donde dice veinticinco o mas trabajadores deberá decir 10 o mas trabajadores. La empresa cumplirá esta obligación directamente, mediante el establecimiento de sus propias guarderías o mediante la contratación de este servicio conjuntamente con otras empresas o terceros” (VASQUEZ LOPEZ, Jorge, 2004, p.p. 149, 150)

Es este el inicio de la tercerización como figura jurídica en el Ecuador el cual posteriormente será regulado por su propia ley “LEY REFORMATIVA AL CODIGO DEL TRABAJO, MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION LABORAL Y LA DE TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS” La cual fue expedida por el Congreso Nacional el 30 de Mayo de 2006 misma que reformo el Código de Trabajo incluyendo un Capitulo completo que versaba sobre la materia mencionada, Sistema que en el Ecuador se mantuvo vigente por un periodo no mayor a un año con nueve meses, para ser eliminada por el Mandato Constituyente N° 8 el 30 de Abril de 2008.

1.2 Definición de Tercerización.-

Para definir a la tercerización debemos entender el origen del término el cual no es castizo sino que proviene de la palabra anglosajona OUTSORCING, término que a su vez no es propio del derecho sino del área administrativa. Galo Chiriboga Ministro del Trabajo en la Presidencia de Alfredo Palacios en el V congreso internacional de costos México menciona lo siguiente:

“Se dice que se deriva del inglés "outsourcing". Este vocablo inglés designaría a aquella herramienta empresarial estratégica que, partiendo del principio de que una empresa no puede ser realmente productiva en todas sus actividades, permite traspasar ciertas actividades hacia especialistas contratados por esta "con miras a que tales proveedores mejoren los resultados, tanto en la calidad como en el costo de los que, actualmente, tiene la empresa que los contrata

La tercerización genéricamente sería entonces, desde esta lógica: "una adquisición sistemática, total o parcial, y mediante proveedores externos, de ciertos bienes, o servicios, necesarios para el funcionamiento de una empresa.

Siempre que hayan sido previamente producidos por la propia empresa, o ésta se halle en condiciones de hacerlo y se trate de bienes o servicios vinculados a su actividad". (Marco Navas Alvear, 2008, 1-2)

TERCERIZACION PROPIA DEFINICION.-

Definiré brevemente a la tercerización como una adquisición sistemática, parcial de ciertos bienes o servicios a un tercero que cuenten con una infraestructura financiera, económica, técnica y materiales adecuados para efectuar procesos productivos complementarios al giro normal del negocio y que asuman estos procesos bajo su propia responsabilidad sin existir relación laboral entre la usuaria y el trabajador.

TERCERIZACION DEFINICION LEGAL.-

La Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la Cual se Regula la Actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios. En su Artículo 2 Definiciones.- Tercerización de Servicios Complementarios.- definía a la tercerización como:

“Se denomina tercerización de servicios complementarios, aquella que realiza una persona jurídica constituida de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa. La relación laboral operará exclusivamente entre la empresa tercerizadora de servicios complementarios y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución Política de la República y la ley.

Constituyen actividades complementarias de la usuaria las de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y otras actividades de apoyo que tengan aquel carácter.” **(LEY REFORMATORIA AL CODIGO DEL TRABAJO, MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION LABORAL Y LA DE TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, 2006 pagina 1)**

1.3 Definición Intermediación Laboral.-

El Decreto 3115 del 30 de diciembre de 1997, que sustituyó el Decreto 2676 de 1971, define la Intermediación Laboral y las Agencias de Colocación o Empleo, en Colombia como:

“Es la actividad organizada encaminada en poner en contacto a oferentes y demandantes de mano de obra dentro del mercado laboral para que mutuamente satisfagan sus necesidades, entendiéndose como oferentes de mano de obra las personas naturales que están en disposición de ofrecer su fuerza de trabajo en el Mercado Laboral y, como demanda de mano de obra, el requerimiento de las diferentes unidades económicas para que sus vacantes sean ocupadas por personas calificadas para el desempeño de las mismas”.

En un concepto propio mencionare a la intermediación laboral como aquella figura que tiene como finalidad exclusiva la prestación de servicios por parte de

una tercera empresa. Por ello participan de la intermediación laboral tres partes: La empresa colocadora del personal, la empresa usuaria y a los trabajadores mediante los cuales se brinda el servicio de intermediación laboral.

Es así que sólo se otorga la fuerza de trabajo, es decir al personal capacitado y calificado para el desarrollo de la actividad; y sólo podrá prestarse por personas naturales o jurídicas que se encuentren legalmente facultadas para ello.

DEFINICION LEGAL DE INTERMEDIACION LABORAL.-

La Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la Cual se Regula la Actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios. En su Artículo 2 Definiciones.- Intermediación Laboral.- la define como:

“Se denomina intermediación laboral aquella actividad consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, natural o jurídica, llamada usuaria, que determina sus tareas y supervisa su ejecución.” **(LEY REFORMATORIA AL CODIGO DEL TRABAJO, MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION LABORAL Y LA DE TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, 2006 pagina 1)**

1.4 Diferencias entre tercerización e Intermediación.-

Para esclarecer la diferencia entre estas dos instituciones jurídicas debemos citar al doctrinario ecuatoriano Doctor Iván Nolivos en su obra “Tercerización no es Intermediación Laboral” quien menciona

“Es necesario aclarar, que en nuestro país, la intermediación laboral tiende a ser confusa con la tercerización de servicios (...) la primera

(intermediación) tiene que ver con la relación laboral, con la noción de contrato de trabajo y con la solidaridad de obligaciones patronales. Es aplicable en labores habituales; y la segunda (tercerización) es una herramienta profesional de apoyo externo en virtud de la que una empresa contrata con otra especializada la gestión de uno o mas sectores de su industria o negocio que no constituyan su actividad principal o habitual.” (Nolivos, Iván, 2006, página 6)

Teniendo una visión panorámica del funcionamiento de estas dos instituciones según lo que determinaron los cuerpos legales y la doctrina podemos realizar las diferencias fundamentales entre intermediación y tercerización enfocándonos en como estas marcadas diferencias afectaron a las partes intervinientes especialmente a los trabajadores y el por qué de la eliminación de estos sistemas.

- **PARTES INTERVINIENTES EN EL CONTRATO Y TIPOS DE CONTRATO.-**

Con relación a las partes que intervienen dentro del contrato podemos distinguir que existen grandes diferencias entre la tercerización y la intermediación.

En la tercerización existen únicamente dos partes intervinientes el contratante y el contratista. La parte contratante denominada usuaria y la contratista la prestadora del servicio, la que con su personal brinda el servicio objeto del contrato.

Mientras que en la intermediación se forma un triangulo entre la empresa usuaria, la empresa prestadora del servicio y el trabajador este contrato es mercantil.

Tabla 1.

	INTERMEDIACION LABORAL	TERCERIZACION
PARTES	Relación triangular entre la empresa usuaria, la empresa de servicios y el trabajador.	Relación entre la empresa contratante y la contratista.

- **ACTIVIDADES.-**

Se los pueden diferenciar por el tipo de actividad al que se enfoca cada institución, en la intermediación la empresa prestadora del servicio se hace cargo de un proceso específico dentro de la empresa usuaria la cual está limitada por lo que la ley determinó en el Mandato Constituyente N° 8 en su Art. N° 3 “Vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza” siendo estas calificadas como procesos ajenos a la actividad productiva propia de la usuaria. Mientras que en la tercerización las actividades objeto de contrato eran aquellas especializadas, complementarias o temporales.

Tabla 2.

	INTERMEDIACION LABORAL	TERCERIZACION
ACTIVIDAD	La empresa de servicios vincula personal a la usuaria para labores complementarias, temporales o especializadas.	La empresa contratista se hace cargo de una fase del proceso productivo y cuenta con una organización empresarial propia

- **SUBORDINACION.-**

La subordinación del trabajador hacia el empleador es otra de las diferencias que podemos encontrar entre la intermediación y la tercerización; en el sistema

de intermediación la subordinación es compartida entre la empresa usuaria y el empleador ya que el trabajador al prestar sus servicios dentro de las instalaciones de la usuaria obedece las disposiciones que la usuaria emite dentro de los parámetros que su empleador designa. Es decir en la actividad de intermediación de la seguridad quien impondrá horarios, políticas de remuneración, jornadas de descanso, uniformes, etc. Será el prestador del servicio mientras que el trabajador deberá subordinarse a la empresa usuaria en lo que corresponde a actividades cotidianas en su lugar de trabajo.

Mientras que en la tercerización la subordinación es exclusiva del empleador siendo este quien regule todos los aspectos disciplinarios y el ejercicio cotidiano de las actividades del trabajador sin mantener el trabajador subordinación alguna con la usuaria.

Tabla 3.

	INTERMEDIACION LABORAL	TERCERIZACION
SUBORDINACION	La empresa de servicios cede parte de su poder de dirección (dirección y fiscalización) a la usuaria, mientras que mantiene el poder disciplinario.	El poder de dirección lo ejerce íntegramente la contratista.

- **LUGAR DE PRESTACION DE SERVICIOS.-**

Otra diferencia entre intermediación y tercerización es el lugar en el cual el trabajador brinda sus servicios, en la intermediación el lugar de prestación de servicios puede ser dentro de las instalaciones físicas de la usuaria o en el establecimiento de la intermediadora mientras que para los trabajadores

tercerizados el servicio se lo presta única y exclusivamente en las instalaciones físicas de la usuaria.

- **BENEFICIOS LABORALES ADICIONALES QUE LOS TRABAJADORES INTERMEDIADOS Y TERCERIZADOS GOZAN.-**

La ley reformativa al código del trabajo, mediante la cual se regulo la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios determina claramente que los trabajadores intermediados podrán hacer uso de todos los beneficios que la empresa usuaria posea para sus empleados en relación laboral directa tales como guardería, comedores, servicio de transporte y demás servicios. Estos beneficios no aplican para los trabajadores tercerizados.

- **RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.-**

La responsabilidad solidaria o responsabilidad compartida es otro punto fundamental en el cual existe diferencias entre la intermediación y la tercerización ya que dentro de la figura de la intermediación el trabajador puede interponer una acción tanto en contra de la empresa usuaria como en contra de la prestadora del servicio o a su vez interponerla a las dos a su vez figura legal que garantiza el cumplimiento de las obligaciones hacia el empleado y genera que la empresa usuaria sea un ente de control mas para el cumplimiento de las obligaciones patronales hacia el trabajador.

Mientras que en el caso de los trabajadores tercerizados al ser contratados y brindar servicios únicamente hacia la empresa prestadora del servicio de tercerización es a este al único al que podrá realizar su reclamo judicial en caso de existirlo.

- **UTILIDADES.-**

La última de las diferencias y en mi criterio una de las mayores causas de reclamo y que generaron mayor desigualdad entre trabajadores tercerizados e intermediados es la distribución de utilidades.

La legislación ecuatoriana determina que todo trabajador deberá recibir utilidades de la empresa a la cual brindo sus servicios correspondientes al periodo fiscal inmediato anterior al año que decurre; valores correspondientes al 15% de la utilidad bruta reportada en dicho periodo los que a su vez se desglosan en 10% para los trabajadores y un 5% que se distribuye entre las cargas familiares de cada uno de los trabajadores.

“Art. 97.- Participación de trabajadores en utilidades de la empresa.- El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento (15%) de las utilidades líquidas. Este porcentaje se distribuirá así: El diez por ciento (10%) se dividirá para los trabajadores de la empresa, sin consideración a las remuneraciones recibidas por cada uno de ellos durante el año correspondiente al reparto y será entregado directamente al trabajador. El cinco por ciento (5%) restante será entregado directamente a los trabajadores de la empresa, en proporción a sus cargas familiares, entendiéndose por éstas al cónyuge o conviviente en unión de hecho, los hijos menores de dieciocho años y los hijos minusválidos de cualquier edad.

El reparto se hará por intermedio de la asociación mayoritaria de trabajadores de la empresa y en proporción al número de estas cargas familiares, debidamente acreditadas por el trabajador ante el empleador. De no existir ninguna asociación, la entrega será directa.

Quienes no hubieren trabajado durante el año completo, recibirán por tales participaciones la parte proporcional al tiempo de servicios.

En las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.

Ante este derecho de los trabajadores el Código del trabajo determina que los trabajadores intermediados gozaran del pago de utilidades de las empresas en las que brindaron sus servicios, lo que no ocurrió con los trabajadores tercerizados ya que estos únicamente percibían utilidades de la empresa a la que prestaron sus servicios es decir la empresa prestadora de servicios tercerizados.” (CODIFICACION DEL CODIGO DEL TRABAJO, 2005, pagina 24-25)

1.5 Definición de Contrato por Horas.-

El Código de Trabajo en su Artículo N° 17 en su parte relativa a la definición del contrato por horas determina:

“Son contratos por hora aquellos en que las partes convienen el valor de la remuneración total por cada hora de trabajo. Este contrato podrá celebrarse para cualquier clase de actividad. Cualquiera de las partes podrá libremente dar por terminado el contrato.

El contrato de trabajo por horas no podrá coexistir con otro contrato de trabajo con el mismo empleador, sin perjuicio de lo cual el trabajador si podrá celebrar con otro u otros empleadores, contratos de trabajo de la misma modalidad.

El valor mínimo a pagarse por cada hora de trabajo durante el año 2000, será el 0.50 dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, se entenderá que con su pago, quedan cancelados todos los beneficios económicos legales que conforman el

ingreso total de los trabajadores en general, incluyendo aquellos que se pagan con periodicidad distinta de la mensual.

Desde el año 2001 en adelante el valor del incremento de esta remuneración se hará en el mismo porcentaje que el CONADES establezca anualmente para el salario básico unificado.

Los trabajadores contratados por hora serán obligatoriamente afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el que expedirá la resolución para regular el cálculo de las aportaciones patronales y determinar los requisitos para el goce de las prestaciones del Seguro Social Obligatorio. El empleador no estará obligado a pagar el fondo de reserva ni a hacer aporte sobre las remuneraciones de los trabajadores a favor del Servicio Ecuatoriano de Capacitación Profesional -SECAP- y el Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas -IECE-. El pago de las aportaciones de estos trabajadores se hará por planillas separadas.

El empleador que mantuviere contratos de trabajo bajo otras modalidades previstas en la ley, no podrá trasladarlos a la modalidad de pago por horas.

El empleador que mantuviere contrato de trabajo bajo otras modalidades previstas en la ley, no podrá convertirlas a contratación por hora.”
(CODIFICACION DEL CODIGO DEL TRABAJO, 2005, pagina 4-5)

Las características de estos contratos son las siguientes:

- Deben celebrarse obligatoriamente por escrito
- Deben registrarse con el Inspector del Trabajo
- En cualquier momento cualquiera de las partes puede dar por terminada la relación laboral
- No puede coexistir con otro contrato de trabajo con el mismo empleador

- El trabajador podrá celebrar otro u otros contratos por hora con otros empleadores.

1.6 Definición Precarización Laboral.-

Dentro de este capítulo se ha incluido la definición de precarización laboral ya que es un término muy utilizado por parte de los detractores de la tercerización e intermediación término que se lo emplea sin antes haber hecho un estudio pormenorizado de los beneficios y consecuencias de dichas instituciones.

La precarización laboral se refiere a la aparición y creciente generalización de formas de trabajo que suponen mayores niveles de inestabilidad, incertidumbre e inseguridad laboral, en la medida en que vienen a sustituir al “empleo tradicional” caracterizado por jornadas laborales completas, estabilidad en el puesto de trabajo y mecanismos de negociación salarial centralizados. En este sentido, la precarización del trabajo se asocia a la generalización de prácticas laborales y formas de empleo antes atípicas, tales como: el empleo temporal, a tiempo parcial, el trabajo por cuenta propia y la tercerización.

Esta aseveración sostenida por parte de los detractores de estas nuevas formas de empleo se contraponen con la visión fundamentalmente de los sectores productivos quienes sostienen que estas nuevas formas de contratación permiten dinamizar los mercados laborales, incrementar los puestos de trabajo e incrementar el rendimiento económico de las empresas que revertirán en mejoras a los propios trabajadores.

1.7 Definición Responsabilidad Solidaria.-

La solidaridad en el contexto legal versa sobre la responsabilidad compartida que recae sobre las partes intervinientes en una obligación de responder como una misma persona siendo una de estas partes quien genero la obligación.

En lo que respecta a nuestro estudio un ejemplo claro sobre responsabilidad solidaria es lo que define el Art. 4 del Mandato Constituyente N° 8

“En los contratos a los que se refiere el artículo anterior, la relación laboral operara entre los prestadores de actividades complementarias y el personal por esta contratado en los términos de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio” (MANDATO CONSTITUYENTE N°8, 2008, PAG 1)

Por el cual define que operara la responsabilidad solidaria entre la empresa prestadora de servicios complementarios y la usuaria del servicio con respecto al personal que presta el servicio en favor de la usuaria pero pertenece a la administración y control de la empresa prestadora de servicios complementarios. Así entonces un trabajador podrá demandar solidariamente por sus derechos laborables a la empresa prestadora de servicios complementarios y a su vez a la usuaria del servicio.

El asambleísta Andrés Páez en su obra “Intermediación Laboral, Tercerización de servicios y Colocación de Personal” menciona que:

“En la intermediación Laboral, la usuaria si tiene esta responsabilidad puesto que se beneficia de los servicios de los trabajadores intermediados y tiene a su cargo la determinación del trabajo a desarrollarse y su supervisión, lo cual implica una parte del elemento de subordinación. En consecuencia, si la intermediaria no cumple con sus obligaciones, estas serán asumidas por la usuaria por efecto de dicha responsabilidad. En la tercerización, no tiene esta responsabilidad la empresa que contrata con la tercerizadora puesto que los trabajadores son contratados por la tercerizadora y laboran al servicio de esta y no de la empresa contratante de los servicios de tercerización.” (Andrés Páez, 2006, página 45)

Se debe determinar que si bien la empresa usuaria en la intermediación es responsable solidariamente con la prestadora del servicio esta conserva su derecho de repetición hacia la prestadora del servicio por su omisión o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones patronales pudiendo solicitar en una acción civil la restitución de todos los valores cancelados al trabajador mas las costas procesales a la empresa usuaria.

1.8 Definición Responsabilidad Subsidiaria.-

La responsabilidad Subsidiaria no es objeto de nuestro estudio ya que no interviene como un factor determinante dentro de la eliminación de la tercerización, pero lo analizaremos para diferenciar entre estos dos tipos de responsabilidades que si bien dialécticamente son parecidas en su acepción son totalmente distintas.

Responsabilidad Subsidiaria es la responsabilidad que recae sobre una tercera persona de cumplir la obligación cuando el principal la ha incumplido, por lo que el responsable subsidiario actuara únicamente si el responsable principal causante de la obligación ha incumplido y es en esto precisamente que existe la principal diferencia entre responsabilidad solidaria y subsidiaria mientras en la primera se puede solicitar el cumplimiento de la obligación a las dos partes en la segunda únicamente se puede solicitar el cumplimiento a la tercera si la segunda ha incumplido.

CAPITULO II

2. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE TERCERIZACION E INTERMEDIACION EN EL ECUADOR

2.1 Análisis del Sistema de Tercerización e Intermediación.-

MARCO LEGAL EN EL QUE SE DESARROLLO LA TERCERIZACION E INTERMEDIACION.-

Para determinar con exactitud cuál fue el marco legal por el cual estuvo regulada la tercerización y la intermediación laboral usaremos como un símil a la pirámide de HANS KELSEN para colocar en orden jerárquico a dicha normativa por lo que encontraremos:

1. Convenios Internacionales
2. Constitución Política de la Republica del Ecuador (2008)
3. Código del Trabajo en el cual se incluyo a la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la cual se regula la actividad de Intermediación Laboral y la de tercerización de Servicios Complementarios reforma dada el 30 de mayo de 2006
4. Reglamento de Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios.

Además de existir una amplia legislación que regule a la intermediación y a la tercerización existen también organismos de control estatales encargados del control del cumplimiento de los lineamientos que la legislación impone como son Ministerio del Trabajo e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social principalmente.

Determinado con exactitud la abundante legislación que regulaba a la tercerización e intermediación así como los organismos de control por parte del

estado encargados del control y cumplimiento de dicha normativa pasaremos a determinar exactamente como se desarrolló la tercerización e intermediación en el Ecuador cuales fueron las causas y los efectos de su eliminación, que abusos se cometieron y por parte de que actores se provocaron, determinaremos la falta de control por parte de las autoridades encargadas de hacerlo logrando con ello esclarecer el por que de la falla de un sistema que en una gran cantidad de países ha funcionado y se ha convertido en una herramienta mas de la economía para dinamizarla, expandirla y generar beneficios económicos para todos los actores de la economía.

2.2 Constitución Política de la República del Ecuador.-

Constitucionalmente existen tres artículos que inciden con la intermediación y tercerización los mismos que son el Artículo 31, el Artículo 35 y por ultimo el Artículo 36 los mismos que los analizaremos detalladamente:

“Art. 31.- El Estado estimulará la propiedad y la gestión de los trabajadores en las empresas, por medio de la transferencia de acciones o participaciones a favor de aquellos. El porcentaje de utilidad de las empresas que corresponda a los trabajadores, será pagado en dinero o en acciones o participaciones, de conformidad con la ley. Ésta establecerá los resguardos necesarios para que las utilidades beneficien permanentemente al trabajador y a su familia.” (CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 1998, PAG 18)

Dentro del análisis de este artículo debemos realizar una diferenciación entre la figura de intermediación y la de tercerización y es justamente en las diferencias en donde radica la desigualdad que la ley otorga al trabajador tercerizado en comparación al trabajador intermediado.

El trabajador intermediado configura una relación triangular entre la empresa que lo contrata directamente (empresa prestadora del servicio) y la usuaria

configurando entre estas tres una relación obrero patronal en la que para fines prácticos ambas empresas están obligadas al cumplimiento de las obligaciones patronales.

Entendido esta relación podemos entender de mejor manera que la empresa usuaria se encuentre obligada al pago de utilidades según lo determina la Constitución en su Artículo 31, en su Artículo 35 numeral 8 y en la propia Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la cual se Regula la Actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios en su disposición general numero DECIMO PRIMERA.

“DECIMA PRIMERA.- En aplicación de las normas y garantías laborales determinadas en el artículo 35 de la Constitución Política de la República, es, y conforme el mandato del artículo 100 del Código del Trabajo, los trabajadores intermediados participarán del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas usuarias, en cuyo provecho se realizó la obra o se prestó el servicio, como parte del proceso de actividad productiva de éstas. El ejercicio de este derecho de los trabajadores intermediados, será reglamentado por el Presidente de la República.

Si las utilidades de la intermediación fueren superiores a las de la usuaria, el trabajador solo percibirá éstas.

En el caso de tercerización de servicios complementarios, el pago de utilidades corresponderá a la empresa tercerizadora.

En las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos, ningún trabajador podrá percibir por concepto de utilidades anuales una suma superior al uno punto cinco veces del PIB por habitante del año inmediato anterior. Los excedentes de las utilidades de estas empresas serán irrepartibles, no podrán destinarse para el pago de indemnizaciones ni incrementos de sueldos y se destinarán exclusivamente a la ejecución de

programas de infraestructura educativa y de salud que demande la población ecuatoriana, en todas las regiones del país, recursos que se canalizarán a través de la Dirección Nacional de Servicios

Educativos (DINSE) y el Fondo de Inversión Social de Emergencia (FISE). Para este fin, dichos excedentes serán depositados en la cuenta que mantiene el Fondo de Solidaridad en el Banco Central del Ecuador, a más tardar dentro de los treinta días siguientes a la fecha de liquidación de utilidades.” (MANDATO CONSTITUYENTE N°8, 2008, PAG 10)

Mientras que el trabajador intermediado goza de utilidades de la empresa usuaria, empresa para quien en efecto brindo su trabajo, el trabajador tercerizado percibirá utilidades únicamente de la empresa prestadora del servicio y no de la empresa para la que efectuó el trabajo; generándose diferencias estipuladas en la propia ley entre tercerizados e intermediados.

En la práctica tanto los trabajadores tercerizados como intermediados brindan servicios para una tercera empresa (usuaria) por lo que por un principio constitucional de igualdad ante la ley deberían beneficiarse del mismo derecho. Esta desigualdad substancial generada por los legisladores son factores importantes para que el sistema de tercerización de servicios complementarios se haya eliminado de nuestro país argumentos que no fueron expuestos por parte de los asambleístas de Montecristi en los considerandos en la emisión del Mandato Constituyente N° 8

“Constitución de la Republica del Ecuador Art. 35.- El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia. Se regirá por las siguientes normas fundamentales:

1. La legislación del trabajo y su aplicación se sujetarán a los principios del derecho social.
2. El Estado propenderá a eliminar la desocupación y la subocupación.
3. El Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, y adoptará las medidas para su ampliación y mejoramiento.
4. Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique su renuncia, disminución o alteración. Las acciones para reclamarlos prescribirán en el tiempo señalado por la ley, contado desde la terminación de la relación laboral.
5. Será válida la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.
6. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.
7. La remuneración del trabajo será inembargable, salvo para el pago de pensiones alimenticias. Todo lo que deba el empleador por razón del trabajo, constituirá crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aun respecto de los hipotecarios.
8. Los trabajadores participarán en las utilidades líquidas de las empresas, de conformidad con la ley.
9. Se garantizará el derecho de organización de trabajadores y empleadores y su libre desenvolvimiento, sin autorización previa y conforme a la ley. Para todos los efectos de las relaciones laborales en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización.

Las relaciones de las instituciones comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4, del Art. 118 y de las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal, con sus servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública, salvo las de los obreros, que se regirán por el derecho del trabajo.

Cuando las instituciones del Estado ejerzan actividades que no puedan delegar al sector privado, ni éste pueda asumir libremente, las relaciones con sus servidores, se regularán por el derecho administrativo, con excepción de las relacionadas con los obreros, que estarán amparadas por el derecho del trabajo.

Para las actividades ejercidas por las instituciones del Estado y que pueden ser asumidas por delegación total o parcial por el sector privado, las relaciones con los trabajadores se regularán por el derecho del trabajo, con excepción de las funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o equivalente, las cuales estarán sujetas al derecho administrativo.

10. Se reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga y el de los empleadores al paro, de conformidad con la ley. Se prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustibles; transportación pública, telecomunicaciones. La ley establecerá las sanciones pertinentes.
11. Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario.
12. Se garantizará especialmente la contratación colectiva; en consecuencia, el pacto colectivo legalmente celebrado no podrá ser modificado, desconocido o menoscabado en forma unilateral.
13. Los conflictos colectivos de trabajo serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje, integrados por los empleadores y trabajadores, presididos por un funcionario del trabajo. Estos tribunales serán los únicos competentes para la calificación, tramitación y resolución de los conflictos.

Para el pago de las indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entenderá como remuneración todo lo que éste perciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que reciba por los trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio.

14. Se exceptuarán el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera, decimocuarta, decimoquinta y decimosexta remuneraciones; la compensación salarial, la bonificación complementaria y el beneficio que representen los servicios de orden social.” (CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 1998, PAGINA 18)

Los principios dictados por la constitución en su Artículo 35 tienen relación directa con la tercerización e intermediación ya que delinea principios básicos del rol que debe cumplir el estado con relación a los actores en el mercado laboral dentro de ellos a los actores de la tercerización e intermediación laboral.

Numeral 2.- En el numeral segundo del Art. 35 de la Constitución se menciona que el Estado propenderá la eliminación de la desocupación y la subocupación; principio que los assembleístas pasaron por alto con la eliminación de la tercerización en el Ecuador ya que dicha medida generó en términos de desempleo un incremento real de junio de 2008 a junio de 2009 de 91,474 trabajadores datos adquiridos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC.

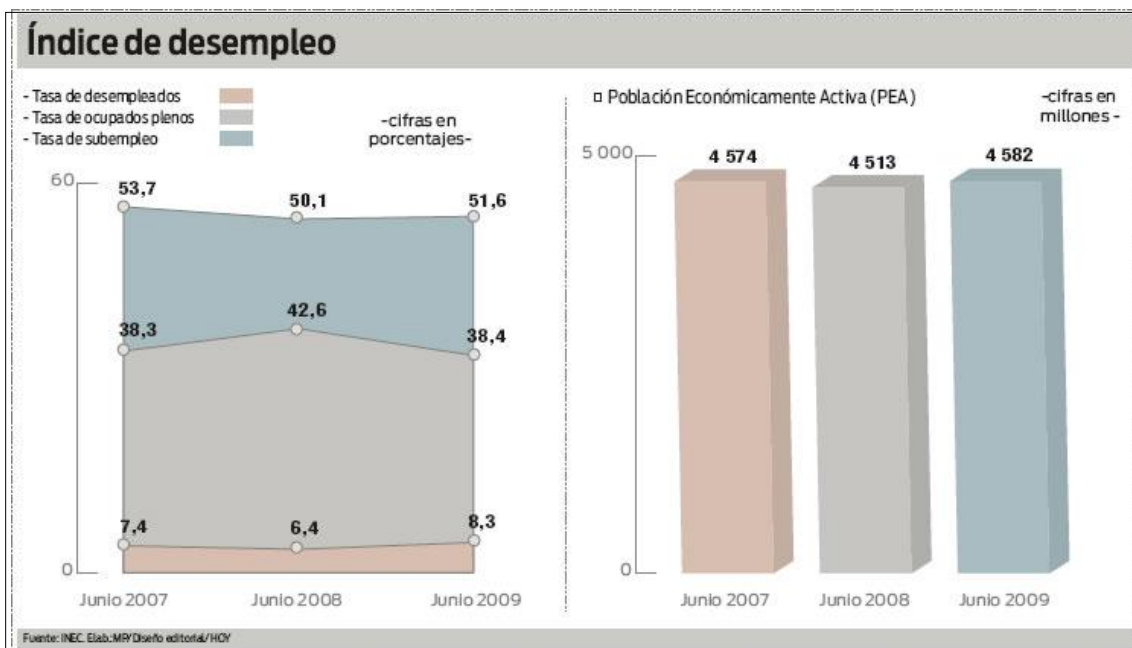


Figura 1: Cuadro del índice de desempleo a nivel nacional en el Ecuador

Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC.

http://www.inec.gob.ec/estadisticas/?option=com_content&view=article&id=92&Itemid=57&TB_iframe=true&height=512&width=1242

El presente análisis es muy decidor debido a que el Mandato Constituyente Numero 8 en su Disposición Transitoria Primera determina que los trabajadores que se encontraban prestando sus servicios laborales para empresas intermediadoras pasaran a prestar sus servicios de manera directa para las empresas usuarias en las que venían prestando sus servicios, gozando de una estabilidad mínima de un año, Regulación que surte efecto desde el 30 de Abril de 2008 por lo que se podía preveer que la medida de eliminación del sistema de tercerización e intermediación tendrá efecto en el mercado laboral a partir de Abril de 2009 siendo justamente en este periodo en donde podemos observar un incremento de 2 puntos en la tasa de desempleo en el Ecuador. Observando con esto que el sistema de tercerización era una medida efectiva para la creación de nuevas plazas de trabajo y dinamización de los mercados laborales en el país y una herramienta adicional para el país para afrontar la crisis laboral.

Este fenómeno se manifestó de distintas formas en las tres principales ciudades del país Guayaquil, Quito y Cuenca observando en este mismo orden el grado de afectación:

Tabla 4.

Cuadro de desempleo en la ciudad de Guayaquil

FECHA	VALOR
31 – DICIEMBRE – 2011	5.92 %
30 – SEPTIEMBRE – 2011	5.73 %
30 – JUNIO – 2011	9.60 %
31 – MARZO – 2011	9.95 %
31 – DICIEMBRE - 2010	7.58 %
30 – SEPTIEMBRE – 2010	10.02 %
30 – JUNIO – 2010	9.04 %
31 – MARZO - 210	12.33 %
31 – DICIEMBRE - 2009	11.68 %
30 – SEPTIEMBRE – 2009	12.98 %
30 – JUNIO – 2009	12.58 %
31 – MARZO – 2009	14.01 %
31 – DICIEMBRE - 2008	9.48 %
30 – SEPTIEMBRE – 2008	8.53 %
30 – JUNIO – 2008	8.65 %
31 – MARZO – 2008	7.90 %
31 – DICIEMBRE - 2007	7.04 %
30 – SEPTIEMBRE – 2007	7.16 %

Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC.

http://www.inec.gob.ec/estadisticas/?option=com_content&view=article&id=92&Itemid=57&TB_iframe=true&height=512&width=1242

En la presente grafica podemos evidenciar que en la ciudad en donde mayor incremento del índice de desempleo fue en Guayaquil la cual se ubico en el 2009 en 12,58 % escalando 4 puntos porcentuales desde el 2008 (8,65%) evidenciando que afecto la medida de eliminación de la tercerización e intermediación en gran medida en esta ciudad.

Tabla 5.
Desempleo en la ciudad de Quito

FECHA	VALOR
31 – DICIEMBRE – 2011	4.31%
30 – SEPTIEMBRE – 2011	4.20%
30 – JUNIO – 2011	3.79%
31 – MARZO – 2011	5.67%
31 – DICIEMBRE - 2010	4.32%
30 – SEPTIEMBRE – 2010	5.77%
30 – JUNIO – 2010	6.65%
31 – MARZO - 210	7.14%
31 – DICIEMBRE - 2009	6.12%
30 – SEPTIEMBRE – 2009	6.09%
30 – JUNIO – 2009	5.23%
31 – MARZO – 2009	7.04%
31 – DICIEMBRE - 2008	5.76%
30 – SEPTIEMBRE – 2008	6.16%
30 – JUNIO – 2008	5.89%
31 – MARZO – 2008	6.40%
31 – DICIEMBRE - 2007	6.06%
30 – SEPTIEMBRE – 2007	7.40%

Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC.

http://www.inec.gob.ec/estadisticas/?option=com_content&view=article&id=92&Itemid=57&TB_iframe=true&height=512&width=1242

En la ciudad de Quito podemos observar que prácticamente no existe variación en el porcentaje de desempleo se mantiene la tendencia entre el 2008 y el 2009 únicamente se registra un ligero incremento entre marzo del 2008 y marzo del 2009 de un punto porcentual.

Tabla 6.

Desempleo en la ciudad de cuenca

FECHA	VALOR
31 – DICIEMBRE – 2011	3.88%
31 – DICIEMBRE - 2011	3.90%
30 – SEPTIEMBRE – 2011	4.13%
30 – JUNIO – 2011	3.61%
31 – MARZO – 2011	4.07%
31 – DICIEMBRE - 2010	2.54%
30 – SEPTIEMBRE – 2010	3.97%
30 – JUNIO – 2010	4.01%
31 – MARZO - 210	3.74%
31 – DICIEMBRE - 2009	4.65%
30 – SEPTIEMBRE – 2009	6.54%
30 – JUNIO – 2009	4.52%
31 – MARZO – 2009	4.90%
31 – DICIEMBRE – 2008	4.37%
30 – SEPTIEMBRE – 2008	5.71%
30 – JUNIO – 2008	4.64%
31 – MARZO – 2008	5.03%
31 – DICIEMBRE - 2007	4.98%
30 – SEPTIEMBRE – 2007	6.16%

Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC.

http://www.inec.gob.ec/estadisticas/?option=com_content&view=article&id=92&Itemid=57&TB_iframe=true&height=512&width=1242

La incidencia de la medida adoptada por la asamblea constituyente causa efectos en la ciudad de Cuenca de manera controlada marcándose en el mes de Septiembre de 2009 un incremento con relacion al mismo mes del año 2008 de casi un punto porcentual.

Numeral 8.-

El numeral N° 8 del artículo analizado versa sobre la participación de todos los trabajadores en la repartición de utilidades que reportaron en el ejercicio fiscal inmediato anterior sus empleadores. Ante este precepto constitucional debemos realizar una separación entre las instituciones de tercerización e intermediación sobre quien recae la obligación del pago mas no sobre el derecho de percibir utilidades ya que tanto trabajadores tercerizados como intermediados gozaban de este derecho

Utilidades para Trabajadores Intermediados.- Los trabajadores que prestaban sus servicios para empresas intermediadoras de servicios gozaban de la repartición de las utilidades directamente sobre la empresa para quien prestaban sus servicios salvo el caso en las que las utilidades declaradas por la empresa usuaria sean menores a la de la intermediadora en dicho caso percibirá las utilidades de esta y no las de la usuaria.

Utilidades para Trabajadores Tercerizados.- En el caso de los trabajadores tercerizados estos únicamente se benefician de las utilidades declaradas por la empresa prestadora del servicio más no de la usuaria.

Numeral 9.-

Las garantías Constitucionales plasmadas en el numeral 9 del Artículo 35 del cuerpo legal sujeto de análisis constituye uno de los puntos medulares en el debate entre los detractores de la tercerización e intermediación y quienes están a favor de este sistema de contratación ya que contempla el derecho de los trabajadores a organizarse libremente. Este principio constitucional abre la puerta a toda una rama del derecho laboral que es el derecho colectivo el cual a su vez se encuentra normado en los títulos II y V del Código del Trabajo “TITULO II DEL CONTRATO COLECTIVO DEL TRABAJO” y “TITULO V DE LA ASOCIACIONES DE TRABAJADORES Y DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS”.

Los trabajadores intermediados pero especialmente los tercerizados brindan sus servicios en las instalaciones físicas de la usuaria generando con esto que no posean contacto físico entre la totalidad de los trabajadores que prestan sus servicios para la usuaria imposibilitando con esto la existencia de un organismo sindical y con ello la celebración de un contrato colectivo. La libertad de organizarse en sindicatos por parte de los trabajadores tiene su sustento legal en el Art 440 Libertad de Asociación del Código del Trabajo, este artículo manifiesta claramente que todo trabajador tiene la potestad de afiliarse o asociarse a un sindicato o a una asociación profesional sin existir limitante alguno para no hacerlo mucho menos una declaración expresa por la que los trabajadores tercerizados o intermediados no puedan hacerlo.

“Art. 440.- Libertad de Asociación.- Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, de afiliarse a ellos o de retirarse de los mismos, con observancia de la ley y de los estatutos de las respectivas asociaciones.

Las asociaciones profesionales o sindicatos tienen derecho de constituirse en federaciones, confederaciones o cualesquiera otras agrupaciones sindicales, así como afiliarse o retirarse de las mismas o de las organizaciones internacionales de trabajadores o de empleadores.

Todo trabajador mayor de catorce años puede pertenecer a una asociación profesional o a un sindicato.

Las organizaciones de trabajadores no podrán ser suspendidas o disueltas, sino mediante procedimiento oral establecido en este Código. Si la suspensión o disolución fuere propuesta por los trabajadores éstos deberán acreditar su personería.

Cuando un empleador o empresa tuviere varias agencias o sucursales en diferentes provincias, los trabajadores en cada una de ellas pueden constituir sindicato o asociación profesional. Los requisitos de número y los demás que exija la ley se establecerán en relación con cada una de

tales agencias o sucursales.” (CODIGO DEL TRABAJO, 2005, PAGINA 184)

Analizada la referencia legal en efecto podemos determinar que los trabajadores intermediados y tercerizados también gozarían de este derecho universal de libertad de asociación ya que no existe limitante alguna al contrario el artículo es muy claro en determinar que todo trabajador es libre de asociarse; garantizando la norma esta libertad y sin existir norma expresa que determine que los trabajadores tercerizados e intermediados no pueden asociarse debemos analizar la concepción de las figuras legales antes citadas siendo aquí en donde encontramos el motivo por el cual este derecho en la práctica fue excluyente para este grupo de trabajadores ya que como mencionamos en párrafos anteriores los trabajadores por brindar sus servicios en distintas instalaciones se limita el contacto entre trabajadores destruyéndose con esto la posibilidad de organizarse para la constitución de organismos sindicales y por lo tanto la no existencia de contratos colectivos o el derecho a huelga.

Numeral 10.-

El numeral diez del artículo analizado determina el derecho de los trabajadores a la huelga y el de los empleadores al paro, sobre el derecho de los empleadores no realizaremos un análisis debido a que no se ven afectados los empleadores de las tercerizadoras e intermediadoras, estos conservan intactos su derecho según las regulaciones del Código del Trabajo.

Los trabajadores en base al análisis realizado en el numeral anterior por no poder asociarse no les ampara un contrato colectivo por lo que tampoco podían declararse en huelga ya que el Artículo 474 Derecho a Huelga del Código del Trabajo determina exactamente que los trabajadores podrán declararse en huelga únicamente si se encuentran coligados. Esta limitante nuevamente no es expresa en un cuerpo legal sino que se origina en la concepción del sistema de tercerización e intermediación.

Numeral 11.-

Al analizar el numeral 11 que versa sobre la responsabilidad solidaria podemos observar que la Carta Suprema dentro de sus principios ya reconoce a la figura de Tercerización e intermediación laboral al reconocer que intermediarios o terceras personas podrán ejecutar trabajos para una usuaria. En este numeral se implanta como principio constitucional a la responsabilidad solidaria existente entre la usuaria y la prestadora de un servicio con respecto al trabajador que realice la obra sin excepción alguna, omisión que podemos observar en la ley que regula a la intermediación y tercerización ya que en el artículo que versa sobre la Responsabilidad Solidaria dentro de este cuerpo legal únicamente se refiere a la responsabilidad solidaria existente entre las empresas intermediadoras y la usuaria de dichos servicios sin mencionar a las empresas tercerizadoras entendiéndose según la ley que las usuarias de los servicios de tercerización no son responsables solidarios sobre estos trabajadores.

Numeral 12.-

La constitución reconoce la celebración de contratos colectivos entre las organizaciones sindicales o comités de empresas y los empleadores esta celebración de contratos colectivos consagrados en la carta magna se encuentra regulado a su vez en el Código del Trabajo en su Artículo N° 220 pero como ya lo analizamos con anterioridad la falta de agremiación por parte de los trabajadores tercerizados e intermediados por las causas vistas con anterioridad no permite que exista un contrato colectivo que los ampare marcándose en la práctica la eliminación de este derecho fundamental para este grupo de trabajadores.

“Código del Trabajo Art. 220.- Contrato colectivo.- Contrato o pacto colectivo es el convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o

bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto.” (CODIGO DEL TRABAJO, 2005, PAGINA 100)

2.3 Código del Trabajo.-

La Ley Reformatoria al Código de Trabajo, Mediante la cual se Regula a la Actividad de Intermediación laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios introduce por primera vez a nuestro ordenamiento jurídico un marco por el cual se normativiza a los actores del sistema de tercerización sean estos: Empresas tercerizadoras, empresas usuarias, trabajadores tercerizados y organismos de control.

Este marco legal asigna obligaciones, deberes, derechos, garantías y obligaciones a los actores de este sistema los mismos que describiremos a continuación:

EMPRESAS TERCERIZADORAS E INTERMEDIADORAS.-

Autorización.-

Todas las empresas tercerizadoras e intermediadoras de servicios complementarios para iniciar con su funcionamiento debían obtener autorización por parte del Ministerio de Trabajo y Empleo, Ministerio que registraba dichas autorizaciones a través de la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos.

Dicha autorización extendida por el Ministerio del Trabajo y Empleo no excluía del control que ejercía la Superintendencia de Compañías. Siendo así las empresas tercerizadoras objeto de mayor control por parte de los organismos encargados de ello que sus similares.

La duración de la autorización emitida por parte del Ministerio de Trabajo y Empleo era de un año en su primera emisión, de cinco años en su segunda y en su tercera emisión se volvía por tiempo indefinido.

Objeto Social.-

Las empresas tercerizadoras e intermediadoras debían tener un objeto social único y exclusivo, el cual únicamente les permitía realizar la actividad de tercerización o intermediación según su objeto social, esta limitante que el Código del Trabajo imponía; permitía ejercer por parte de las autoridades de control sean estos Ministerio de Trabajo, Superintendencia de Compañías, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y Servicio de Renta Internas un estricto control sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales, societarias y demás por parte de las tercerizadoras e intermediadoras para justamente evitar con ello que se generen irregularidades por parte de todos los actores de este sistema de contratación como las que efectivamente ocurrieron.

Celebración de Contratos.-

Se debe diferenciar en la celebración de contratos entre la normativa que aplico para empresas tercerizadoras e intermediadoras ya que para las empresas intermediadoras únicamente se debía celebrar un contrato de intermediación entre la empresa usuaria del servicio y la prestadora del servicio, en dicho contrato se debía dejar claramente expreso la actividad del proceso productivo que se tercerizará; mientras que para las empresas prestadoras de servicios complementarios los contratos a celebrarse son dos el primero que hace referencia a la relación entre empresa usuaria y la prestadora del servicio y el segundo entre la prestadora del servicio y el trabajador a quien se debe la subordinación entre trabajador y empleador.

Para las empresas prestadoras de servicios complementarios se puede decir que operaba un contrato comercial de prestación de servicios y un segundo

contrato por el cual se regula la relación laboral entre el trabajador que trabajara para la usuaria y la prestadora del servicio.

Así entonces los dos contratos se encontraban vinculados ya que podríamos decir que el contrato laboral es accesorio al contrato mercantil ya que si el primer contrato culminara lo mismo le pasaría al segundo, salvo que las partes acordaran vigencias distintas a las mencionadas en tal caso los contratos laborales se debían sujetar a las regulaciones del Código del Trabajo

La vigencia de los contratos para las empresas tercerizadoras así como para las prestadoras de servicios complementarios no se encontraba regulado por la Ley de Tercerización ya que se entiende que este es un contrato mercantil regido por el acuerdo entre partes.

Actividades sujetas a Tercerización e Intermediación de Servicios Complementarios.-

La norma no es taxativa sobre las actividades susceptibles de ser intermediadas, al contrario menciona que todas las actividades productivas de la empresa usuaria podrán ser intermediadas.

Se restringe a las empresas usuarias el porcentaje de trabajadores a ser contratados mediante esta modalidad a un máximo del 50% del número total de trabajadores en nómina; La empresa usuaria debía incluir dentro del calculo del 50% del total de sus trabajadores a los empleados que poseían celebrados contratos eventuales, ocasionales, de temporada y por horas.

Las empresas tercerizadoras e intermediadoras de servicios complementarios no podían reemplazar a sus trabajadores que gozaban de contratos a tiempo indefinido, efectúen labores de naturaleza estable o sean considerados personal de confianza según lo define el Artículo 36 del Código del Trabajo por personal tercerizado

La ley de Tercerización e Intermediación de Servicios Complementarios prohíbe taxativamente a las empresas usuarias a tercerizar personal en los siguientes casos:

- a) Para sustituir a trabajadores en huelga, declarada conforme a los artículos 497 y 505 del Código del Trabajo
- b) Para la realización de trabajos que, por su especial peligrosidad para la salud y seguridad, requieran de destrezas y capacitación especiales, cuando en la usuaria no exista el reglamento de higiene y seguridad aprobado por la dependencia correspondiente del Ministerio de Trabajo y Empleo
- c) Para contratar como intermediado a quien se encuentre en actual relación de dependencia, prestando servicios como trabajador estable y permanente, si para contratarlo como intermediado, éste fuere desvinculado por cualquier medio
- d) Para rotar trabajadores entre compañías intermediarias que presten servicios de intermediación laboral a una usuaria, salvo que la usuaria terminare la relación contractual mercantil con la intermediaria y optare por contratar con otra empresa intermediaria, manteniendo a los mismos trabajadores
- e) Para desempeñar las funciones determinadas en el artículo 36 del Código del Trabajo.

La ley con respecto a la tercerización de servicios complementarios es puntual al definir las actividades susceptibles de tercerizar y lo detalla en su primer artículo dentro de las definiciones:

“a) Constituyen actividades complementarias de la usuaria las de Vigilancia, Seguridad, Alimentación, Mensajería, Mantenimiento, Limpieza y otras

actividades de apoyo que tengan cualquier carácter.” (LEY REFORMATORIA AL CODIGO DEL TRABAJO, MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION LABORAL Y LA DE TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, 2006, PAGINA 1)

Prohibiciones y Obligaciones de las Empresas de Intermediación Laboral o de Tercerización de Servicios Complementarios.-

Las prohibiciones que el Código del Trabajo impone a las empresas Tercerizadoras e Intermediadoras de servicios complementarias son varias y se las enumera de forma puntual en este cuerpo legal las mismas que son:

Prohibición de cobrar valores a los trabajadores por concepto de selección de personal, capacitación, formación colocación o contratación

Prohibición a la empresa Intermediadora o tercerizadora en efectuar créditos o realizar cualquier egreso en favor de la usuaria; regulación implantada para evitar que la empresa Intermediadora o tercerizadora realice pagos a favor de la usuaria en los cuales contengan descuentos de los trabajadores por cualquier concepto antes mencionado.

Obligación por parte de las empresas tercerizados e intermediadoras a efectuar el pago íntegro de la remuneración que verse en el contrato efectuado entre las prestadoras de servicio y la usuaria el mismo que no podrá ser inferior a la remuneración mínima legal y a su respectiva comisión sectorial. Para constancia de lo dicho anteriormente la empresa prestadora del servicio sea esta intermediadora o tercerizadora deberá entregar a la empresa usuaria roles de pagos firmados por el trabajador y con su respectivo sello de cancelación así como una copia de la planilla de aportes al IESS; la entrega de dicha documentación será los documentos habilitantes para el cobro de la factura por parte de las empresas prestadoras del servicio hacia la usuaria.

Estaban obligadas a su vez las empresas tercerizadoras e intermediadoras de servicios complementarios a cumplir en su rol de empleadores con todas las estipulaciones legales vigentes que amparan al trabajador sean estas Constitución Política de la República del Ecuador, Convenios Internacionales, Código del Trabajo, Ley de Seguridad Social.

Otra de las obligaciones que recaían sobre las empresas de intermediación laboral y tercerizadoras era la presentación de informes y cuadros estadísticos al Ministerio de Trabajo y Empleo sobre oferta y demanda de mano de obra, frecuencia de colocación, ocupación, sector de actividad económica atendidos, cuantías y escala de remuneración.

Esta información se la debía presentar con una periodicidad anual o cuando el Ministerio del Ramo encargado así lo pidiera.

Infracciones.-

Las infracciones para las empresas tercerizadora e intermediadoras serán sancionadas según su omisión con un criterio leve, grave y muy grave según su omisión a la ley que las regula.

Infracciones Leves: Serán sancionadas con multa correspondiente a una remuneración básica unificada y su reincidencia dentro del periodo de un año generara que se sancione como una infracción grave.

- No entregar la documentación o información de las intermediarias o tercerizadoras ante el requerimiento del Ministerio de Trabajo y Empleo, que tenga relación con controles periódicos o por denuncias.

Infracciones Graves: El cometimiento de una infracción grave tendrá lugar a una sanción pecuniaria de seis remuneraciones básicas unificadas por cada infracción y su reincidencia generara la revocatoria de la autorización de funcionamiento.

- El incumplimiento del contrato de trabajo suscrito con el trabajador

- El incumplimiento del contrato mercantil de intermediación laboral suscrito por la intermediaria laboral con la usuaria
- No incluir en la publicidad o promoción de sus actividades y ofertas de empleo o de servicios, en cualquier medio impreso, audiovisual o de radiodifusión y, en general, en cualquier forma o medio de difusión, su denominación y su identificación como empresa de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios, así como el número de autorización y registro otorgado por el Ministerio de Trabajo y Empleo
- No formalizar por escrito los contratos de trabajo, el contrato mercantil de intermediación laboral o el contrato de tercerización de servicios complementarios
- Cobrar al trabajador cualquier cantidad, honorario o estipendio a título de gasto o en concepto de pago por reclutamiento, selección, capacitación, colocación, formación o contratación, cualquiera que sea su denominación
- Incumplir lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del undécimo artículo innumerado de este Capítulo
- No entregar al trabajador copia del contrato celebrado con éste y copia del instrumento que acredite el valor cobrado
- Por la intermediaria a la usuaria en concepto de remuneración
- No registrar los contratos de trabajo ante el inspector del trabajo de la jurisdicción o ante el juez competente.

Infracciones Muy Graves: Mientras que el cometimiento de una infracción muy grave genera automáticamente el retiro definitivo de la autorización de funcionamiento

- Prestar servicios de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios sin contar con la autorización otorgada por el Ministerio de Trabajo y Empleo o cuando aquella se encontrare vencida, sin perjuicio de aquellas acciones que corresponden adoptar a la Superintendencia de Compañías por incumplimiento del objeto social.

- Es también infracción muy grave, el hecho de no renovar la referida autorización cuando ésta venciere durante la ejecución del contrato. El Ministerio de Trabajo y Empleo, una vez recibida la solicitud de renovación se pronunciará en el término máximo de quince días. De no pronunciarse no será aplicable esta disposición como infracción muy grave y tampoco se entenderá como renovada la autorización
- Realizar actividades al margen de su objeto social exclusivo de intermediación laboral o tercerización de servicios complementarios
- Pagar al trabajador intermediado, por concepto de su remuneración, una cantidad menor al valor cobrado a la usuaria por tal concepto
- No depositar en el IESS lo que le corresponde al trabajador intermediado en concepto de aportes, fondo de reserva y demás obligaciones
- Celebrar contratos de trabajo al margen de las regulaciones o para actividades no previstas en la presente Ley
- Simular por cualquier medio o artificio, ser intermediario laboral, por sí mismo o en representación de un tercero, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar en su contra.

La sanción de dichas infracciones eran competencia de los directores regionales del trabajo o inspectores del trabajo según su jurisdicción mediante una resolución motivada.

El representante legal de las empresas prestadoras del servicio que haya incurrido en la revocatoria del permiso de funcionamiento quedaba imposibilitado de volver a ser el representante legal de otra empresa tercerizadora o intermediadora.

Con la finalidad de llevar un estricto control y poner en conocimiento de la ciudadanía en general el Ministerio del Trabajo y Empleo se encontraba en la obligación de publicar un extracto de las empresas que se encontraban sancionadas, que reincidían o que su permiso de funcionamiento hayan sido revocados.

EMPRESAS USUARIAS.-

Facultades de la Empresa Usuaria.-

Dentro de las facultades de la empresa usuaria de los servicios Intermediados se encuentra la de designar y supervisar las tareas designadas al trabajador intermediado siempre que se encuentre dentro del ámbito de la actividad por la cual se efectuó el contrato con la empresa intermediadora. Así entonces un empresa (usuaria) que contrate a una empresa de seguridad (intermediadora) podrá designar las actividades específicas que cumplirá el trabajador (guardia intermediado), pero no podrá designar actividades distintas a las de vigilancia y guardianía.

La facultad disciplinaria en el caso de incumplimiento de las funciones encomendadas al trabajador recae directamente sobre la empresa intermediadora de servicios complementarios y de ninguna manera podrá ser efectuada por parte de la empresa usuaria; dichas sanciones de igual manera se encontraban sujetas a las disposiciones del Código de Trabajo con la salvedad que deberán ser solicitadas por la empresa usuaria.

Con relación a las facultades que posee la usuaria sobre el trabajador tercerizado el escenario es distinto ya que este posee subordinación directa hacia la empresa usuaria, siendo esta quien designe las actividades a realizarse, supervisa su cumplimiento y mantiene el control sobre el trabajador.

Obligaciones.-

La empresa usuaria, las empresas de intermediación y tercerización se encuentran en la obligación de notificar a los trabajadores sobre los riesgos propios de la ejecución de su trabajo y a su vez suministrar el equipo de protección, medidas de seguridad en el cumplimiento de sus actividades y normas de prevención.

Es obligación de la empresa usuaria del servicio realizar la entrega a la empresa intermediadora de servicios complementarios o a la empresa tercerizadora los reglamentos internos de trabajo y los reglamentos de higiene y seguridad debidamente aprobados por las Direcciones Regionales del Trabajo en el momento mismo de la firma del contrato mercantil.

Otra de las obligaciones contempladas en el Código del Trabajo que deberá ser acatada por parte de la empresa usuaria es la presentación de garantías suficientes a la intermediadora o tercerizadora de encontrarse en las capacidades suficientes para el cumplimiento del contrato.

Infracciones.-

El Código del Trabajo prohíbe de forma tácita a la empresa usuaria la celebración de un contrato de tercerización o de prestación de servicios complementarios con empresas que no cuenten con su respectiva autorización de funcionamiento que como ya lo señalamos en acápite anteriores es expedida por parte del Ministerio de trabajo y Empleo; la presentación de la autorización de funcionamiento para las tercerizadoras o intermediadoras será documento habilitante para la celebración del contrato.

Para lo cual la empresa intermediadora o tercerizadora declarara que no se encuentra imposibilitada para la celebración del contrato y en caso de demostrarse que dicha declaración es nula la usuaria cobrara a la intermediadora o tercerizadora una indemnización que corresponderá al monto que se pacte entre las parte.

Sanciones.-

La empresa usuaria que en conocimiento de que las empresas intermediadoras o tercerizadoras no contaban con el permiso de funcionamiento correspondiente eran sujetas a sanciones, por el cual debían asumir como

trabajadores propios a los empleados que venían prestando servicio como intermediados o tercerizados de manera directa y eran sujetos a multas pecuniarias correspondientes a seis remuneraciones básicas unificadas. Sanciones que eran impuestas por los directores regionales del trabajo.

Tendrá la empresa usuaria una sanción pecuniaria correspondiente a (6) seis remuneraciones básicas unificadas si al personal tercerizado o intermediado al momento de realizar sus actividades laborales consideradas peligrosas no entregara el equipo de protección necesario para el cumplimiento del mismo según lo establecido en los Convenios Internacionales de la OIT, el Código de Trabajo y el reglamento interno de la empresa usuaria sobre seguridad, salud, ocupación e higiene.

La suscripción del contrato con una empresa prestadora de servicios complementarios o tercerizadora por parte de un funcionario de una Institución del Estado o trabajador de una empresa del Estado en la cual la participación societaria sea mayor al 50% la realizara en conocimiento de que dicha empresa no cuenta con la autorización correspondiente de funcionamiento será sancionado asumiendo a los trabajadores que hayan sido contratados para la prestación del servicio como propios siendo este funcionario o trabajador el empleador directo de los trabajadores, sin que la empresa del Estado o la Institución Pública asuma ninguna responsabilidad sobre ello ni si quiera la responsabilidad solidaria, para esto el Ministerio Público de oficio o por denuncia deberá iniciar las investigaciones respectivas y establecer las responsabilidades que la ley tipifique para el caso.

Prohibiciones.-

El código del Trabajo en el capítulo correspondiente a la intermediación laboral y de la tercerización de servicios complementarios prohíbe expresamente la existencia de vínculos entre la empresa usuaria y las empresas prestadoras de servicios complementarios o intermediadoras, vínculos que se entenderán

como ser entre si matrices, filiales, subsidiarias, relacionadas, ni tener participación societaria o relación de ningún tipo.

Esta desvinculación entre las partes actoras de una relación comercial de intermediación o tercerización deberá ser comprobada mediante declaración juramentada ante notario o juez competente efectuada entre los representantes legales de cada una de las empresas actoras.

Si se presumiere la existencia de vínculos entre las partes es obligación del Ministerio de trabajo y Empleo requerir la información a la Súper Intendencia de Compañías, Servicio de Rentas Internas, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social e instituciones afines la información pertinente con la cual de existir vinculación se impondrá como multa al incumplimiento de la prohibición el asumir como trabajadores propios a los trabajadores que laboren para la usuaria y será esta quien en adelante será el empleador y asumirá todos los deberes que el rol exige y pecuniariamente se establecerá el pago de una multa de seis remuneraciones básicas unificadas; de existir vinculación entre la empresa usuaria y entidades del estado o empresas estatales el funcionario público o trabajador que suscribiera el contrato con la empresa usuaria será quien asuma el rol de empleador de todos los trabajadores contratados sin que exista responsabilidad por parte de las instituciones del estado o empresas estatales ni siquiera responsabilidad solidaria y será sancionado con una multa de seis remuneraciones básicas unificadas.

Se Prohíbe de igual manera que los dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores o trabajadores de las instituciones del Estado, o sus parientes en cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad que posean participación o acciones, sean representantes legales y/o se encuentren en la dirección administrativa de una empresa de intermediación o tercerización laboral puedan celebrar contratos con las instituciones estatales o empresas públicas en las cuales presten sus servicios o que en ejercicio de sus funciones ejerzan presiones para la celebración del contrato.

TRABAJADORES TERCERIZADOS E INTERMEDIADOS

Es necesario determinar en la presente tesis cuales eran las condiciones laborales de los trabajadores tercerizados e intermediados desde el punto de vista de las garantías que la ley y los distintos cuerpos normativos generaban; Para con ello lograr determinar con exactitud cuáles fueron las verdaderas causas por las cuales se generó la eliminación del sistema de intermediación laboral.

Garantías.-

El trabajador tercerizado o intermediado bajo el amparo del Código del Trabajo en ninguna circunstancia podrá percibir una remuneración inferior al salario mínimo unificado y estará su remuneración sujeta a la comisión sectorial propia de su actividad.

Como medida para garantizar la estabilidad al trabajador tercerizado o intermediado es obligación de las empresas antes mencionadas generar contratos de trabajo para todos sus trabajadores de forma escrita y registrarlos en el Ministerio de Trabajo y Empleo o ante un juez de lo laboral en un periodo no mayor a 30 días desde su celebración.

Otra garantía que señalaba la normativa vigente a la fecha en la que la intermediación laboral era una opción de contratación de personal era las prohibiciones que existían para las empresas usuarias de recurrir de este sistema si es que al contratar incurrieren en los siguientes casos:

- Contratar personal intermediado para sustituir trabajadores que se encuentren en huelga, declara conforme los artículos N° 497 y 505 del Código del trabajo.
- Cuando la empresa usuaria del servicio no tenga aprobado el reglamento de seguridad e higiene por parte del Ministerio de Trabajo y Empleo y esta

contratara personal intermediado o tercerizado que cumpla funciones de especial peligrosidad para la salud y seguridad o requieran para el cumplimiento de sus actividades de capacitación especial.

- Para reemplazar a personal que se encuentre en relación de dependencia con carácter estable y permanente.
- Así mismo prohíbe la contratación de personal intermediado o tercerizado para rotarlo entre empresas prestadoras de servicios similares cuando los trabajadores brinden servicios a una misma empresa usuaria, con la salvedad de que la empresa usuaria termine su relación contractual con una empresa intermediadora o tercerizadora y esta desee mantener el personal que venía laborando en sus instalaciones.
- Y por último limita la contratación de trabajadores intermediados cuando serán para el cumplimiento de actividades de confianza para el empleador según lo define el artículo 36 del Código del Trabajo.

Derechos.-

Los derechos consagrados a los trabajadores intermediados o tercerizados son todos aquellos que contemplan la Constitución Política de República del Ecuador, Convenios Internacionales de la OIT ratificados por el Ecuador, Código del Trabajo, Ley de seguridad Social y otras normas afines. Es decir el trabajador intermediado o tercerizado poseía los mismos derechos y beneficios sociales que cualquier trabajador Ecuatoriano con relación de dependencia directa.

Bajo un criterio de generar igualdad entre trabajadores tercerizados y trabajadores contratados bajo una modalidad común de relación de dependencia directa, el Código de Trabajo determina que los trabajadores tercerizados o intermediados tienen derecho al uso igualitario de las facilidades en instalaciones y servicios con los que cuente la empresa usuaria. Así entonces servicios como el de transporte, guardería, comedores, centros de atención médica entre otros serán usados sin discriminación de ninguna clase por los empleados.

El trabajador tercerizado o intermediado tendrá derecho a presentar reclamos con respecto a las condiciones en la que ejecuta su trabajo tanto a la empresa usuaria del servicio como a la empresa prestadora del servicio siendo ambas las responsables de generar soluciones y comodidades para el trabajador.

Otro de los derechos propios del trabajador tercerizado o intermediado es la RESPONSABILIDAD SOLIDARIA que como ya la analizamos y conceptualizamos en el primer capítulo es la potestad que tiene el trabajador de recurrir a la empresa usuaria, o a la empresa prestadora del servicio para solicitar el cumplimiento de la obligación. Son tan responsables del cumplimiento de los derechos del trabajador la empresa usuaria como la empresa prestadora del servicio.

Obligaciones y Prohibiciones.-

La Ley Reformatoria al Código del trabajo Mediante la Cual se Regula la Actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios no realiza puntualizaciones sobre cuales son las obligaciones propias del trabajador tercerizado o intermediado y tampoco las hace sobre las prohibiciones establecidas a dicho trabajador pero siguiendo con la lógica establecida en el cuerpo normativo todo lo regula según un criterio de igualdad entre el trabajador con relación de dependencia directa y el trabajador intermediado o tercerizado y para el caso menciona que: “Los trabajadores respecto de la intermediaria laboral y de la usuaria, deberán cumplir con todas las obligaciones y observar las prohibiciones consagradas en la Constitución Política de la Republica, convenios de la OIT ratificados por el Ecuador, el Código del trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables, considerando la naturaleza de su relación contractual”

2.4 Reglamento de Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios.-

Bajo la presidencia del Dr. Alfredo Palacios a los 04 días del mes de Octubre de 2006 bajo decreto 1882 publicado en el Suplemento del Registro oficial N° 375 del 12 de Octubre de 2006 se expide el reglamento de Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios, siendo este el último cuerpo legal que regula y normativiza a la intermediación y tercerización en el Ecuador.

En lo más relevante del presente reglamento podemos encontrar lo siguiente:

- **MEDIOS DE CONTROL.-**

Se designa a los Directores del Trabajo según su propia jurisdicción el control del cumplimiento de todas las obligaciones que la Constitución de la República y el Código de Trabajo determinaron hacia todos los actores de la intermediación y tercerización, lo cual se lo debía ejecutar mediante la elaboración de un plan anual para inspeccionar las instalaciones físicas de las prestadoras de servicios tercerizados o intermediados.

Dichas empresas estaban en la obligación de presentar un informe estadístico hasta el 15 de Enero de cada año el cual debía contener:

- a) Número de trabajadores intermediados en el año clasificados por género
- b) Número de personas intermediadas en cada usuaria y número de las empresas usuarias a las que prestan los servicios
- c) Determinación de las modalidades de contratos de trabajo pactados para la intermediación, con el número de trabajadores; y,
- d) Número de trabajadores que terminaron su relación laboral.

Otra medida de control a las que se encontraban sujetas las intermediadoras y tercerizadoras es la obligación que tenían de presentar ante la empresa usuaria toda la documentación que sustente el pago íntegro de las remuneraciones y el pago de aportes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de todos los trabajadores vinculados a esta; dicha obligación se la tenía que realizar dentro de los primeros 20 días del mes posterior.

La usuaria a su vez se encontraba en la obligación de realizar la cancelación de los valores de la prestación de servicios a la intermediadora dentro de los veintiséis primeros días del mes en curso para que con ello se puedan cumplir con las obligaciones patronales hacia el trabajador.

Las prestadoras de servicios complementarios y tercerizados estaban sujetas a estrictos controles por parte de los organismos encargados de ello, controles adicionales a los habituales en empresas con distinta razón social a las mencionadas, por lo que es difícil entender como un sistema sujeto a tantos controles presento las deficiencias que presento; por lo que no queda dudas que estos organismos de control no cumplieron con su cometido teniendo un alto grado de responsabilidad en la eliminación de la tercerización en el Ecuador.

- **INFRAESTRUCTURA DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DEL SERVICIOS**

Las empresas intermediadoras laborales y las tercerizadoras según lo determina el Artículo N°3 del Reglamento sujeto de análisis no debían poseer una infraestructura particular únicamente debían cumplir con la mantención de estructuras físicas funcionales que cumplan con las normas dictadas por la dirección de riesgos del trabajo del IESS con respecto a seguridad y salud ocupacional y el mantenimiento de un adecuado archivo en el cual repose la información de todos los trabajadores a su cargo.

En relación los Activos que dichas empresas debían contar la ley y el reglamento son muy claros en determinar que todas las empresas de intermediación laboral deberán reportar activos superiores a los 30 mil dólares lo que sí es una limitante con relación a empresas que mantienen actividades en otros segmentos del mercado ya que para estas el aporte de activos es únicamente de 800 dólares como mínimo.

Toda prestadora de servicios tercerizados o complementarios a mas de las obligaciones determinadas con anterioridad debían contar con un profesional calificado y que acredite poseer más de dos años de experiencia en el manejo de personal para que sea dicho trabajador quien administre el recurso humano que presta sus servicios para el cliente final (usuaria); en el caso de que su nomina sobrepaso a los cien trabajadores se deberá incluir de manera obligatoria el contingente de un trabajador social quien de manera permanente atenderá a los trabajadores intermediados o tercerizados según sea el caso.

Las prestadoras de servicios según disposición del Reglamento de Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios en su Artículo N°4 en el tercer inciso determina que se encuentran en la obligación de obtener y aprobar su propio Reglamento Interno de Trabajo independientemente de que las empresas usuarias para quienes brindan sus servicios sus trabajadores ya los tengan.

- **AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO.-**

Toda prestadora de servicios intermediados o tercerizados por disposición del Código de Trabajo y del reglamento de Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios para iniciar sus actividades debía contar con el permiso de funcionamiento, el mismo que era emitido por el Ministerio de Trabajo y Empleo específicamente por la Dirección de Empleo del Ministerio de Trabajo, pero para acceder a este permiso se debía cumplir con la verificación

física de las instalaciones de las prestadoras del servicio para lo cual se observaba los siguientes parámetros:

- a) “La verificación física del local se realizara en el término de 5 días posteriores a la constatación de haber cumplido con todos los requisitos determinados en el Código de Trabajo para este fin.
- b) El funcionario encargado de la verificación deberá ceñirse exclusivamente a la constatación física o material de la infraestructura establecida en el Artículo 3 del presente reglamento y llenar el formulario que para el efecto suministrara la Dirección de Empleo.
- c) Los formularios serán documentos numerados. En caso de destrucción, daño por errores en su llenado o deterioro, deberán ser anulados y remitidos a la Dirección Regional de Trabajo Correspondiente.
- d) Cada expediente contara con el original del formulario debidamente firmado por el funcionario que realizo la verificación, quien entregara copia firmada al interesado.” (REGLAMENTO DE INTERMEDIACION LABORAL Y TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, 2006 , Página 2)

En el caso de existir una información falsa por parte del funcionario del Ministerio este será responsable y su sanción podría llegar hasta la destitución de su cargo.

El trámite para entrar en funcionamiento culmina por parte de las empresas prestadoras del servicio con la cancelación de la tasa de registro valor que se lo fijo en una remuneración básica unificada, cumplido con dicho pago y efectuado todos los pasos descritos con anterioridad las empresas tercerizadoras e intermediadoras podían iniciar labores. Todos estos requerimientos ante los cuales las empresas tercerizados o intermediadoras se encontraban obligadas a cumplir sin contar con todas las obligaciones que de manera general deben cumplir las empresas dentro del Ecuador demuestran que este sistema de tercerización e intermediación laboral fue bien regulado por la ley lo que no se observo fue un eficiente control por parte de los

organismos encargados de hacerlo en este caso el Ministerio de Trabajo el cual no conto con un registro de las empresas tercerizadoras e intermediadoras, no conto con un registro exacto de la cantidad de trabajadores que laboraron bajo estas dos modalidades y no se mantuvo un control sistemático y constante hacia las empresas sujetas a control únicamente se registro controles aislados direccionados a sancionar pero nunca se evidencio controles preventivos o campañas de información.

CONTRATACION DE SERVICIOS TERCERIZADOS.-

Existe una regulación específica sobre la contratación de Tercerización de Servicios Complementarios que la recoge el reglamento de Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios en la que determina que se podrá contratar dichos servicios únicamente de los procesos productivos complementarios al giro normal del negocio al que se dedica la empresa interesada en contratarlos; esta regulación recoge la esencia de la figura de tercerización ya que su inserción dentro del mercado laboral es justamente para lo antes mencionado permitir al empresario enfocarse en su propio proceso productivo para lo cual es eficiente y posee los conocimientos necesarios para ejecutarlos en términos de calidad y eficiencia dejando los procesos secundarios a su actividad a quienes se especializan en la prestación de estos servicios dinamizando con ello los mercados y permitiendo tener empresas que logren altos estándares de calidad en el cumplimiento de sus actividades.

Se determina a su vez en el presente reglamento que de existir dudas sobre que actividades son complementarias al proceso productivo de la empresa el Ministerio de Trabajo y Empleo solicitara aclaración al organismo de control propio de cada rama sea este Superintendencia de Compañías, Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Telecomunicación o a la Fuerzas Armadas lo cual de manera vinculante se incluirá en un informe que el funcionario del Ministerio de Trabajo emitirá sobre la usuaria.

- UTILIDADES.-

Hemos tratado en extensión sobre el pago de utilidades y las regulaciones que la ley y la Constitución determinan sobre esta materia únicamente quedándonos por analizar lo que el Reglamento de Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios determina sobre la forma en la que se ejecutara dicho pago ante lo cual mencionaremos que son las empresas usuarias las que deberán entregar una copia de la declaración del impuesto a la renta de su ejercicio económico y una copia de la declaración de renta de la prestadora del servicio ante el Ministerio de Trabajo y Empleo quienes verificarán cuál de estas empresas la usuaria o la prestadora del servicio genere mayor utilidades y quien esta obligada al pago al trabajador.

La empresa prestadora del servicio se encuentra obligado al pago de utilidades de los empleados vinculados directamente y a los trabajadores que prestan servicio para empresas usuarias que hayan reportado menores utilidades que la que reporto la usuaria.

CAPITULO III

3. ANALISIS MANDATO CONSTITUYENTE N° 8

3.1 Introducción.-

El pleno de la Asamblea Constituyente reunida en la ciudad de Montecristi aprueba el Mandato Constituyente N° 8 el cual es expedido en el Registro Oficial N° 330 del 06 de Mayo de 2008 por el cual se elimina y prohíbe la tercerización, intermediación laboral, contratación laboral por horas y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en el país.

Mediante dicho mandato la Asamblea Constituyente no solo elimina las antes mencionadas formas de relación laboral sino que regula nuevas formas en las que los trabajadores prestaran servicio para un tercero sin ser este su patrono como son la Prestación de Actividades Complementarias y Servicios Técnicos Especializados; para este estudio separaremos a estas dos nuevas formas de prestación de servicios contrastándolas entre sí para entender cuál será el funcionamiento de cada una de ellas sus similitudes y sus diferencias así como lograr establecer la similitud de dichas instituciones con la tercerización y la intermediación eliminadas por el Mandato Constituyente N°8

Con la expedición de Mandato Constituyente N°8 la Asamblea Constituyente elimino un sistema del cual a nivel nacional no se posee datos estadísticos concretos, información que por disposición legal se encontraba obligada a llevarla el Ministerio de Trabajo y Empleo, ante lo cual surge la inquietud sobre el verdadero sustento para tomar la decisión de eliminar a la tercerización e intermediación induciendo la problemática a la pregunta si es una decisión política de orden electoral o es una medida técnica.

Sin embargo para el estudio de la presente tesis se puede rescatar información no expedida por organismo obligado a efectuarlo sino de información

proporcionada por otros organismos oficiales como son: Superintendencia de Compañías, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social e información no oficial que sustentan de manera fehaciente el presente estudio y análisis como son: publicaciones de prensa, entrevistas a funcionarios estatales y artículos en revistas electrónicas especializadas.

Según un artículo del **PARTIDO COMUNISTA MARXISTA LENINISTA DEL ECUADOR** emitido el 10 de Mayo de 2007 se determina lo siguiente:

“De las 4 654 empresas que prestan servicios de contratación laboral, solo 500 operan con los permisos del Ministerio de Trabajo; de ellas, unas doscientas en la provincia de Pichincha y ciento treinta y un empresas del Grupo Noboa. En Manta hay más de cuatro cientos empresas que son vigiladas por un solo inspector.

Eso evidencia la problemática que viven los trabajadores del país. Una tercerizadora contrata a una persona por noventa días y luego la cambia para evitar su afiliación al IESS y negarle de esta manera la estabilidad laboral.

El número de empleados tercerizados en el Ecuador es superior a las 180 mil personas; de ellas, solo un 40% estaría afiliado al IESS.

Según las inspecciones hechas el año pasado por la coordinación de Seguridad y Salud del Ministerio de Trabajo, el 66,7% de empleados de las empresas de la construcción no estaba afiliado al Seguro Social y un 33,5% no tenía ninguna protección, como, por ejemplo, cascos y cinturones para trabajos en alturas.

En el país a 41 empresas tercerizadoras e intermediadoras se les suspendió el permiso para su funcionamiento. Estas empresas funcionaban en Quito, Guayaquil, Machala, Manta y Portoviejo. Estos empresarios aparentemente

generan empleo, pero en realidad, son simples intermediarios que cobran una comisión por cada trabajador que es ubicado en una empresa productiva, acentuándose más la explotación y la violación de los derechos laborales de los trabajadores bajo esta modalidad.” (Semana En Marcha 2007 Pagina 1)

La Superintendencia de Compañías del Ecuador en su anuario estadístico correspondiente al año 2007 reporta la existencia de:

“37.434 empresas registradas y activas, ubicadas en las siguientes actividades económicas: Agricultura, Ganadería, Caza y Silvicultura, - Pesca - Explotación de Minas y Canteras - Industrias Manufactureras - Suministros, gas y agua – Construcción - Comercio al por mayor y menor - Hoteles y Restaurantes - Transporte, Almacenamiento y Comunicaciones - Intermediación Financiera - Actividades Inmobiliarias, Empresariales y de Alquiler - Administración Pública y Defensa – Enseñanza - Actividades de Servicios locales y de Salud - Otras actividades comunitarias sociales y personales de tipo servicios - Hogares privados con servicio domestico”. (Superintendencia de Compañías, 2007, página 1)

Empresas que confrontadas a numero mencionado en el articulo materia de análisis 4654 viene a ser el 12,04 del total de las empresas establecidas y activas en el país pero este cálculo no es exacto ya que estas empresas no se encontraban legalmente registradas sino que venían operando clandestinamente, únicamente lo menciono para tener una visión general de la importancia de la tercerización e intermediación en el ecuador y su aporte al sistema productivo en el Ecuador.

Para lograr determinar el impacto del sistema de tercerización en el Ecuador debemos realizar el cálculo en base a las compañías legalmente establecidas que cumplían con las regulaciones legales es decir únicamente sobre las 500 empresas registradas; siendo así el 1,33 las empresas tercerizadoras del total

de empresas existentes en el Ecuador este fenómeno ocurrido en el periodo únicamente de un año.

Dicho análisis enfocado a la cantidad de empresas tercerizadoras e intermediadoras similar análisis podemos realizar con el número de trabajadores existentes.

Según lo determina el artículo en su tercer párrafo existen más de 180,000 trabajadores tercerizados en el Ecuador a Mayo de 2007 trabajadores que confrontados a la totalidad de la Población Económicamente Activa (PEA) la misma que para el 2007 se ubico en 4'293.138 corresponde al 4,19%, es decir la totalidad de los trabajadores tercerizados en el Ecuador

En el periodo no mayor a un año el sistema de intermediación tuvo este comportamiento que laboralmente apporto de manera contundente al incremento de plazas de trabajo, crecimiento de los mercados laborales y por lo tanto al crecimiento económico del país por lo que en este breve análisis radica la importancia de dicho sistema.

Tabla 7.

Ecuador. Total Nacional. PEA por Sexo 2002 - 2009

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009*
PEA	3 801 339	3 992 288	4 220 610	4 225 447	4 373 435	4 293 138	4 383 512	4 444 565
Hombres	2 261 412	2 353 401	2 449 172	2 471 131	2 559 943	1 804 818	2 517 942	2 547 607
Mujeres	1 539 927	1 638 887	1 771 438	1 754 316	1 813 492	2 488 320	1 865 570	1 898 051
porcentajes								
Hombres	59,49%	58,95%	58,03%	58,48%	58,53%	57,96%	57,44%	57,31%
Mujeres	40,51%	41,05%	41,97%	41,52%	41,47%	42,04%	42,56%	42,69%

Fuente: INEC. Instituto Nacional de Estadística y Censos. Encuesta de Empleo, Desempleo y Subempleo.

Elaboración: Secretaría General de la Comunidad Andina. * Tercer trimestre de 2009

; http://www.pcmlle.org/EM/article.php3?id_article=928 10 mayo 2007

3.2 Eliminación y Prohibición de la Tercerización e Intermediación Laboral.-

El Artículo N° 1 del Mandato Constituyente N° 8 textualmente menciona “Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador.” (MANDATO CONSTITUYENTE N°8, 2008, PAGINA 1)

Mediante la expedición de este artículo se busca dejar sin efecto un sistema de contratación laboral que como ya hemos revisado posee muchas ventajas, fortalezas y debilidades para todos los actores del mercado laboral; pero lo importante es determinar si en realidad con la expedición del Mandato Constituyente N°8 se eliminó el sistema de tercerización e intermediación laboral o en realidad únicamente se cambiaron los nombres de las instituciones ya existentes manteniendo en la práctica un sistema que demostró ser útil y necesario pero que adolecía de control por parte de las autoridades encargadas de hacerlo y que registró fuertes abusos por parte principalmente de los empleadores.

El análisis del primer Artículo del Mandato Constituyente N°8 debemos dividirlo en dos partes la primera que versa sobre tercerización y la segunda sobre intermediación laboral.

Intermediación Laboral.-

Si bien el artículo N°1 del Mandato Constituyente N°8 es muy claro en señalar que se elimina y prohíbe a la tercerización, el mismo Mandato Constituyente N°8 deja una puerta muy amplia para la contratación de lo que en la actualidad se denomina SERVICIOS TECNICOS ESPECIALIZADOS que no es más que la contratación de mano de obra calificada a un tercero para ejecutar tareas en

favor de una empresa usuaria las mismas que no deberán ser las actividades propias y habituales de dicha empresa siendo la norma ejemplificativa sobre los productos en los que los servicios técnicos especializados podrán operar como son: Contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, servicios jurídicos y servicios de sistemas .

Menciona además la Disposición General Segunda que los Servicios Técnicos Especializados podrán ser prestados por personas naturales o jurídicas las mismas que deberán contar con una adecuada infraestructura física, organizacional, administrativa y financiera. Concepto que al compararlo con lo que determina La Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la Cual se Regula la Actividad de Intermediación en su Artículo 4 literal f que versa sobre los requisitos para la autorización de funcionamiento para las empresas tercerizadora y intermediadoras menciona lo siguiente:

“f) Disponer de infraestructura física y de estructura organizacional, administrativa y financiera que garantice cumplir eficazmente con las obligaciones que asume dentro de su objeto social. Lo relativo al literal f), deberá ser acreditado por el Ministerio de Trabajo y Empleo, sin perjuicio que para el efecto dicte un reglamento.” (LEY REFORMATORIA AL CODIGO DEL TRABAJO, MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION LABORAL Y LA DE TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, 2006, PAGINA 1)

Ante lo cual podemos decir sin temor a equivocarnos que los Servicios Técnicos Especializados es un sinónimo de la figura legal Intermediación Laboral, o dicho de otra forma los servicio técnicos especializados son un símil de lo que en concepto debía ser la intermediación laboral ya que su figura en su concepción es una herramienta para incorporar personal calificado y técnicamente especializado para cumplir con una actividad ajena al proceso productivo de cualquier empresa.

Ejemplificando: Una empresa que se dedique a la elaboración de prendas deportivas enfoca todo su esfuerzo, conocimiento y recursos a la confección de las prendas, a su distribución, a sus puntos de venta, etc. Para todo lo que se refiere al sistema de manejo de inventario, facturación, manejo del sistema de bodega, etc. Se encarga una empresa que brinde servicios técnicos especializados o antes llamada intermediadora trabajos para lo cual esta tercera empresa cuenta con el conocimiento adecuado, posee una infraestructura adecuada, posee personal técnico capacitado, etc. Pensar en que la usuaria tenga su propio sistema para el manejo de su negocio sería una pérdida de recursos, tiempo y lo más importante no le permitiría enfocarse en su propia actividad. Gracias a este pequeño ejemplo el cual lo podemos observar casi en la totalidad del mercado Ecuatoriano podemos entender la importancia de intermediación laboral y el por que no se podía realizar una eliminación de este sistema ante lo cual nuestro asambleístas generaron una puerta de salida a la que se la denomino **SERVICIOS TECNICOS ESPECIALIZADOS**.

Podemos observar que el Mandato Constituyente N°8 normativiza en las disposiciones generales primera y segunda la implementación de los Servicios Técnicos Especializados diferenciándolos sobre su aplicación en el sector publico y en el sector privado; para el sector publico lo limita únicamente a las empresas del sector publico estratégico mientras que para el sector privado las limita a determinadas áreas de acción como son: contabilidad, publicidad, consultoría, auditoria, servicios jurídicos y sistemas informáticos.

El sector publico estratégico en nuestro país se lo entiende como todas las áreas de vital importancia económica y social las cuales poseen un gran impacto para el desarrollo del país o son servicios de primera necesidad para los ecuatorianos tal es el caso del agua o la luz ; así el gobierno del Presidente Rafael Correa genero un ministerio encargado de su desarrollo y control denominado Ministerio de Coordinación de Sectores Estratégicos cartera de estado que se encarga de la electricidad, agua, hidrocarburos, minas y

telecomunicaciones; Para todas estas áreas antes mencionadas se permite el uso de servicios técnicos especializadas sectores del estado que eran quienes mayor demanda tenían de trabajadores intermediados.

El funcionamiento de los servicios técnicos especializados es igual al sistema de intermediación ya que una empresa prestadora de servicios complementarios brinda un servicio específico a la usuaria con su propio personal quien tendrá relación laboral directa y bilateral únicamente con la prestadora del servicio y no con la empresa usuaria.

El código del Trabajo será quien ampare las relaciones laborales entre la empresa prestadora del servicio y sus trabajadores quedando este al amparo de la legislación laboral vigente lo cual viene a ser una réplica exacta sobre el funcionamiento de la intermediación.

“Art. 347- Definiciones.-

Intermediación Laboral.- Se denomina intermediación laboral a aquella actividad consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, natural o jurídica, llamada usuaria, que determina sus tareas y supervisa su ejecución.” (LEY REFORMATORIA AL CODIGO DEL TRABAJO, MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION LABORAL Y LA DE TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, 2006, PAGINA 1)

“DISPOSICION GENERAL PRIMERA MANDATO CONSTITUYENTE N°8.- Para el caso de las empresas del sector estratégico público, los servicios técnicos especializados que requieran dichas empresas, podrán ser contratados civilmente. Los trabajadores de las empresas de servicios técnicos especializados, tendrán relación directa y bilateral con éstas y se sujetarán a las disposiciones del Código de Trabajo.” (MANDATO CONSTITUYENTE N°8, 2008, PAGINA 4)

La disposición general segunda del Mandato sujeto a análisis realiza una diferenciación trascendental entre la intermediación laboral y lo que actualmente se conoce como Servicios Técnicos Especializados al restringir las actividades que podrán ser contratadas bajo esta modalidad mencionando de manera ejemplificativa la contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, servicios jurídicos y sistemas dicha mención en contra posición a lo que determino el

“Artículo 8 Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la Cual se Regula la Actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios.- Actividades en las que se puede recurrir a la intermediación laboral.- Se podrá recurrir a la intermediación laboral, para todas las actividades de la usuaria, bajo las modalidades de contratación de plazo fijo, ocasional, eventual, por horas y demás contratos precarios.” (LEY REFORMATORIA AL CODIGO DEL TRABAJO, MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION LABORAL Y LA DE TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, 2006, PAGINA 3)

Dicha diferenciación llevaría a pensar que los assembleístas de Montecristi generaron una gran reforma entre la intermediación laboral y los servicios técnicos especializados; en mi criterio dicha reforma era necesaria para nuevamente encausar a la intermediación laboral en el concepto original ya que en nuestro país se desvirtuó la postura doctrinaria y esta herramienta empezó a funcionar como un sistema por el cual se suspendieron derechos a los trabajadores perdiendo las vías legales para efectuar sus reclamos.

Con esta nueva limitante generada desde el Mandato Constituyente N°8 podemos observar que los servicios técnicos especializados encajan perfectamente en lo que conceptualmente y en otras latitudes se entiende como intermediación laboral que es incluir personal de una tercera persona sea esta natural o jurídica para que se encargue de una actividad complementaria al proceso productivo para el cual la empresa usuaria se encuentra

perfectamente capacitada y cuenta con el conocimiento y los medios para realizarlo; bajo este punto de vista la intermediación o servicios técnicos especializados demuestran ser una modalidad de contratación eficiente que brinda resultados óptimos desde el punto de vista de la producción, generación de empleo y tecnificación del talento humano.

Así diremos que una empresa que se dedica a la confección de prendas de vestir deberá enfocarse únicamente en la elaboración de su producto, comercialización, manejo de su personal, etc. Trabajo para el cual se encuentra capacitado y es eficiente, para el manejo de la publicidad de la empresa producto del cual no posee conocimiento y no cuenta con el recurso humano ni material lo óptimo será contratar servicios técnicos especializados.

Para la prestación de servicios técnicos especializados la disposición general Segunda determina que lo podrán prestar personas naturales o jurídicas las mismas que deberán contar una infraestructura física adecuada así como estructura organizacional, administrativa y financiera.

La relación laboral dentro de esta triangulación será única y exclusiva entre el trabajador y la prestadora del servicio técnico especializado siendo directa y bilateral.

En mi criterio realizar este cambio de nombre para esta figura legal era necesario debido a que en nuestro país el concepto de intermediación se lo desvirtuó y paso de ser una medida por la cual los empleadores podían contratar personal calificado para el cumplimiento de actividades ajenas a sus procesos productivos a ser una herramienta por la que se cometieron muchos abusos en contra del trabajador; encontrándose así una vía para restaurar la figura legal en el país pero de una manera más apegada a lo que la doctrina determina como intermediación únicamente que ahora con un nuevo nombre.

Al ser el Mandato constituyente N°8 el que regula e implementa en nuestra legislación los Servicios técnicos Especializados saltan grandes inquietudes sobre regulaciones y amparos que la intermediación si amparaba y ahora los servicios técnicos especializados de ninguna manera lo recogen, ya que se limitan a dos artículos dentro de un Mandato Constituyente, tal es el caso de:

- Responsabilidad Solidaria. Artículo.- 19 Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la cual se regula la Actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios.
- Prohibición de cobro al trabajador intermediado por concepto de reclutamiento, selección, capacitación, colocación, formación o contratación. Artículo.- 11 Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la cual se regula la Actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios.
- Obligaciones de la usuaria.- Informar al trabajador intermediado sobre los riesgos en el desempeño de su trabajo, suministrar las medidas e instrumentos de protección y prevención inherentes a dichos riesgos, entregar los reglamentos internos de trabajo y de higiene y salud ocupacional y garantizar en el contrato mercantil celebrado con la empresa usuaria el pago de los valores propios del contrato para con ello cumplir con las obligaciones hacia el trabajador. Artículo.- 14 Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la cual se regula la Actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios.
- Derechos de los trabajadores respecto de la usuaria.- lo trabajadores que se encuentren laborando tendrán acceso a todos los beneficios adicionales que la empresa usuaria proporcione a sus trabajadores en relación laboral directa y bilateral como servicio de alimentación, transporte, guardería, capacitación, etc. Artículo.- 15 Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la cual se regula la Actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios.

- Utilidades.- Disposición General Decima Primera de Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la cual se regula la Actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios.

Todas estas ventajas o beneficios que la intermediación contemplaba vemos que en la prestación de servicios complementarios quedan sin amparo retrocediendo en los derechos alcanzados por los trabajadores lo cual la norma constitucional como un precepto lo impide, no existe opción alguna de aplicar de forma extensiva las regulaciones sobre intermediación a los servicios técnicos especializados ya que el mandato constituyente N°8 en su Disposición Final Primera deroga la Ley que regula la intermediación y tercerización.

“DISPOSICIONES FINALES Primera.- Deróguese la Ley Reformatoria al Código de Trabajo, mediante la cual se reguló la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 298 de 23 de junio del 2006; los artículos 11 literal h), 14 literal g), 17 la frase: “por horas” incisos sexto al decimotercero, 19 literal j), 41 inciso 2º y las palabras “o intermediarios” del artículo 100 de la Codificación del Código del Trabajo; 84 al 90 del capítulo denominado DE LAS REFORMAS AL CÓDIGO DEL TRABAJO DE LA LEY PARA LA TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA DEL ECUADOR, relativas a la contratación laboral por horas, publicada en el Registro Oficial No. 34 del 13 de marzo del 2000; la frase “tercerización o intermediación de servicios” de la disposición general primera y la disposición general cuarta de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público; el artículo 18 de la Ley 97 de Turismo, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 733 del 27 de diciembre del 2002; los términos relativos a la tercerización e intermediación laboral de los numerales 2 y 9 del artículo 7 del Reglamento General a la Ley sobre Discapacidades; y, el Reglamento para la contratación laboral por horas, publicado en el Registro Oficial No. 547, de 18 de marzo del 2005; así

como todas las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan o contradigan al presente Mandato.”

Tercerización.-

Con relación a la eliminación de la Tercerización podemos manifestar que ocurre exactamente lo mismo que con la intermediación únicamente se efectuó un cambio de nombre en las instituciones legales ya que si bien el Artículo N°1 es muy claro en señalar que no solo se elimina a la tercerización sino que también se lo prohíbe; dos Artículos después de este en el Mandato Constituyente N°8 podemos observar la inserción de una nueva figura jurídica denominada Prestación de Servicios Complementarios la misma que viene a remplazar a la Tercerización.

Esta nueva está limitada en su ámbito de aplicación a cinco servicios los mismos que son vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza; servicios que la norma los describe taxativamente mientras que en la tercerización de servicios complementarios los servicios a ser tercerizados son exactamente los mismos es decir vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento y limpieza únicamente que en esta figura la norma no es taxativa sino que es ejemplificativa.

Por lo que podemos decir que la tercerización de servicios complementarios en nuestro país no ha desaparecido sino que ha cambiado de nombre por Prestación de Servicios Complementarios figura que se encuentra limitada a la prestación de cinco únicos servicios que como ya lo mencionamos son los de: Vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento y limpieza.

Tanto en la intermediación con su nuevo nombre SERVICIOS TECNICOS ESPECIALIZADOS como con la tercerización y su nueva figura PRESTACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS podemos observar que el cambio no existió únicamente se los modifico para enmarcarlos en lo que doctrinariamente

y conceptualmente se entiende a dichas figuras legales; pero surge la inquietud sobre como operaran estas nuevas formas de contratación y si a su vez si guardan similitud en la forma en la que operaban las anteriores para lo cual realizaremos un análisis comparativo y explicativo de dichos similitudes y diferencia separando entre los Servicios Técnicos Especializados y la Prestación de Servicios Complementarios.

3.3 Prestación de Servicios Complementarios.-

Iniciaremos nuestro estudio por el análisis de la institución jurídica de los servicios complementarios ya que es esta figura la que genero un mayor análisis por parte de los Asambleístas de Montecristi y es esta figura la que tiene un mayor impacto en el ámbito del mercado laboral.

- **Relación laboral.-**

La relación laboral en el caso de los Servicio Complementarios es únicamente entre el trabajador y la empresa prestadora del servicio (empleador) excluyendo de esta relación a la empresa usuaria sobre la cual recae únicamente la responsabilidad solidaria. Es decir el patrono del trabajador será la empresa prestadora del servicio quien deberá cumplir con todas las obligaciones patronales como son:

Tabla 8.
Obligaciones de los empleadores

OBLIGACIÓN	PERIODICIDAD	VALOR	REFERENCIA LEGAL
SUELDO	Mensual	292.00	<p>“Código del Trabajo Art. 80.- Salario y sueldo.- Salario es el estipendio que paga el empleador al obrero en virtud del contrato de trabajo; y sueldo, la remuneración que por igual concepto Corresponde al Empleado.</p> <p>El salario se paga por jornadas de labor y en tal caso se llama jornal; por unidades de obra o por tareas. El sueldo, por meses, sin suprimir los días no laborables.</p> <p>Art. 81.- Estipulación de sueldos y salarios.-</p> <p>Los sueldos y salarios se estipularán libremente, pero en ningún caso podrán ser inferiores a los mínimos legales, de conformidad con lo prescrito en el artículo 117 de este Código.”</p>

<p>DECIMO TERCERA REMUNERACION</p>	<p>Anual (Hasta el 24 de diciembre de cada año trabajado)</p>	<p>La doceava parte de todas las remuneraciones percibidas durante el año</p>	<p>“Código del Trabajo Art. 111.- Derecho a la decimotercera remuneración o bono navideño.- Los trabajadores tienen derecho a que sus empleadores les paguen, hasta el veinticuatro de diciembre de cada año, una remuneración equivalente a la doceava parte de las remuneraciones que hubieren Percibido durante el año calendario. La remuneración a que se refiere el inciso anterior se calculará de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 95 de este Código.”</p>
<p>DECIMO CUARTA REMUNERACION</p>	<p>Anual (Pagaderas en la región Costa e Insular hasta el 15 de Abril y en la región Sierra y Amazónica hasta el 15 de Septiembre)</p>	<p>Una Remuneración Básica Unificada RBU (292.00 dólares)</p>	<p>“Código del Trabajo Art. 113.- Derecho a la decimocuarta remuneración.- Los trabajadores percibirán, además, sin perjuicio de todas las remuneraciones a las que actualmente tienen derecho, una bonificación adicional anual equivalente a una remuneración básica mínima unificada para los trabajadores en general y una remuneración básica mínima unificada de los trabajadores del</p>

			<p>servicio doméstico, respectivamente, vigentes a la fecha de pago, que será pagada hasta el 15 de abril en las regiones de la Costa e Insular; y, hasta el 15 de septiembre en las regiones de la Sierra y Oriente. Para el pago de esta bonificación se observará el régimen escolar adoptado en cada una de las circunscripciones territoriales.</p> <p>La bonificación a la que se refiere el inciso anterior se pagará también a los jubilados por sus empleadores, a los jubilados del IESS, pensionistas del Seguro Militar y de la Policía Nacional.</p> <p>Si un trabajador, por cualquier causa, saliere o fuese separado de su trabajo antes de las fechas mencionadas, recibirá la parte proporcional de la decimocuarta remuneración al momento del retiro o separación.”</p>
<p>VACACIONES</p>	<p>Anual.- cumplido un año calendario de labores el trabajador tiene</p>	<p>NO APLICA</p>	<p>“Código del Trabajo Art. 69.- Vacaciones anuales.- Todo trabajador tendrá derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables. Los trabajadores que hubieren prestado servicios por más</p>

	<p>derecho a gozar de 15 días ininterrumpidos de vacaciones</p>		<p>de cinco años en la misma empresa o al mismo empleador, tendrán derecho a gozar adicionalmente de un día de vacaciones por cada uno de los años excedentes o recibirán en dinero la remuneración correspondiente a los días excedentes.</p> <p>El trabajador recibirá por adelantado la remuneración correspondiente al período de vacaciones.</p> <p>Los trabajadores menores de dieciséis años tendrán derecho a veinte días de vacaciones y los mayores de dieciséis y menores de dieciocho, lo tendrán a dieciocho días de vacaciones anuales.</p> <p>Los días de vacaciones adicionales por antigüedad no excederán de quince, salvo que las partes, mediante contrato individual o colectivo, convinieren en ampliar tal beneficio.”</p>
<p>FONDO DE RESERVA</p>	<p>Anual.- posterior al primer año de trabajo</p>	<p>El empleador pagara por cada año de servicio una remuneración integra al Instituto</p>	<p>“Código del Trabajo Art. 196.- Derecho al fondo de reserva.-</p> <p>Todo trabajador que preste servicios por más de un año tiene derecho a que el empleador le abone una suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año</p>

<p>AFILIACION AL IESS</p>		<p>Ecuatoriano de Seguridad Social o a su vez podrá pagar este valor mensualizado al trabajador.</p>	<p>completo posterior al primero de sus servicios. Estas sumas constituirán su fondo de reserva o trabajo capitalizado. El trabajador no perderá este derecho por ningún motivo. La determinación de la cantidad que corresponda por cada año de servicio se hará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 de este Código.”</p>
			<p>“Ley de Seguridad Social Art. 9.- definiciones.- Para los efectos de la protección del Seguro General Obligatorio: a. Es trabajador en relación de dependencia el empleado, obrero, servidor público, y toda persona que presta un servicio o ejecuta una obra, mediante un contrato de trabajo o un poder especial o en virtud de un nombramiento extendido legalmente, y percibe un sueldo o salario, cualquiera sea la naturaleza del servicio o la obra, el lugar de trabajo, la duración de la jornada laboral y el</p>

			<p>plazo del contrato o poder especial o nombramiento;</p> <p>b. Es trabajador autónomo toda persona que ejerce un oficio o ejecuta una obra o realiza regularmente una actividad económica, sin relación de dependencia, y percibe un ingreso en forma de honorarios, comisiones, participaciones, beneficios u otra retribución distinta al sueldo o salario;</p> <p>c. Es profesional en libre ejercicio toda persona con título universitario, politécnico o tecnológico que presta servicios a otras personas, sin relación de dependencia, por sí misma o en asociación con otras personas, y percibe un ingreso en forma de honorarios, participaciones u otra retribución distinta al sueldo o salario;</p> <p>d. Es administrador o patrono de un negocio toda persona que emplea a otros para que ejecuten una obra o presten un servicio, por cuenta</p>
--	--	--	---

			<p>suya o de un tercero;</p> <p>e. Es dueño de una empresa unipersonal, toda persona que establece una empresa o negocio de hecho, para prestar servicios o arriesgar capitales;</p> <p>f. Es menor trabajador independiente toda persona menor de dieciocho (18) años de edad que presta servicios remunerados a otras personas, sin relación de dependencia, por sí misma o en asociación con otras personas de igual condición;</p> <p>g. Es jubilado toda persona que ha cumplido los requisitos de tiempo de imposiciones y edad de retiro, o padece una lesión permanente, física o mental, total o parcial, y percibe una pensión regular del Estado o del Seguro Social, o una renta vitalicia de una compañía aseguradora, por condición de vejez o</p>
--	--	--	--

		<p>invalidez; y,</p> <p>h. Es derechohabiente el familiar del afiliado o jubilado fallecido que reúne los requisitos de ley para recibir los beneficios de montepío, en pensiones de viudez u orfandad, y cualquier otro que, a falta de los anteriores, puede reclamar dichos beneficios según las normas del derecho sucesorio.</p> <p>Para los efectos del Seguro Social Campesino, es campesino el trabajador que se dedica a la pesca artesanal y el habitante rural que labora habitualmente en el campo por cuenta propia o de la comunidad a la que pertenece, no recibe remuneraciones de un empleador público o privado y tampoco contrata a personas extrañas a la comunidad o a terceros para que realicen actividades económicas bajo su dependencia.”</p>
--	--	---

La empresa usuaria del servicio es responsable solidaria sobre el incumplimiento de cualquier de las obligaciones descritas anteriormente para lo cual deberá solicitar a la empresa prestadora del servicio se remita toda la documentación pertinente que respalde el cumplimiento de dichas obligaciones. No encontramos diferencia sobre el funcionamiento de la tercerización y la Prestación de Servicios Complementarios en lo que respecta a la relación Laboral ya que como lo analizamos con anterioridad en la tercerización la relación laboral en la tercerización recae única y exclusivamente sobre el empleador (empresa prestadora del servicio).

- **Pago de utilidades.-**

El pago de utilidades dentro de la Prestación de Servicio Complementarios es un tema que ha generado mayor numero de controversias en la implementación del Mandato Constituyente N°8 ya que existieron detractores y quienes estuvieron a favor de las reformas registradas. Siendo fácil pensar que los principales detractores fueron las empresas usuarias de los servicios complementarios y su extenso número de trabajadores y obviamente quienes se manifestaron a favor de dichas regulaciones fueron principalmente los trabajadores de las empresas prestadoras de servicios complementarios.

El Artículo 4 en su segundo inciso determina que todos los trabajadores que brinden sus servicios en empresas prestadoras de servicios complementarios participaran del reparto anual de utilidades de la empresa usuaria.

La presente reforma viene a registrar un cambio sustancial entre los derechos de los trabajadores amparados por las regulaciones de la tercerización y las regulaciones que amparan a la actual prestación de servicios complementarios ya que la Ley Reformatoria al Código del Trabajo mediante la cual se regula la actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios en su Disposición General Decima Primera menciona textualmente: “En el caso de tercerización de servicios complementarios, el

pago de utilidades corresponderá a la empresa tercerizadora.” Permitiendo así al trabajador beneficiarse de un pago de carácter anual de una empresa que para efectos prácticos fue para la que prestó sus servicios.

- **Derechos de los Trabajadores.-**

En lo que respecta a los derechos de los trabajadores que prestan sus servicios para empresas Prestadoras de Servicios Complementarios el Mandato Constituyente N°8 al igual que su reglamento de aplicación son muy claros y puntuales en señalar que dichos trabajadores estarán amparados por todos los derechos consagrados en la Constitución Política de la Republica, Convenios con la OIT ratificados por el Ecuador, Mandato Constituyente N°8, Código del Trabajo, Ley de Seguridad Social y demás normas especiales que apliquen a los trabajadores.

Lo cual ya lo pudimos ver anteriormente en la Ley Reformatoria al Código del Trabajo mediante la cual se regula la actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios en su Artículo 356 “Derechos de los trabajadores frente a la empresa de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios.- Los trabajadores que presten sus servicios a empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios, tendrán todos los derechos consagrados en la Constitución Política de la República, los convenios de la OIT, ratificados por el Ecuador, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables.

Es nula toda cláusula que impida que el trabajador intermediado o contractualmente involucrado en la tercerización de servicios complementarios sea contratado directamente por la usuaria bajo cualquier modalidad contractual.”

- **Remuneración.-**

En lo que respecta a la normativa existente para la tercerización y la prestación de servicio complementaria sobre remuneración al trabajador podemos observar que existe una similitud total sobre los conceptos y hasta sobre la terminología empleada entre ambos cuerpos legales.

Se determina como principal regulación que ningún trabajador que preste sus servicios para una empresa prestadora de servicios complementarios podrá percibir una remuneración inferior al sueldo básico unificado actualmente ubicado en 292.00 dólares americanos concatenado este valor a los mínimos sectoriales o la categoría ocupacional según la actividad que desempeñe el trabajador lo cual ya fue regulado en la tercerización.

Se regula la obligación existente de la empresa prestadora del servicio complementario a entregar al trabajador la totalidad de su remuneración según lo que se haya pactado con la empresa usuaria garantizándolo a través de la entrega de documentación como roles de pagos de todos los trabajadores que presten sus servicios bajo esta modalidad y una copia de la planilla del pago mensual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Por último se determina que la empresa prestadora de actividades complementarias así como la intermediadora laboral en su tiempo deberán garantizar al trabajador mediante cláusula explícita en el contrato mercantil el pago íntegro de su remuneración así como todos sus beneficios sociales.

El artículo 5 del Mandato Constituyente N°8 menciona sobre la remuneración al trabajador lo siguiente "Art 5.- En el contrato de trabajo que se suscriba entre la empresa que se dedica a actividades complementarias y cada uno de sus trabajadores, en ningún caso se pactará una remuneración inferior a la básica mínima unificada o a los mínimos sectoriales, según la actividad o categoría ocupacional.

Dichos contratos de trabajo obligatoriamente deben celebrarse por escrito y registrarse dentro de los treinta días subsiguientes a su celebración, ante el Ministerio de Trabajo y Empleo.

Es nula toda cláusula que impida que el trabajador de actividades complementarias sea contratado directamente por la usuaria bajo otra modalidad contractual.

La empresa que realiza actividades complementarias tiene la obligación de entregar al trabajador contratado el valor total de la remuneración que por tal concepto reciba de la usuaria, lo cual deberá acreditarse mediante la remisión mensual de una copia de los roles de pago firmados por los trabajadores y las planillas de aportes al IESS con el sello de cancelación o los documentos que acrediten tales operaciones, requisito sin el cual la usuaria no realizará el pago de la respectiva factura a la empresa que se dedica a actividades complementarias.

La empresa que realiza actividades complementarias, en el contrato mercantil que celebre con la usuaria, deberá garantizar el pago íntegro de las remuneraciones del trabajador y de todos sus beneficios laborales y de seguridad social.”

Mientras que podemos observar que el Artículo 357 en sus párrafos específicos sobre remuneración a los trabajadores determina casi con exactitud lo que recoge el Mandato Constituyente N°8 en su Artículo 5 “Art. 357.- Prohibiciones y obligaciones de las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios.-

La empresa intermediaria tiene la obligación de entregar al trabajador contratado el valor total de la remuneración que por tal concepto reciba de la usuaria, y que no podrá ser inferior en ningún caso a lo señalado por la ley, comisiones sectoriales o cualquier otra norma jurídica. Esto deberá acreditarse

mediante la entrega mensual de la empresa intermediaria a la usuaria, de una copia de los roles de pago firmados por los trabajadores y las planillas de aportes al

IESS con el sello de cancelación o los documentos que acrediten tales operaciones, requisito que posibilitará el pago de la respectiva factura de la usuaria a la empresa intermediaria.

Las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios, en su condición de empleador, tienen la obligación de hacer cumplir todos los derechos de los trabajadores consagrados en la Constitución Política de la República, convenios internacionales ratificados por el Ecuador, Código del Trabajo, Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables, así como las que entren en vigencia con posterioridad a la firma del contrato. Las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios están obligadas a presentar anualmente o cuando

lo requiera el Ministerio de Trabajo y Empleo los informes estadísticos que éste solicite, relacionados con la oferta y demanda de mano de obra, frecuencia de colocación, ocupación, sectores de actividad económica atendidos, cuantías y escalas de remuneración.

La intermediaria laboral, en el contrato mercantil que celebre con la usuaria, deberá garantizar a aquella la calidad del servicio y el cabal cumplimiento del mismo, especialmente el pago íntegro de las remuneraciones del trabajador intermediado y de todos sus beneficios laborales y de seguridad social.”

- **Prohibiciones.-**

Sobre las prohibiciones que se contemplan en el Mandato Constituyente N°8 debemos ser reiterativos en mencionar que los conceptos que la asamblea de Montecristi con tanto empeño procuro eliminar y hasta se evidencio la

utilización de términos peyorativos hacia la tercerización nuevamente podemos identificar que en la práctica dicha eliminación no ocurrió únicamente se cambio de nombre a la institución jurídica manteniendo los mismos conceptos y hasta las mismas prohibiciones y es justamente sobre dichas prohibiciones que efectuaremos nuestro análisis.

El Artículo N°6 del Mandato Constituyente N°8 prohíbe la vinculación entre las empresas prestadoras de servicios complementarios y las empresas usuarias del servicio siendo específicos que la prohibición de vinculación se extiende:

AREA SOCIETARIA:

- En las participaciones o acciones que puedan tener la usuaria en la prestadora del servicio complementarios y entre la prestadora del servicio complementario y la usuaria
- Mantener un mismo representante legal entre la empresa usuaria y la prestadora de servicios complementarios.
- No mantener ningún tipo de relación societaria entre las sociedades materia del contrato.

AREA MERCANTIL:

- Las empresas usuaria del servicio y la prestadora del servicio no podrán ser entre sí Matrices, filiales ni subsidiarias.

Para demostrar el cumplimiento de estos requisitos legales los representantes legales de cada una de las empresas suscriptoras del contrato de prestación de servicios complementarios deberá acreditarlo mediante declaración juramentada ante notario público o juez competente los mismos que determinaran la veracidad de la declaración.

El Artículo 363 del Código del Trabajo determina idéntica prohibición de vinculación llevándonos a pensar que los Asambleístas de Montecristi realizaron una copia textual de dicho cuerpo legal al Mandato Constituyente N° 8 así plasmo el párrafo correspondiente “ **Art. 363** Prohibición de vinculación entre la usuaria y la empresa de intermediación laboral.- las empresas de intermediación laboral y las usuarias no pueden entre sí, ser matrices, filiales, subsidiarias ni relacionadas, ni tener participación o relación societaria de ningún tipo. Hecho que debe acreditarse mediante una declaración juramentada que determine esta circunstancia, suscrita por los representantes legales de las empresas que suscriben el contrato y otorgada ante notario o juez competente.” Contrastado con lo que determina el “**Art. 6.-** Las empresas de actividades complementarias y las usuarias no pueden entre sí, ser matrices, filiales, subsidiarias ni relacionadas, ni tener participación o relación societaria de ningún tipo, hecho que debe acreditarse mediante una declaración juramentada de los representantes legales de las empresas que suscriben el contrato y otorgada ante notario o juez competente que determine esta circunstancia.”

Sanciones.-

En lo que respecta a la parte punitiva del Mandato Constituyente N°8 que afecta a todos los actores de la prestación de actividades complementarias identificamos que existen pocos artículos que hacen alusión al tema y estos son únicamente el Artículo 6 y el Artículo 7 los mismos que los analizaremos a continuación

Las sanciones que registra el Artículo N°6 del Mandato Constituyente N°8 están vinculadas al párrafo descrito con anterioridad sobre la prohibición de vinculación entre empresas usuarias y prestadoras de servicios complementarios; determinándose como sanción para la empresa usuaria la absorción de todos los trabajadores de la empresa prestadora del servicio complementario; trabajadores que pasaran a formar parte de la empresa

usuaria y esta tomara el rol de empleador directo asumiendo así toda la responsabilidad patronal con dicho personal. Se determina adicionalmente la imposición de una sanción de orden pecuniario por contratar a una empresa prestadora de servicios complementarios vinculada a la usuaria la cual será de seis remuneraciones básicas unificadas las mismas que serán impuestas por los directores regionales.

Existe sanciones sobre la misma materia pero que versan sobre la contratación en el sector público, empresas públicas estatales, municipales y de entidades de derecho privado en las que el estado posea participación accionaria mayoritaria, en dicho caso será el funcionario público que contrato a la prestadora de servicios complementarios quien asumirá a título personal a todos los trabajadores que prestaron sus servicio para la institución estatal siendo este el único sobre quien recaiga la responsabilidad patronal y se excluye la responsabilidad solidaria de las empresas estatales y todas las áreas del sector público sobre dichos trabajadores sin perjuicio de la sanción pecuniaria que recae sobre dicho trabajador la cual será de seis remuneraciones básicas unificadas, la remoción de su cargo o hasta llegar a la pérdida del cargo que ostentaba sin derecho a percibir remuneración alguna sobre los años de trabajo.

Es decir el funcionario público que contratare a una empresa prestadora de servicios complementarios la cual posea vinculación con dicho funcionario será sancionado de tres formas:

- Pasara a ser el empleador directo de los trabajadores que hayan prestado sus servicios para la institución estatal, siendo este su único empleador y sobre quien recae todas las obligaciones patronales, sin existir responsabilidad solidaria frente a la institución estatal.
- Sanción pecuniaria correspondiente a seis remuneraciones básicas unificadas.

- Remoción o pérdida de su cargo sin derecho a indemnización por sus años de trabajo.

“Art. 6.- La usuaria del sector privado que contrate a una persona jurídica, vinculada para el ejercicio de las actividades complementarias, asumirá a los trabajadores como su personal de manera directa y será considerada para todos los efectos como empleador del trabajador, vínculo que se regirá por las normas del Código del Trabajo. Además, será sancionada con una multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas, sanción que será impuesta por los directores regionales. Si esta vinculación sucediera en el sector público, será el funcionario que contrate la empresa de actividades complementarias quien asumirá a los trabajadores a título personal como directos y dependientes, sin que las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, municipales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus Instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, puedan hacerse cargo de ellos ni asuma responsabilidad alguna, ni siquiera en lo relativo a la solidaridad patronal que en todos los casos corresponderá a dicho funcionario, quien además será sancionado con multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas y la remoción o pérdida de su cargo, según corresponda, sin derecho a indemnización alguna.” (Mandato Constituyente N°8, 2008, página 1)

Al comparar la normativa del Artículo N°6 del Mandato Constituyente y compararla con la normativa que regulaba a la actividad de la tercerización e intermediación laboral podemos determinar que no existen cambios en dichas instituciones ya que la Ley Reformativa al Código del Trabajo, Mediante la Cual se Regula la Actividad de Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios en el Art. 17 realiza una descripción idéntica sobre las sanciones hacia la empresa usuaria en el caso de existir vinculación.

“Art. 17.- La usuaria del sector privado que contrate a una persona natural o jurídica, vinculada para el ejercicio de la intermediación laboral, asumirá a los trabajadores como su personal de manera directa y será considerada para todos los efectos como empleador del trabajador, vínculo que se regirá por las normas del Código del Trabajo. Además, será sancionada con una multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas. Estas sanciones serán impuestas por los directores regionales de trabajo e incorporadas al registro antes mencionado. En los lugares donde no haya Direcciones Regionales, los inspectores del trabajo una vez conocida la infracción, remitirán en el término de 48 horas, la información a las Direcciones Regionales de Trabajo de la respectiva jurisdicción para la imposición de las respectivas sanciones. Si esta vinculación sucediera en el sector público, será el funcionario que contrate la intermediaria quien asumirá a los trabajadores a título personal como directos y dependientes, sin que la institución del Estado o la entidad de derecho privado en la cual las instituciones del Estado tiene participación total o mayoritaria de recursos públicos, puedan hacerse cargo de ellos ni asuma responsabilidad alguna, ni siquiera en lo relativo a la solidaridad patronal que en todos los casos corresponderá a dicho funcionario, quien además será sancionado con multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas.

Prohíbese que dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores o trabajadores de las instituciones del Estado, o sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, que tengan participaciones o acciones o ejerzan la representación legal o dirección administrativa en una empresa intermediaria, celebren contratos de intermediación laboral o tercerización de servicios complementarios con las instituciones en las que laboren o presten sus servicios o, prevalidos del ejercicio de su función o cargo, ejerzan presiones o influencias para obtener dichas contrataciones a favor propio o de terceros.” (LEY REFORMATORIA AL CODIGO DEL TRABAJO, MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION LABORAL Y LA DE TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, 2006, página 7)

Existe otra referencia muy general sobre sanciones que recae a todos los actores de la prestación de servicios complementarios entendiéndose por estos a las empresas usuarias y prestadoras del servicio y a los trabajadores la cual la podemos observar en el Artículo N°7 del mandato Constituyente N°8 en la que se determina que ante la violación de cualquier norma del Código del Trabajo, del presente Mandato o cualquier norma pertinente a la prestación de servicios complementarios los actores de esta figura jurídica se acogerán a las sanciones que el Código del Trabajo determine; de no existir sanción sobre un acto determinado el Director regional del Trabajo se encuentra en la capacidad de imponer multas desde tres hasta veinte sueldos o salarios unificados.

Por lo que dicho de otra manera todos los actores de la prestación de servicios complementarios se deberán regir en lo que respecta a sanciones a lo que determina el Código de Trabajo siendo este cuerpo legal el que regulara todos los eventos de naturaleza legal laboral en esta prestación de servicios tal como sucede en con todas las otras formas de trabajo en el país.

Subcapítulo 3.4 Servicios Técnicos Especializados.-

El último subcapítulo a ser analizado corresponde a los Servicio Técnicos Especializados, esta nueva figura jurídica surge a la vida a partir de dos artículos del Mandato Constituyente N°8 los cuales están recogidos en las Disposiciones Generales número primera y segunda de dicho cuerpo legal.

“Primera.- Para el caso de las empresas del sector estratégico público, los servicios técnicos especializados que requieran dichas empresas, podrán ser contratados civilmente. Los trabajadores de las empresas de servicios técnicos especializados, tendrán relación directa y bilateral con éstas y se sujetarán a las disposiciones del Código de Trabajo.

Segunda.- Se podrá contratar civilmente servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de

contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros, que serán prestados por personas naturales, o jurídicas con su propio personal y que contarán con la adecuada infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera. La relación laboral será directa y bilateral entre los prestadores de servicios técnicos especializados y sus trabajadores.” (Mandato Constituyente N°8, 2008, página 4)

Al revisar las regulaciones de estos dos artículos claramente podemos distinguir grandes similitudes con otra institución jurídica analizada en el Capítulo II de la presente tesis que es la Intermediación Laboral ya que conllevan elementos característicos similares ambas instituciones que es:

1. La contratación de terceras personas para la ejecución de actividades ajenas al proceso productivo normal de la persona natural o jurídica que la contrata.
2. La prestación de los servicios por parte de una tercera persona en las instalaciones físicas de la contratante
3. La existencia de una relación contractual civil entre la contratante y la prestadora del servicio sin existir relación laboral entre la contratante y el trabajador que brinda sus servicios el cual mantiene su relación laboral y dependencia con la prestadora del servicio.

“Art. 1- Definiciones.-

Intermediación Laboral.- Se denomina intermediación laboral a aquella actividad consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, natural o jurídica, llamada usuaria, que determina sus tareas y supervisa su ejecución; y,” (LEY REFORMATORIA AL CODIGO DEL TRABAJO, MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION LABORAL Y LA DE TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS., 2006, página 1)

En mi criterio existe un único elemento que diferencia a la Intermediación de los Servicios Técnicos Especializados que es la descripción ejemplificativa que se manifiesta en los Servicios Técnicos Especializados de los servicios susceptibles a ser contratados como son: contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas entre otros esta descripción generaría una marcada separación entre estas dos figuras jurídicas ya que el Artículo N°8 de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la Cual se Regula la Actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios determina que se podrá recurrir a la intermediación laboral a todas las actividades de la usuaria

“Art. 8.- Actividades en las que se puede recurrir a la intermediación laboral.- Se podrá recurrir a la intermediación laboral, para todas las actividades de la usuaria, bajo las modalidades de contratación de plazo fijo, ocasional, eventual, por horas y demás contratos precarios. El número máximo de trabajadores que una usuaria puede mantener bajo el sistema de intermediación laboral, no excederá del cincuenta por ciento (50%) del total de los trabajadores que la usuaria requiera contratar para su operación y funcionamiento. Los trabajadores amparados por contratos de temporada que gocen de la estabilidad prevista en el inciso cuarto del artículo 17 del Código del Trabajo, si serán considerados para el referido cálculo del porcentaje.” (LEY REFORMATORIA AL CODIGO DEL TRABAJO, MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION LABORAL Y LA DE TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS., 2006, página 3)

Esta diferencia en mi criterio se establece únicamente en la redacción de la norma ya que la esencia de la figura jurídica claramente determina que tanto la intermediación laboral como los servicios técnicos especializados se los emplea para actividades ajenas a los procesos productivos del contratante y en este escenario resulta innecesario mencionar las actividades como ejemplo ya que si una empresa que presta servicio de contabilidad para otras empresas no podría contratar a una tercera persona para llevar su propia contabilidad pero si servicios legales.

CAPITULO IV

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones:

El sistema de tercerización e intermediación laboral se lo elimina mediante la expedición del Mandato Constituyente N°8 como una medida de solución a un modelo que funcionaba desde su raíz de manera incorrecta, eliminación que se la motivo únicamente desde el punto de vista de los abusos cometidos por parte de los empleadores, generando la idea de que la externalización de mano de obra es una herramienta de precarización de las relaciones laborales y de incumplimiento de los derechos individuales y colectivos.

Esta visión sesgada del funcionamiento de todo un sistema de contratación laboral genero el debate público entre los distintos actores de la sociedad política y civil del País abriendo las puertas a la realización de un estudio pormenorizado de las ventajas y desventajas de la tercerización e intermediación en el Ecuador permitiéndonos llegar a concluir que el sistema de tercerización e intermediación es una herramienta necesaria en la legislación ecuatoriana ya que permite dinamizar el mercado laboral creando nuevas fuentes de trabajo las mismas que son necesarias en nuestro país el cual registra un alto grado de desempleo y subempleo, permite alcanzar un alto de grado de especialización de los sectores productivos ya que cada industria enfoca su esfuerzo para lo cual poseen fortalezas y derivan a terceras personas sean estas naturales o jurídicas el cumplimiento de actividades que se encuentran fuera de su proceso productivo y es un sistema el cual protege todos los derechos individuales y colectivos a los trabajadores en apego a todos los cuerpos legales tales como Constitución de la Republica, Convenios Internacionales, Código del Trabajo y demás normas aplicables.

- LOS TRABAJADORES TERCERIZADOS E INTERMEDIADOS SI GOZAN DE TODOS LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DEL TRABAJO

En base a lo expuesto en el CAPITULO II de la presente tesis podemos concluir que el sistema de tercerización e intermediación es un sistema por el cual se respetan todas las garantías individuales del trabajo contenidas en la Constitución de la Republica, Convenios Internacionales del Trabajo, Código del Trabajo, Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables ya que expresamente en la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la cual se regula la actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios se determina que dichos trabajadores se encontraran amparados por los cuerpos legales anteriormente citados.

La omisión de estos derechos fundamentales de los trabajadores no se puede atribuir a que el sistema de tercerización e intermediación sea deficiente y sea esta modalidad de trabajo la que promueva el abuso y restricción de derechos para los trabajadores sino determinar los verdaderos causantes de la vulneración de los derechos a los trabajadores y sancionarlos según lo determina la propia ley que regulo a la tercerización e intermediación.

En lo referente a los derechos colectivos de los trabajadores podemos concluir que el sistema de tercerización e intermediación no limita el derecho a la organización sindical, al contrato colectivo o el derecho a la huelga de una manera textual en un cuerpo legal pero la propia concepción de dichas figuras legales no permiten la existencia de agrupaciones sindicales o comités de empresa debido a que los trabajadores que brindan sus servicios bajo esta modalidad se encuentran disperso en las distintas instalaciones físicas de las usuarias lo que limita esta potestad de los trabajadores de asociarse.

- Como lo hemos plasmado en esta tesis podemos concluir que la proliferación de abusos registrados por parte de los actores de la tercerización e intermediación laboral, especialmente por parte de los empleadores, se debe en gran medida a la falta de control por parte de los organismos encargados de realizarlo en este caso Ministerio de Relaciones Laborales, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y empresas usuarias quienes omitieron el mandato que contemplaba la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la cual se regula la actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios aportando en gran medida a que este sistema de tercerización e intermediación sea eliminado.
- La eliminación del sistema de tercerización e intermediación afecto directamente a los trabajadores ya que se registraron aumentos considerables en los índices de desempleo y subempleo experimentando un crecimiento de dos puntos porcentuales en la tasa de desempleo de 6,4 a 8,3 para el año 2009, año en el cual los trabajadores tercerizados perderían la estabilidad que por imposición del Mandato Constituyente N°8 se les otorgo. Un año calendario a partir de la emisión del Mandato el cual entro en vigencia en Abril de 2008
- Como último punto a concluir mencionare que el Mandato Constituyente N°8 no elimina al sistema de tercerización e intermediación laboral únicamente reemplaza las instituciones por otras con distintos nombres las mismas que se regirán por normas muy similares a las instituciones anteriores así entonces lo que se conocía como Tercerización de servicios Complementarios desde la expedición del mandato Constituyente N°8 se denominara Prestación de Actividades Complementarias y a la institución de Intermediación Laboral se la conocerá como servicios técnicos especializados.

4.2 Recomendaciones:

En base a las conclusiones que derivan del estudio de todos los factores que incidieron en la eliminación de la tercerización e intermediación derivamos las siguientes recomendaciones:

- Poner en práctica a través de hechos concretos eficaces y oportunos el control que el Mandato Constituyente N°8 impone al Ministerio de Relaciones Laborales hacia todos los actores de este nuevo régimen de externalización laboral ya que de no hacerlo dicho régimen se encuentra condenado a repetir los mismos errores y abusos de los cuales se derivaron los presentes cambios.
- Implementar por parte del Ministerio de Relaciones Laborales campañas de capacitación a los trabajadores que brindan sus servicios para empresas prestadoras de servicios complementarios y prestadoras de servicios técnicos especializados sobre todos los derechos que les amparan como trabajadores de esta rama para que sean estos quienes velen por el cumplimiento de sus derechos y en el caso de existir restricciones de sus derechos laborales se realicen las respectivas denuncias al Ministerio de Relaciones Laborales.

REFERENCIAS

- Constitución Política de la Republica del Ecuador Registro Oficial RO No 1 de 11 de agosto de 1998
- Constitución Política de la República del Ecuador (2008)
- CODIFICACION DEL CODIGO DEL TRABAJO. Codificación 17, Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de Diciembre del 2005. H. CONGRESO NACIONAL CODIFICACION 2005-017
- ERAZO Bastidas Marcelo, La Intermediación Laboral y la tercerización de Servicios. La Subcontratación laboral: Análisis y Perspectivas, Cuaderno de Integración Andina, Lima Perú 2007
- El Outsourcing en el Ecuador, Carlos Alfredo Uquillas, Observatorio de la Economía Latinoamericana
http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/ec/2007/cau-outsourcing.htm#_ftn2
- GUERRON Ayala Santiago, Principios Constitucionales del derecho del Trabajo y Flexibilidad Laboral, Corporación Editora Nacional, Quito – Ecuador, 2003.
- GOMEZ Dinor, El impacto de la Tercerización en las empresas, Tesis Universidad Andina Simón Bolívar Quito – Ecuador
http://www.supercias.gov.ec/paginas_htm/mercado/estadisticas/anuarios/anuarios.htm
- HERNANDEZ, Sabino La tercerización, Poligráfica, Guayaquil Agosto 2006
<http://www.pcmle.org/spip2112/spip.php?article928>

- LEY REFORMATORIA AL CODIGO DEL TRABAJO, MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION LABORAL Y LA DE TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS. REGISTRO OFICIAL No. 298 – Suplemento Viernes, 23 de junio del 2006
- LEY REFORMATORIA AL CODIGO DEL TRABAJO, MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACION LABORAL Y LA DE TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS. REGISTRO OFICIAL No. 298 – Suplemento Viernes, 23 de junio del 2006
- Marco Navas Alvear
http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4335
- Mandato Constituyente 8 (Suplemento del Registro Oficial 330, 6-V-2008).
- NOLIVOS, Iván, “Tercerización no es intermediación laboral”, Mundo laboral, Quito, Ecuador, 2006, p.p. 6,
- PÁEZ, Andrés, “Intermediación Laboral, Tercerización de Servicios y Colocación de Personal” Editorial Che, Quito, Ecuador, 2006.
- Reglamento Mandato Constituyente N° 8
- TRUJILLO, Julio Cesar, Derecho del Trabajo, Tomo I, Tercera Edición, Centro de Publicaciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2008
- TOLEDO Liliana El Mandato Constituyente N° 8, Tesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito - Ecuador.

- TOLEDO Palacios Liliana del Carmen, El Mandato Constituyente N°8 la Supremacía de la Tercerización e Intermediación Laboral Garantías Especiales, Quito Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito – Ecuador, 2009
- VASQUEZ LOPEZ, Jorge, “Derecho Laboral Ecuatoriano derecho individual”, Primera Edición, Editora Librería Jurídica Cevallos, Quito, Ecuador, 2004, p.p. 149, 150
- VILLACRES Gerardo, La Intermediación Laboral y la tercerización de Servicios. La Subcontratación laboral: Análisis y Perspectivas, Cuaderno de Integración Andina, Lima Perú 2007
- VIVIANA Betancourt, Contratos con empresas tercerizadoras en el Ecuador, Quito – Ecuador, 2005
- YOLANDA Gallardo Tercerización en el Ecuador, frente a los derechos de los trabajadores, Tesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito - Ecuador.

ANEXOS

ANEXO I

CUADRO COMPARATIVO ENTRE LA TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS Y LA PRESTACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS

	PRESTACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS	TERCERIZACION DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS
LEGISLACIÓN	Mandato Constituyente n°8	Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la Actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios
DEFINICION	El reglamento de aplicación del Mandato Constituyente N°8 en Artículo 2 define a la Prestación de Servicios Complementarios como: "Se denominan actividades complementarias, aquellas que realizan personas jurídicas	La Ley que regulo a la intermediación y tercerización la define como: "Se denomina tercerización de servicios complementarios, aquella que realiza una persona jurídica constituida de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio

	<p>constituídas de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria. La relación laboral operará exclusivamente entre la empresa de actividad complementaria y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución Política de la República y la ley.</p> <p>Constituyen actividades complementarias de la usuaria las de vigilancia-seguridad, alimentación, mensajería y limpieza.”</p>	<p>personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa. La relación laboral operará exclusivamente entre la empresa tercerizadora de servicios complementarios y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución Política de la República y la ley.”</p>
--	---	--

<p>ACTIVIDADES</p>	<p>Las actividades exclusivas en las que se podrán prestar servicios complementarios serán: Vigilancia Seguridad Alimentación Mensajería y Limpieza.</p>	<p>Se podrá tercerizar servicios complementarios únicamente en las siguientes actividades: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y otras actividades que sean complementarias a la actividad principal de la usuaria</p>
<p>AUTORIZACION</p>	<p>Para entrar en funcionamiento las empresas Prestadoras de Servicios Complementarios deberán obtener un permiso de funcionamiento el mismo que lo otorga el Ministerio de Trabajo y Empleo. Duración.- 2 año el primer permiso, cinco años el segundo y el tercero será por tiempo indefinido</p>	<p>Para que una persona jurídica pueda brindar sus servicios como prestadora de servicios complementarios debía obtener un permiso de funcionamiento el mismo que lo otorgaba El Ministerio de Trabajo y Empleo. Duración.- 1 año el primer permiso, cinco años el segundo y el tercero será por tiempo indefinido</p>

<p>CELEBRACION DE CONTRATOS</p>	<p>El Reglamento para la ejecución del Mandato Constituyente N°8 determina que para la prestación de servicios complementarios se deben celebrar dos contratos uno mercantil entre la usuaria y la prestadora del servicio y un contrato laboral entre la prestadora del servicio y el trabajador.</p>	<p>La ley que regulo a la tercerización de servicios complementarios determina que se deberá celebrar un contrato mercantil entre la prestadora de los servicios de tercerización y la empresa usuaria.</p> <p>DIFERENCIA.- Existe una diferencia entre estas dos figuras ya que en la tercerización de servicios complementarios únicamente se establece la celebración de un contrato mercantil y no se determina la existencia de un contrato laboral.</p>
<p>REMUNERACIONES</p>	<p>Ningún trabajador que preste sus servicios dentro de una empresa de servicios complementarios podrá percibir una remuneración inferior a la remuneración básica mínima unificada o a lo que estipule los mínimos sectoriales</p>	<p>No podía percibir una remuneración inferior a lo que la ley determine o al mínimo sectorial.</p> <p>En la ley que regulo la intermediación y la tercerización en el Artículo Innumerado</p>

	<p>Referencia Artículo 7 Reglamento de Aplicación del Mandato Constituyente N°8</p> <p>Se prohíbe el cobro al trabajador de cualquier valor por concepto de capacitación, reclutamiento, formación, contratación, etc. Referencia Artículo 10 Reglamento de Aplicación del Mandato Constituyente N°8</p>	<p>Prohibiciones y Obligaciones de la empresa de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios.- Se prohíbe textualmente el cobro por concepto de reclutamiento, selección, capacitación, colocación, formación o contratación.</p>
<p>RESPONSABILIDAD SOLIDARIA</p>	<p>Se determina que el beneficiario de la obra será solidariamente responsable en el cumplimiento de las obligaciones del trabajador. Referencia Artículo 8 Reglamento de Aplicación del Mandato Constituyente N°8</p>	<p>No existía responsabilidad solidaria para el trabajador tercerizado existía una referencia en la ley que regulo a la tercerización e intermediación pero es exclusiva para las empresas intermediadoras</p>

UTILIDADES	<p>El trabajador con relacion de dependencia en una empresa prestadora de servicios complementarios gozara del pago de utilidades de la empresa para la cual brindo sus servicios siempre que esta declare un valor mayor al de la prestadora del servicio.</p>	<p>El trabajador tercerizado únicamente gozaba de utilidades de la empresa para la cual mantenía relacion de dependencia y no de la empresa usuaria.</p>
VINCULACION	<p>El Mandato Constituyente N°8 en su Artículo N° 6 prohíbe textualmente que las empresas usuarias y prestadoras de servicios complementarios tengan vinculación, ser matrices y filiales entre si, mantener participación o relacion societaria de ningún tipo lo cual se deberá declarar bajo declaración juramentada por parte del representante legal.</p>	<p>En la ley que regulo la intermediación y la tercerización laboral se estableció la prohibición de vinculación entre usuaria y tercerizadoras textualmente prohibiendo ser entre si matrices y filiales, mantener participación o relacion societaria de ningún tipo lo cual se deberá declarar bajo declaración juramentada por parte del representante legal.</p>

ANEXO II
CUADRO COMPARATIVO ENTRE LA INTERMEDIACION LABORAL Y LOS SERVICIOS TECNICOS ESPECIALIZADOS

	SERVICIOS TECNICOS ESPECIALIZADOS	INTERMEDIACION LABORAL
LEGISLACION	Mandato Constituyente N°8	Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la Actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios
DEFINICION	No existe una definición concreta en la legislación ecuatoriana de Servicios Técnicos Especializados únicamente se encuentra una breve descripción de su funcionamiento para lo cual nos remitimos al Artículo 16 del Reglamento de Aplicación del Mandato N°8	La ley Reformatoria al Código del Trabajo que regulo la tercerización e intermediación definió en su Artículo 2 Definiciones a la Intermediación Laboral como: "Intermediación Laboral.- Se denomina intermediación laboral a

	<p>“Se podrá contratar civilmente servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la empresa usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros, que serán prestados por personas naturales o jurídicas en sus particulares instalaciones, con su propio personal, las que contarán con la adecuada infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera.”</p>	<p>aquella actividad consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, natural o jurídica, llamada usuaria, que determina sus tareas y supervisa su ejecución;”</p>
<p>ACTIVIDADES</p>	<p>Los servicios técnicos especializados a diferencia de la intermediación laboral se los restringe, limitando su accionar a servicios como la contabilidad, publicidad,</p>	<p>La intermediación laboral no delimita los servicios que las empresas usuarias podían intermediar únicamente se determina una limitante sobre la cantidad</p>

	<p>consultoría, auditoría, servicios jurídicos y de sistemas. Esta descripción de actividades no es taxativa sino ejemplificativa determinando claramente que se podrá contratar estos servicios siempre que estos no constituyan actividades propias y habituales para la empresa usuaria.</p>	<p>de trabajadores que presten sus servicios bajo esta modalidad la cual no podrá ser mayor al 50% del total de los trabajadores.</p>
<p>RESPONSABILIDAD SOLIDARIA</p>	<p>El Artículo 16 del Reglamento de Aplicación del Mandato Constituyente N°8 determina que no existirá Responsabilidad Solidaria entre la empresa prestadora de los servicios técnicos especializados y la usuaria, exceptuándose únicamente en el caso de realizar el contrato con una prestadora de servicios que no posea el respectivo permiso de funcionamiento.</p>	<p>En la Intermediación Laboral existe responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y la prestadora de servicios de intermediación, determinándose que el trabajador afectado en sus derechos podrá reclamar el cumplimiento de sus derechos a la empresa usuaria y a la prestadora del servicio.</p>

	<p>“La relación laboral será directa y bilateral entre los contratistas prestadores de servicios técnicos especializados y sus trabajadores, sin que haya responsabilidad solidaria por parte de la usuaria, salvo el caso de que exista vinculación en los términos señalados en el artículo 13 de este reglamento.”</p>	
<p>VINCULACION</p>	<p>Se elimina la figura de “servicio prestado”, Prestación de servicios” o “servicios profesionales” debido a que estos contratos de índole civil en realidad deberían regirse por un contrato de trabajo ya que cumplen con los tres requisitos fundamentales para comprobar relación laboral los mismos que son prestación de servicios lícitos y</p>	<p>No se encuentra similitud de norma en la intermediación laboral</p>

	<p>personales, relacion de dependencia y remuneración.</p> <p>Con dicha prohibición todos los contratos que estén bajo esta modalidad civil deberán ampararse por los servicios técnicos especializados.</p>	
<p>ORGANOS DE CONTROL</p>	<p>Todos los contratos que se celebren como servicios técnicos especializados deberán enviarse al Ministerio de Trabajo y Empleo para que sea este ministerio el que controle y registre.</p>	<p>Con relacion a los contratos de trabajo celebrados entre las empresas intermediadoras y los trabajadores que prestan sus servicios para dichas empresas se considera como una infracción grave en el caso de registrarlos ante el inspector del trabajo de la jurisdicción o ante juez competente.</p>