



REPÚBLICA DEL ECUADOR

**CORPORACIÓN CIENTÍFICO HUMANISTA
UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS
U.D.L.A.**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

LA TERCERIZACIÓN LABORAL

**TESIS PRESENTADA EN CONFORMIDAD CON LOS REQUISITOS
PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA**

MARÍA VERÓNICA VALAREZO ALCÍVAR

DIRECTOR: DR. ANGEL POLIBIO CHÁVES

ABRIL DEL 2002

QUITO - ECUADOR





AGRADECIMIENTO

A MI CREADOR, POR LOS QUE SIGUEN

Y POR LOS QUE VENDRÁN

A MIS PADRES, POR HABERME

CONDUCIDO HASTA AQUÍ

A MARIO, POR SU CARIÑO

A CARMEN, POR SU EJEMPLO

A JOSÉ, POR SU RISA

A MARCO, POR SU ILUSIÓN

AL DR. CARLOS LARREÁTEGUI M.,

POR SU AFECTO Y APOYO

A MIS PROFESORES, POR SUS ENSEÑANZAS



DEDICATORIA

**TODO ESFUERZO Y CONQUISTA SIEMPRE
ESTARÁ DEDICADO A MIS PADRES,
ARTÍFICES Y CONSTRUCTORES
DE LA FELICIDAD. pep**



ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPITULO I	9
LA RELACIÓN LABORAL Y EL CONTRATO DE TRABAJO	9
1 EL TRABAJO.....	9
2 CONCEPTOS ESENCIALES PREVIOS	12
2.1 RELACIÓN Y CONTRATO DE TRABAJO	13
2.1.1 CONTRATO DE TRABAJO	14
2.1.1.1 DEFINICIÓN	16
2.1.1.2 ELEMENTOS	18
2.1.1.2.1 ACUERDO DE LAS PARTES	18
2.1.1.2.2 PRESTACIÓN DE SERVICIOS LÍCITOS Y PERSONALES.....	19
2.1.1.2.3 DEPENDENCIA	19
2.1.1.2.4 REMUNERACIÓN	20
2.1.1.3 CARACTERES	21
2.1.1.4 SUJETOS.....	22
2.1.1.4.1 TRABAJADOR.....	23
2.1.1.4.2 EMPLEADOR.....	25
2.1.1.4.2.1 DIRECTO.....	26
2.1.1.4.2.2 INTERPUESTO.....	28
2.1.1.4.2.2.1 POR TERCERIZADORES	30
2.1.1.4.2.2.2 POR CONTRATISTAS	32
2.1.1.5 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	33
2.1.1.5.1 POR LA FORMA DE CELEBRACIÓN.....	34
2.1.1.5.2 POR LA FORMA DE REMUNERACIÓN	35
2.1.1.5.3 POR EL TIEMPO DE DURACIÓN	37
2.1.1.5.4 POR LA FORMA DE EJECUCIÓN DEL TRABAJO	39
2.1.1.5.5 POR EL NÚMERO DE TRABAJADORES	40
CAPITULO II	41
LA TERCERIZACIÓN LABORAL	41

3	ANTECEDENTES HISTÓRICOS	41
4	NOCIONES GENERALES	47
4.1	DEFINICIÓN	50
4.2	NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS ESENCIALES	52
4.3	INTERMEDIACIÓN O INTERPOSICIÓN?	54
5	CLASES DE INTERMEDIACIÓN Y TERCERIZACIÓN LABORAL.....	58
5.1	OFICINAS DE COLOCACIÓN	62
5.2	TERCERIZACIÓN EN EMPRESAS VINCULADAS.....	67
5.3	TERCERIZACIÓN EN EMPRESAS NO VINCULADAS	74
6	PARTES INTERVINIENTES	80
6.1	EMPRESA USUARIA	81
6.2	TERCERIZADOR.....	82
6.3	TRABAJADOR.....	83
7	EFFECTOS LABORALES DE LA TERCERIZACIÓN	84
7.1	DEPENDENCIA	87
7.2	ESTABILIDAD.....	89
8	RELACIONES CONTRACTUALES.....	91
8.1	ENTRE LA EMPRESA TERCERIZADORA Y EL TRABAJADOR.....	91
8.2	ENTRE LA EMPRESA USUARIA Y LA EMPRESA TERCERIZADORA 91	
8.3	ENTRE LA EMPRESA USUARIA Y EL TRABAJADOR	92
	CAPITULO III	94
	LA TERCERIZACIÓN LABORAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA ...	94
9	RÉGIMEN JURÍDICO.....	94

9.1	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR....	96
9.2	CÓDIGO DEL TRABAJO	100
9.3	REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LAS OFICINAS PRIVADAS DE COLOCACIONES	102
9.4	REGLAMENTO PARA LA CONTRATACIÓN LABORAL POR HORAS 105	
9.5	CONVENIO 181 SOBRE LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO	107
9.6	RECOMENDACIÓN 188 SOBRE LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO ..	113
	CAPITULO IV	115
	EL CONTRATO DE TRABAJO DE TERCERIZACIÓN	115
10	DEFINICIÓN	115
11	CARACTERES ESPECÍFICOS	117
12	DISPOSICIONES Y CLÁUSULAS ESENCIALES	119
13	REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ.....	122
13.1	CAPACIDAD	124
13.1.1	DE LA EMPRESA USUARIA.....	126
13.1.2	DEL TERCERIZADOR.....	126
13.1.3	DEL TRABAJADOR.....	129
13.2	CONSENTIMIENTO	130
13.3	OBJETO.....	131
13.4	CAUSA	132
14	OBLIGACIONES DE LAS PARTES.....	133
14.1	DE LA EMPRESA USUARIA.....	134
14.1.1	CON EL ESTADO.....	135
14.1.2	CON EL TERCERIZADOR.....	136
14.1.3	CON EL TRABAJADOR.....	137
14.1.3.1	RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL USUARIO O BENEFICIARIO DE LOS SERVICIOS	139

14.2	DEL TERCERIZADOR	140
14.2.1	CON EL ESTADO	141
14.2.2	CON LA EMPRESA USUARIA.....	146
14.2.3	CON EL TRABAJADOR.....	147
14.3	DEL TRABAJADOR.....	153
14.3.1	CON EL ESTADO	153
14.3.2	CON LA EMPRESA USUARIA	154
14.3.3	CON EL TERCERIZADOR.....	156
15	DERECHOS DE LAS PARTES	158
15.1	DE LA EMPRESA USUARIA.....	158
15.2	DEL TERCERIZADOR	160
15.3	DEL TRABAJADOR.....	162
16	EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO DE TERCERIZACIÓN 166	
	CAPITULO V	172
	PROPUESTA DE REGLAMENTO DE TERCERIZACIÓN LABORAL	172
17	JUSTIFICACIÓN	172
18	REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LAS OFICINAS PRIVADAS DE COLOCACIÓN Y DE LAS EMPRESAS DE TERCERIZACIÓN PROFESIONAL.....	176
	CONCLUSIONES.....	195
	RECOMENDACIONES	202
	ANEXOS	205
	BIBLIOGRAFÍA.....	221

RESUMEN EJECUTIVO

La Tercerización en el mercado de trabajo es un fenómeno en ascenso por las ventajas que ofrece, principalmente a los empresarios que no sólo se proponen minimizar costos por contratación, sino también simplificar su estructura organizacional y centrar su atención en el desarrollo de su negocio principal, dejando que terceros especialistas en recursos humanos administren y se responsabilicen del personal requerido para el cumplimiento de sus fines. De otro lado, los inconvenientes que la Tercerización Laboral propicia se derivan de uno de sus objetivos como es la reducción de costos por contratación, así como también la evasión de ciertos derechos que sólo la estabilidad y permanencia en el trabajo puede conferir al trabajador.

El tema abordado en el presente estudio, desde sus orígenes ha dado lugar a este tipo de posiciones: contrapuestas, y válidas, por lo que los Estados que en principio no admitían la Tercerización en las relaciones obrero patronales se han visto en la necesidad de regular esta realidad a través del Derecho como el medio más propicio para asegurar equilibrio en estas relaciones, en cumplimiento de su objetivo mayor: La Justicia.

Con tales antecedentes, se propone, pues, un Reglamento para el Funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones y de las Empresas de Tercerización Profesional, cuyo objetivo final empata con el del Derecho: el ejercicio de la justicia conforme a la realidad y progreso social.

INTRODUCCIÓN

El mercado laboral ya no es el mismo, procesos como la globalización de la economía mundial, la productividad y especialización han repercutido en las formas de acceder al derecho y función social del trabajo. Por ello, dentro del cambio y evolución de las relaciones de trabajo, es cada vez más frecuente encontrar nuevas figuras, o simplemente descubrir y dimensionar las ya existentes. Una de ellas, motivo del presente trabajo, es la llamada Tercerización Laboral cuyo objetivo primordial es propender a la flexibilización, mediante la simplificación de la estructura empresarial y la reducción de costos por contratación para los productores de bienes y servicios.

Es así que, en la actualidad, la Tercerización cumple un papel fundamental en el mercado laboral, porque a través de ella, las empresas están en capacidad de servirse de personal calificado sin asumir la calidad de empleador, ya que habiéndoles sido suministrado dicho personal por terceros que asumen tal calidad y en consecuencia, la totalidad de las responsabilidades y obligaciones que de ella se deriven, se desvinculan del régimen del Derecho Social del Trabajo y pasan al del Derecho Civil o Mercantil, regímenes menos gravosos y protectivos que el primero.

A criterio de muchos, la Tercerización Laboral ha venido a generar más empleos directos e indirectos, siendo beneficiosa también para los trabajadores, siempre que su objetivo primordial no sea desvirtuado en detrimento de relaciones laborales legítimas

La figura de la Tercerización Laboral no es nueva en tanto que fue expresamente prohibida por diversas disposiciones legales por haberse constituido principalmente como un mecanismo o válvula de escape para eludir los efectos de la relación laboral entre ellos, los de la estabilidad.

Mas, en los últimos tiempos, la Organización Internacional del Trabajo, como Organismo Especializado y las diversas legislaciones nacionales han volcado su atención a este fenómeno y lo han regulado de manera especial en aras de propiciar igualdad y protección a los sujetos de esta relación laboral, principalmente al trabajador.

En el caso del Ecuador, no puede decirse lo mismo, ya que, la inexistencia de normas claras y especializadas que propicien igualdad y justicia ha generado y sigue generando vacíos, -muchas veces suplidos por las prácticas y políticas de las Empresas tercerizadoras- por lo que, el reconocimiento de ciertos derechos constitucionalmente garantizados a los trabajadores aún no se efectiviza. Por tal razón, la evidencia de los abusos e irregularidades cometidas demuestra que es necesario crear dentro del contexto jurídico nacional un Reglamento de Tercerización Laboral, cuyo objetivo principal sea regular las relaciones laborales tercerizadas, dando relevancia al cumplimiento de las garantías consagradas en la Constitución, Tratados Internacionales, Código del Trabajo y demás normas legales aplicables.

En consecuencia, el objetivo principal que motiva el estudio y análisis del tema que se plantea es generar mayor atención e interés en el contexto

jurídico nacional respecto de las relaciones laborales tercerizadas, de manera que éstas cobren mayor importancia y fuerza legal, logrando así que la Tercerización sea un medio más para la flexibilización laboral, pero sobre todo que se ajuste y sea protegida estrictamente por las normas del Derecho Social del Trabajo.

CAPITULO I

LA RELACIÓN LABORAL Y EL CONTRATO DE TRABAJO

1 EL TRABAJO

El trabajo constituye uno de los principales pilares de la sociedad puesto que, desde los orígenes de ésta ha sido el motor del progreso construido hasta nuestros días y el impulso espiritual que motiva a los seres humanos alcanzar los más altos ideales.

El trabajo como obligación connatural a la especie humana tiene por objeto la participación de todos en la generación de riqueza, y como derecho la facultad y capacidad de procurarse medios para una subsistencia digna y enriquecedora.

Alberdi, en referencia al trabajo manifiesta:

“La tierra es la madre; el hombre es el padre de la riqueza. En la maternidad de la riqueza no hay generación espontánea. No hay producción de riqueza si la tierra no es fecundada por el hombre. Trabajar es fecundar. El trabajo es la vida, es el goce, es la felicidad del hombre. No es un castigo... Trabajar es crear, producir, multiplicarse en las obras de su hechura: nada puede haber más plácido y lisonjero para una naturaleza elevada”¹

La percepción que sobre el trabajo se ha tenido ha ido variando con el decurrir de los tiempos y las circunstancias. Así en el inicio de la Humanidad,

¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., Compendio de Derecho Laboral,, pág. 88.

éste fue considerado como un castigo, de este modo, el Libro del Génesis, describe el castigo que Dios impuso a los hombres por haber cometido el pecado original, condenándolos a ganarse el pan de cada día con gran esfuerzo y trabajo. No en vano, como lo anota Guillermo Cabanellas, el vocablo trabajo, derivado de voces latinas quiere decir sujeción y pena, concepción que se mantuvo por mucho tiempo en modos de producción como el esclavismo y feudalismo, épocas en las cuales el trabajo únicamente constituía una obligación abrumadora con beneficios insignificantes por no decir inexistentes para la clase trabajadora. Tuvieron que pasar muchos años para que el trabajo se considere una obligación y un derecho.

Con el auge del Liberalismo Económico, el trabajo llegó a ser considerado como mercancía, sujeto a la ley de la oferta y la demanda, situación que dio lugar a muchos abusos por parte de los empleadores por la insuficiente regulación estatal. Mas, las protestas obreras reclamando para sí un mejor trato no tardaron, propiciando la intervención estatal para compensar de algún modo la elevada desigualdad que el sistema económico imperante produjo entre empleadores y trabajadores.

El creciente Intervencionismo Estatal propició el surgimiento de las primeras disposiciones proteccionistas que amparaban el trabajo como función social, fundamento que ha dado origen a las actuales legislaciones laborales cuyo principio rector es el “In Dubio Pro Operario” también consagrado en nuestro texto constitucional:

“En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se aplicará en el sentido más favorable a los trabajadores”²

De este modo, la Constitución Política de la República del Ecuador, proclamando al trabajo como un “derecho y un deber social” que debe ser protegido por el Estado, está garantizando el establecimiento de medidas protectivas para asegurar una mayor igualdad de oportunidades mediante principios complementarios fundamentales en materia laboral como son: la irrenunciabilidad, intangibilidad, inembargabilidad, solidaridad y privilegio en el cumplimiento de los derechos debidos a los trabajadores.

En la actualidad, el trabajo sigue siendo fuente inagotable de riqueza puesto que su consecución genera bienestar por doble partida: el empresario obtiene utilidades fruto del trabajo de sus empleados, y éstos a su vez reciben una retribución que se ve como equivalente al trabajo desempeñado, trabajo cada vez más exigente porque el panorama competitivo en que se desenvuelven las empresas hace que se vuelva imprescindible llegar a elevados niveles de productividad y eficiencia, haciendo del trabajo un elemento dinámico, de constante preparación y adaptabilidad a cambios sociales, económicos y tecnológicos, cada vez más frecuentes.

Muchos han sido los cambios que, implementando mayor modernidad y dinamismo han influido en el mercado laboral y han dado lugar al apareamiento de diversas formas de relación y contratación de trabajo, entre ellas las de Tercerización, cada vez más usuales por las ventajas que ofrece

² Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 35, numeral 6.

tales como: simplificación y flexibilización en la estructura organizacional de la empresa, así como la posibilidad de incrementar la calidad y productividad del servicio o producto vendido al permitir que la empresa concentre sus recursos y esfuerzos únicamente en su actividad esencial, de modo que ésta pueda ser más competitiva en el mercado.

Lo dicho evidencia los redundantes beneficios que podrían resultar para quienes recurren al mecanismo de la Tercerización, en especial, para los empresarios. Sin embargo, nuestra legislación no ha ido a la par de los avances anotados generando en ocasiones desigualdad entre quienes ostentan los recursos y quienes hacen de éstos algo productivo, razón por la cual hemos creído conveniente dedicar este trabajo al estudio de la Tercerización Laboral buscando conciliar sus principales objetivos con los principios del Derecho Social del Trabajo.

Sin duda, este inagotable tema siempre generará interés por las repercusiones que tiene, y, por la constante voluntad humana de llegar a un mejor estado de las cosas, y, aunque se considere una utopía, es importante que el hombre siga luchando por conseguir igualdad de oportunidades aunque subsista en una sociedad de desigualdades.

2 CONCEPTOS ESENCIALES PREVIOS

Constituye objeto del presente capítulo analizar los principales conceptos que en materia laboral deben ser tenidos en cuenta y que

configuran el antecedente imprescindible para el cabal entendimiento del tema que nos ocupa.

Por lo que, si bien, en esta ocasión, no se agotará la totalidad de cada tema, se buscará, en todo caso delinear los principios básicos de la relación laboral.

2.1 RELACIÓN Y CONTRATO DE TRABAJO

Guillermo Cabanellas determina:

“Se entiende por relación de trabajo, cualquiera sea el acto que le de origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario”³

La relación de trabajo, siendo el género, puede tener como fuente de origen: al contrato, a la ley, al contrato colectivo, a la costumbre o a una mera relación de hecho.

La prestación de servicios tendrá origen contractual si se ha celebrado entre las partes un contrato de trabajo, u origen fáctico si, sin previo acuerdo expreso o formalidad alguna ha surgido entre un empleador y un trabajador una relación de trabajo. En consecuencia, no siempre mediará entre las partes un contrato de trabajo, pero si una relación de trabajo protegida por la ley.

En doctrina se diferencia relación de trabajo de contrato de trabajo, puesto que el acuerdo de voluntades necesario en todo contrato o convención

³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., Compendio de Derecho Laboral, pág. 404.

no es expreso en la llamada “relación laboral de hecho”. Bajo este aspecto, la relación de trabajo podría constituirse en un contrato de trabajo tácito generado por una situación de hecho que vinculó a las partes laboralmente generando obligaciones y derechos recíprocos con consecuencias legales.

“El contrato no es ciertamente una prestación pero es su base incuestionable. No supone necesariamente la ejecución de lo convenido, pero implica el compromiso de las partes para llevarlo a cabo. En la llamada relación de trabajo se encuentra la parte activa del contrato, su desarrollo normal, su ejecución por las partes, es el complemento necesario del contrato”⁴

El contrato de trabajo es la especie dentro del género de la relación de trabajo, que se forma por el consentimiento de las partes, por lo tanto, existe una relación necesaria entre contrato y relación de trabajo porque, en la mayoría de casos el contrato es justamente el elemento que da origen a la relación de trabajo constituida como la materialización del mismo.

2.1.1 CONTRATO DE TRABAJO

El contrato de trabajo reviste ciertas características especiales que lo distinguen de otros, puesto que, en el régimen laboral el principio de autonomía de la voluntad se ve limitado por la legislación proteccionista tendiente a propiciar condiciones más favorables al trabajador para de alguna forma acortar las desigualdades sociales. En este punto cabe resaltar que la voluntad de las partes será respetada siempre que no atente contra los principios imperativos del Derecho Laboral. Esta protección se evidencia en el texto del artículo 7 del Código del Trabajo:

⁴ GONZALEZ, G., Derecho del Trabajo, pág. 120.

“En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores”

En relación a la limitación de la libertad contractual impuesta por el Derecho del Trabajo, Guillermo Cabanellas, autor citado por Julio César Trujillo manifiesta:

“La limitación de la libertad contractual en el Derecho Laboral tiene su fundamento en la necesidad de proteger al trabajador que actúa bajo la presión de dos fuerzas: la imperiosa de satisfacer necesidades vitales y la coacción del empleador que pretende mayores utilidades con el menor costo, así como también porque en dichas relaciones se encuentra comprometido el bien general de la sociedad, en cuanto ese bien requiere de la abundancia de recursos económicos, la justicia en la distribución de estos bienes y la paz y armonía de sus miembros”⁵

La prevaleciente protección de los derechos de los trabajadores, o, la imposición de condiciones poco favorables a la clase trabajadora que necesitada las acepta, son situaciones que muchas veces limitan el libre albedrío de las partes a concertar lo más conveniente a sus intereses y hace que surjan dudas de si el contrato de trabajo tiene carácter contractual por tratarse de un “acto de adhesión” a un reglamento o contrato preestablecido en el que el consentimiento está limitado.

El carácter contractual del contrato de trabajo es innegable, ya que si bien, de un lado está la legislación proteccionista, y de otro, la mejor condición de una clase que se impone a las necesidades laborales de otra que se adhiere a estipulaciones generalmente preestablecidas, existe consentimiento en el momento en que teniendo conocimiento de las consecuencias del acto jurídico

⁵ CABANELLAS, G., autor citado por TRUJILLO, J., Derecho del Trabajo, pág. 93.

a celebrar, cada una de las partes expresa su voluntad de ser parte en el contrato.

Cabe anotar que, al contrato de trabajo además de aplicársele todo aquello que dispuesto en la ley favorezca al trabajador también se le puede incorporar las disposiciones de los contratos colectivos aplicables o las costumbres locales.

2.1.1.1 DEFINICIÓN

El contrato de trabajo como tal reúne los requisitos comunes a todo contrato o convención y otros propios que, dada su naturaleza como son la dependencia, la remuneración y la prestación de servicios lícitos y personales, lo colocan dentro de un régimen especial, de mayor protección legal, dándole garantías de orden constitucional.

Al respecto, Julio César Trujillo comenta:

“La especialidad del contrato de trabajo deriva: a) del carácter social e institucional de las relaciones de trabajo; b) del principio pro-operario, consecuencia del moderno principio de protección y tutela del trabajo; y, c) de las limitaciones secundum y extra-*legem* de la autonomía de la voluntad de las partes”⁶

El contrato de trabajo ha sido definido doctrinaria y legislativamente, en el primer de los casos, muchas han sido las definiciones dadas por tratadistas reconocidos.

⁶ TRUJILLO, J., Derecho del Trabajo, pág. 109.

Guillermo Cabanellas define al contrato de trabajo en los siguientes

términos:

“El contrato de trabajo es aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico, y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra” ⁷

Mario de la Cueva, lo define como:

“Aquel por el cual una persona, mediante el pago de la retribución correspondiente, subordina su fuerza de trabajo al servicio de los fines de la empresa” ⁸

Julio César Trujillo, sin dar una definición expresa manifiesta:

“El contrato de trabajo lo es porque supone un concierto de voluntades por el que las partes estipulan derechos y obligaciones mutuos, que se desenvuelven en contra-prestaciones recíprocas” ⁹

Como se pudo observar, los conceptos anotados encierran los elementos básicos de una relación de trabajo como son la prestación de servicios lícitos y personales, dependencia y, el pago de una remuneración. El artículo 8 del Código del Trabajo Ecuatoriano, recogiendo los elementos en mención define al contrato individual del trabajo así:

“Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete a para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre”

⁷ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., Compendio de Derecho Laboral, pág. 382.

⁸ DE LA CUEVA, M., autor citado por ROBALINO, I., Manual de Derecho del Trabajo, pág. 119.

⁹ TRUJILLO, J., Derecho del Trabajo, pág. 109.

2.1.1.2 ELEMENTOS

Como se pudo advertir en el acápite anterior las definiciones dadas contienen elementos como la prestación de servicios lícitos y personales, dependencia y remuneración, como principios diferenciadores del contrato de trabajo con otros. Dichos elementos se interrelacionan entre sí, de tal manera que la falta de uno haría que la relación consecuencia del contrato degenerare en otra diferente.

A continuación se pasa a estudiar cada uno de los elementos que configuran el contrato de trabajo como punto de partida de la relación laboral.

2.1.1.2.1 ACUERDO DE LAS PARTES

Una relación jurídica implica la intervención de dos o más partes, quienes deben mostrar su libre y voluntaria concurrencia en la celebración del negocio, porque sus efectos generarán obligaciones y derechos recíprocos.

El consentimiento es un elemento esencial en todo contrato, por ello, es necesario que éste esté libre de todo vicio y sea la expresión de la voluntad de las partes, ya que su omisión o vicio generaría la nulidad del acto mismo.

En el Derecho Laboral, el acuerdo de voluntades se ve ciertamente limitado, de manera que las partes son libres de estipular las condiciones que a bien tengan en la conformación del contrato siempre que tales condiciones sean más favorables al trabajador, mas no en todo cuanto excediera de los límites fijados por la ley en protección del trabajador.

2.1.1.2.2 PRESTACIÓN DE SERVICIOS LÍCITOS Y PERSONALES

Es el trabajador quien personalmente debe prestar el servicio o ejecutar la obra convenida. De igual forma, dicho trabajo no debe estar prohibido por las leyes o ser contrario a la moral porque sería un acto nulo, de tal manera que el trabajo y los fines que éste persigue deben estar encuadrados dentro de los límites de la ley.

En consecuencia, la prestación del trabajo a que se hubiere comprometido el trabajador debe ser ejecutado directa y personalmente por el obligado, sin que pueda hacerlo otra persona a su nombre, a no ser que ello se encuentre previsto en la ley o haya sido expresamente autorizado por el empleador.

2.1.1.2.3 DEPENDENCIA

Este es uno de los elementos básicos que va a diferenciar una relación laboral de otras, así no podría hablarse de una relación de trabajo sin la dependencia que el trabajador tiene con respecto a su empleador, de este modo, los trabajadores independientes no gozan de la protección del régimen laboral porque el desempeño de su labor depende de su propia iniciativa.

Esta dependencia, característica fundamental de la relación laboral coloca al trabajador dentro del régimen protector de la Constitución Política y del Código del Trabajo.

La subordinación jurídica a que está sujeto el trabajador hace que éste se supedita a los reglamentos internos y a las órdenes recibidas de parte de su empleador, porque de ello dependerá su buen o mal desempeño en la labor encomendada y la correspondiente retribución económica.

2.1.1.2.4 REMUNERACIÓN

El Código del Trabajo garantiza el derecho del trabajador a recibir una compensación económica por prestar sus servicios, y determina: “En general, todo trabajo debe ser remunerado”¹⁰

Este elemento esencial en el contrato de trabajo es inherente e imprescindible en toda relación laboral, ya que su omisión ocasionaría que ésta degenera en otra o constituya una mera liberalidad.

La remuneración puede ser fijada por el acuerdo de voluntades, la ley, el contrato colectivo o por la costumbre. Como ya se dijo, las partes pueden convenir condiciones distintas de las que establece la ley siempre que sean más favorables al trabajador, y, en el caso del pago de la remuneración, el artículo 81 del Código del Trabajo no ha omitido esta excepción:

“Los Sueldos y Salarios se estipularán libremente, pero en ningún caso podrán ser inferiores a los mínimos legales”

¹⁰ Código del Trabajo Ecuatoriano, Artículo 3, tercer inciso.

Esta disposición debe entenderse en el sentido de que todo aquello que favorezca a los intereses de los trabajadores prevalece, pero aquello que menoscabe sus derechos mínimos establecidos en la ley, no tiene validez alguna y será reemplazado por lo estipulado en la ley, en el contrato colectivo o en la costumbre.

La remuneración recibe el nombre de salario cuando es reconocida al obrero, y, si su pago es por jornada de labor se denomina jornal. La retribución que recibe el empleado, se denomina sueldo y su pago se hace efectivo cada mes o quincena.

La remuneración debe ser pagada como salario o como sueldo en moneda de curso legal o en cheque, o también puede estipularse que el trabajador reciba como retribución a sus servicios la parte que le correspondiere en las utilidades generadas a causa de su trabajo, o podrá también percibir una remuneración mixta si adicionalmente a su sueldo o salario tiene derecho a participar en las utilidades de la empresa.

Adicionalmente, la remuneración tiene la garantía de no poder ser pagada en un plazo que exceda de una semana, tratándose del salario, o de un mes, tratándose del sueldo.

2.1.1.3 CARACTERES

El contrato de trabajo presenta los siguientes caracteres generales:

1. Es un contrato principal puesto que subsiste por sí mismo;

2. Es un contrato bilateral porque las partes se obligan recíprocamente;
3. Es un contrato consensual porque basta el consentimiento de las partes para que éste quede perfeccionado. Ello no obsta el cumplimiento de ciertas solemnidades como en el caso de los contratos de trabajo que deben celebrarse obligatoriamente por escrito y registrarse dentro de los treinta días posteriores a su suscripción en la Inspección del Trabajo;
4. Es un contrato oneroso que persigue un beneficio económico o utilidad para ambas partes;
5. Es un contrato conmutativo porque las prestaciones de las partes se miran como equivalentes;
6. Es un contrato de tracto sucesivo porque su ejecución es permanente y se va cumpliendo progresivamente;
7. Es un contrato "*intuitu personae*" porque para su celebración se toma en cuenta la persona a ser contratada y la aptitud de ésta para el cargo a desempeñar;
8. En ciertos casos podría tratarse de un contrato de adhesión porque las condiciones del mismo se encuentran preestablecidas y el trabajador se limita a consentir o no en ellas.

2.1.1.4 SUJETOS

Guillermo Cabanellas determina:

"Son sujetos del contrato de trabajo, quienes, como trabajadores o como patronos, con una calidad o con otra, contratan la prestación de sus servicios o los servicios ajenos; esto es contratan trabajo"¹¹

¹¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., Compendio de Derecho Laboral, pág. 318.

Es importante definir claramente a los sujetos del contrato de trabajo, puesto que como ya se pudo advertir la relación laboral protegida por el Derecho del Trabajo requiere de ciertos elementos únicos que la configuran como tal. De tal manera que no siempre un trabajador estará subordinado a un empleador, como sería el caso de quienes trabajan por cuenta propia, quedando de esta forma fuera del campo que nos ocupa, de ahí la importancia de delimitar y reconocer a los sujetos del contrato de trabajo, cuyos derechos y obligaciones recíprocas tienen efectos jurídicos determinantes.

2.1.1.4.1 TRABAJADOR

En general, “Es trabajador quien produce riqueza o, todo el que realiza una labor socialmente útil y de contenido económico”¹²

Como se podrá observar, la definición dada es muy extensa y abarcaría a la totalidad de la población económicamente activa que se desenvuelve en distintas áreas de la economía y bajo modalidades de producción diferentes. Por ello es importante delimitar el concepto de trabajador dentro del Derecho Laboral, porque sólo el trabajador que presta servicios subordinadamente por una retribución se encuadra en este régimen y recibirá protección.

Con criterios coincidentes y casi uniformes, los doctrinarios han definido al trabajador o dador de servicios:

“Trabajador es la persona física que por contrato se obliga con la otra parte -patrono o empresario- a prestar subordinadamente y con cierta continuidad un servicio remunerado”¹³

¹² CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., Compendio de Derecho Laboral, pág. 321.

¹³ Ibidem., pág. 426.

De una forma más sencilla y general, el artículo 9 del Código del Trabajo define al trabajador como:

“La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero”

En consecuencia, para que el trabajador sea considerado sujeto del contrato de trabajo deberá ser una persona natural que preste un servicio o ejecute una tarea por cuenta ajena, bajo la dependencia de su empleador y que, como consecuencia de dicha prestación de servicios le corresponda recibir una remuneración.

Por lo tanto, no entran en el régimen laboral aquellos trabajadores independientes o autónomos; los servidores públicos; los que realizan trabajos forzosos; y, aquellos que prestan sus servicios por simples razones de colaboración.

El trabajador siempre será una persona natural con capacidad legal para obligarse y adquirir derechos. En ocasiones, la capacidad puede verse limitada por circunstancias especiales como no haber alcanzado la mayoría de edad, entre otras, situaciones que encontrándose previstas en la ley pueden subsanarse con el cumplimiento de los requisitos que ella mismo prevé.

El artículo 9 del Código del Trabajo, en su parte final establece que el trabajador puede ser empleado u obrero. Es empleado, si en los servicios prestados sobresale el aspecto intelectual sobre el material, y, es obrero si en los servicios prestados o ejecución de la tarea sobresale el aspecto material

sobre el intelectual. La remuneración que percibe el obrero se denomina jornal o salario, en tanto que la del empleado se denomina sueldo.

2.1.1.4.2 EMPLEADOR

Patrono, empresario, empleador, principal son algunas de las denominaciones que recibe el sujeto que proporciona el trabajo.

“Por patrono o empresario se designa a aquella parte que, en la relación laboral, recibe la prestación ajena, con fines de lucro, la que contrata al trabajador para que le preste servicio; con rigor técnico, el acreedor de la obligación de hacer el contrato de trabajo”¹⁴

Al igual que en el caso del trabajador, el primer inciso del artículo 10 Código del Trabajo define al empleador así:

“La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador”

Del concepto enunciado se desprende que el empleador puede ser una persona natural o una persona jurídica. En el caso de que el empleador fuere una persona jurídica, dicha calidad recaerá en sus representantes y demás directores de conformidad con el artículo 36 del Código del Trabajo:

“Son representantes de los empleadores los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y, en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común”

El Estado también puede ser empleador, de conformidad con los incisos segundo y tercero del artículo 10 del Código del Trabajo.

¹⁴ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., Compendio de Derecho Laboral, pág. 417.

El empleador tiene como obligación fundamental pagar las remuneraciones convenidas a sus trabajadores por el trabajo que éstos desempeñan, y como derecho correlativo le corresponde exigir la prestación de servicios a que su trabajador se hubiere comprometido.

Ahora bien, como podrá advertirse en el desarrollo del presente estudio, la persona del empleador no siempre estará del todo definida tratándose de relaciones laborales triangulares, en las que un empresario contratará los servicios de un trabajador para ponerlos a disposición de un tercero, situación que podría colocar a los sujetos de dicha relación en un régimen especial y diferente de aquel en que se encuentran los involucrados en una relación laboral tradicional, siendo importante analizar en que casos y de que forma se interpone al empleador un tercero que bien podría contratar a su nombre o en nombre propio.

De este modo, nos hemos permitido distinguir al empleador directo e interpuesto por tercerizadores y contratistas.

2.1.1.4.2.1 DIRECTO

Es empleador directo la persona a nombre y por cuenta de quien se ejecuta el trabajo, no obstante, nuestra legislación coloca a los representantes y mandatarios dentro de la misma calidad.

La representación puede ser legal o contractual, es legal la representación a que hace referencia el Art. 36 del Código del Trabajo. La representación contractual nace del mandato civil en que:

“Una persona capaz confía la gestión de sus negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario”¹⁵

El artículo 36 del Código del Trabajo Ecuatoriano, en concordancia con destacadas posiciones doctrinarias, determina que son empleadores a más del principal sus representantes como los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general, las personas que a su nombre ejercen funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común, estableciendo una responsabilidad solidaria entre el empleador y sus representantes.

Más adelante, haciendo referencia al mandato, el artículo 314 del Código del Trabajo, determina que:

“Cuando una persona tenga poder general para representar y obligar a la empresa, será mandatario y no empleado, y sus relaciones con el mandante se regularán por el derecho común. Mas si el mandato se refiere únicamente al régimen interno de la empresa, el mandatario será considerado como empleado”

Según el criterio de Cabanellas, los requisitos que deben cumplir los mandatarios para ser considerados empleadores son:

1. Prestar servicios efectivos en la empresa;
2. Ejercer funciones jerárquicas, cuando menos superiores a las de los trabajadores contratados;

¹⁵ Código Civil Ecuatoriano, Artículo 2047.

3. Que constituya práctica profesional que tales representantes puedan contratar, sin necesidad de mandato escrito y expreso a los trabajadores”¹⁶

La calidad de empleador directo que la ley atribuye a los representantes de éste tiene justificación, ya que si bien éstos también tienen el carácter de empleados frente al empleador o empresario y perciben una remuneración independientemente del éxito de su gestión, los actos que ejecutan a nombre de su representado son válidos y lo obligan con los trabajadores que se contraten en su beneficio.

La solidaridad pasiva dispuesta en el artículo 36 del Código del Trabajo permite que el trabajador demande el cumplimiento de las obligaciones que no le han sido satisfechas al empleador principal o a sus representantes en forma conjunta o por separado, lo cual constituye una garantía más para el trabajador, ya que no siempre el empleador principal está plenamente identificado, o, éste podría estar constituido por varias personas o representantes, caso en el cual la ley previene igual solidaridad:

“Cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa, como condueños, socios o copartícipes, ellos serán solidariamente responsables de toda obligación para con el trabajador”¹⁷

2.1.1.4.2.2 INTERPUESTO

La intervención de terceros en la relación laboral, tales como tercerizadores y contratistas plantea ciertas dudas en relación a su carácter patronal más o menos directo con respecto a los trabajadores.

¹⁶ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., Compendio de Derecho Laboral, págs. 419 y 420.

¹⁷ Código del Trabajo Ecuatoriano, Artículo 41, primer inciso.

Podría considerarse que el tercero que se interpone a la persona del empleador como tercerizador o como contratista no es una figura esencial en la relación laboral, pues tradicionalmente el trabajador debe ser contratado directamente. Pero, en la actualidad, la llamada “economía globalizada” exige formas de contratación cada vez más flexibles que se ajusten a las necesidades de la empresa que aspira llegar a elevados niveles de eficiencia al menor costo posible, entre las cuales justamente encontramos a la Tercerización del personal.

Las nuevas formas de contratación laboral van desde una simple intermediación que únicamente da lugar a la formación del contrato, hasta la Tercerización del personal, en cuyo caso un tercero asume la contratación y administración del personal que suministra a sus empresas clientes o beneficiarias.

La Tercerización Laboral, involucra pues a un conjunto de situaciones, en las que se presenta la “intromisión” o “injerencia” de un tercero entre quien presta sus servicios y quien resulta directamente beneficiado de la ejecución de los mismos.

En este sentido, tanto los contratistas independientes como los tercerizadores tienen algo en común: servir de conexión entre la oferta y la demanda de trabajo asumiendo la calidad de empleador frente a los trabajadores que suministran a sus clientes.

2.1.1.4.2.2.1 POR TERCERIZADORES

En su concepción general intermediario es:

“El que hace o sirve de enlace entre dos o más personas; y más especialmente, entre productores y consumidores o entre importantes empresas y los trabajadores”¹⁸

Es común que los términos Intermediación y Tercerización sean considerados sinónimos por la doctrina y legislación nacional e internacional, pero como se verá más adelante existen diferencias importantes entre ambos términos derivadas de la actividad desempeñada por los sujetos de la Intermediación y de la Tercerización respectivamente, consecuencia de lo cual sólo la Tercerización Laboral puede considerarse interposición, puesto que el papel del intermediario es únicamente vincular la oferta y demanda de empleo presentando a las dos partes de la relación laboral, y el papel del tercerizador es proveer de personal calificado a sus empresas clientes ya sea temporal o permanentemente. Sin embargo, varias de las definiciones (principalmente doctrinarias) asimilan la Tercerización a la Intermediación, en nuestro caso, nos hemos permitido diferenciar y conceptualizar a cada una de ellas.

En todo caso, tanto el intermediador como el tercerizador cumplen un objetivo común: vincular la oferta y la demanda de trabajo.

En la antigüedad, la figura de la Intermediación y más aún la Tercerización, fue muy mal vista, por considerar a ambos sujetos (intermediario y tercerizador) como simples testaferros del empleador principal para menoscabar los derechos de los trabajadores. Pero, con el transcurso del

¹⁸ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., Compendio de Derecho Laboral, pág. 420.

tiempo, esta forma de contratación ha ido evolucionando y adecuándose a las necesidades empresariales y laborales, siendo cada vez más imperiosa la necesidad de legitimarla mediante la correspondiente regulación.

En la actualidad, tanto intermediadores como tercerizadores, cumplen un papel importante dentro del mercado laboral, puesto que su actividad ya no sólo se limita a la colocación de personal, ésta va más allá y se ha convertido en una herramienta más de la modernización y flexibilización del mercado laboral.

En el plano estrictamente jurídico laboral, la Tercerización se presenta, cuando existe una persona natural o jurídica que contrata con trabajadores para ponerlos a disposición de otros empleadores a fin de que hagan uso de la fuerza laboral de estos en la consecución de sus propios fines.

En nuestra legislación, tanto la Constitución Política del Estado, como el Código del Trabajo y el Reglamento para el Funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones se refieren a la Intermediación y Tercerización Laboral, siendo muy importante la disposición constitucional que establece que, sin perjuicio de la responsabilidad del obligado directo, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio responde solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones laborales para con los trabajadores.

La Intermediación, y Tercerización Laboral como se conoce en nuestro medio será mayormente abordada en los capítulos siguientes.

2.1.1.4.2.2.2 POR CONTRATISTAS

Trujillo, en su obra *Derecho del Trabajo* manifiesta que es contratista o empresario:

“La persona que se compromete para con otra persona, que recibe el nombre de dueño, a ejecutar una obra, bajo su responsabilidad personal y con el concurso de trabajadores que, para el efecto deberá contratar por su cuenta”¹⁹

Según Guillermo González Charry, para que el contratista se considere como tal, deben concurrir en su actividad las siguientes características:

- a) Que se trate de obras contratadas a precio determinado;
- b) Que el contratista asuma todos los riesgos de la ejecución;
- c) Que goce de libertad para nombrar y remover el personal de que se va a valer para la ejecución de los trabajos;
- d) Que disfrute de plena autonomía tanto desde el punto de vista técnico para la ejecución de las obras, como en la dirección y manejo del personal;
- e) Que en la ejecución de las obras utilice sus propios medios, vale decir, que se valga de instrumentos de trabajo que sean de su propiedad y no del dueño de la obra”²⁰

En suma, los contratistas ejecutan obras o partes de obras por cuenta propia y se constituyen en patronos de sus trabajadores puesto que proceden con iniciativa y en beneficio propio, y, asumen los riesgos de la producción y los costos laborales.

Si bien, los contratistas independientes son considerados como verdaderos patronos de sus trabajadores u obreros, se interponen entre “dueño de la obra” y los trabajadores que van a ejecutar la misma en su beneficio, pero a nombre del contratista.

¹⁹ TRUJILLO, J., *Derecho del Trabajo*, pág. 159.

²⁰ GONZÁLEZ, G., *Derecho del Trabajo*, pág. 153.

Las relaciones entre el dueño de la obra y el contratista son de carácter civil, más concretamente, se enmarcan dentro de la locación de servicios, mientras que la relación entre el contratista y sus trabajadores es laboral.

Generalmente, los contratistas independientes son pseudo empresarios que eventualmente podrían resultar insolventes y ocasionar graves perjuicios a sus trabajadores; pero, como el trabajador goza de especial protección en nuestra legislación, la responsabilidad solidaria del beneficiado con la obra y el tercerizador se haría extensiva al caso de los contratistas y los dueños de la obra.

2.1.1.5 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Finalmente, y antes de pasar al análisis del objeto central de nuestro estudio, conviene examinar la clasificación del contrato de trabajo por su importancia conceptual en materia laboral y la estrecha relación que guarda con las diferentes modalidades en que el contrato de trabajo de Tercerización podría presentarse, destacándose entre ellas la del trabajo eventual.

La clasificación que nuestro Código del Trabajo da al contrato de trabajo es la siguiente:

- a) Expreso o Tácito, y el primero, escrito o verbal;
- b) A sueldo, a jornal, en participación y mixto;
- c) Por tiempo fijo, por tiempo indefinido, de temporada, eventual y ocasional;

- d) A prueba;
- e) Por obra cierta, por tarea y a destajo;
- f) Por enganche;
- g) Individual o por equipo; y,
- h) Por horas.

Ante tal clasificación, podríamos agrupar la clasificación del contrato de trabajo de acuerdo a los criterios que se analizan a continuación.

2.1.1.5.1 POR LA FORMA DE CELEBRACIÓN

El contrato es expreso, según el Código del Trabajo cuando el empleador y el trabajador acuerdan las condiciones del mismo, sea de palabra o reduciéndolas a escrito.

De esta definición se desprende que el contrato expreso puede ser verbal o escrito, dejando a voluntad de las partes la forma de celebración, aunque, en ciertas ocasiones por disposición legal, el contrato de trabajo deberá celebrarse obligatoriamente por escrito.

Los casos señalados en el artículo 19 del Código del Trabajo en que el contrato de trabajo debe celebrarse necesariamente por escrito son:

- a) Los que versen sobre trabajos que requieran conocimientos técnicos o de un arte, o de una profesión determinada;
- b) Los de obra cierta cuyo valor de mano de obra exceda de cinco salarios mínimos vitales generales vigentes;

- c) Los a destajo o por tarea, que tengan más de un año de duración;
- d) Los a prueba;
- e) Los de enganche;
- f) Los por grupo o los por equipo;
- g) Los eventuales, ocasionales y de temporada;
- h) Los de aprendizaje;
- i) Los que se estipulan por uno o más años;
- j) Los que se pacten por horas; y,
- k) En general, los demás que se determinen en la Ley.

A más de los casos expresamente previstos en esta disposición legal deben celebrarse por escrito los contratos que se efectúen con empleados privados; los contratos de trabajo entre las personas naturales y jurídicas y los agentes viajeros, agentes vendedores de seguros y agentes residentes; los contratos de trabajo para operaciones de maquila o a tiempo parcial.

El contrato tácito, es aquel en el cual sin haberse estipulado previamente las condiciones de trabajo, existe entre las partes una relación laboral. Por no existir disposiciones contractuales, a este tipo de contratos se les aplican las disposiciones legales, reglamentarias, de contratos colectivos o la costumbre del lugar.

2.1.1.5.2 POR LA FORMA DE REMUNERACIÓN

Bajo este criterio de clasificación, los contratos pueden ser: a salario o jornal, a sueldo, en participación o mixto.

El artículo 13 del Código del Trabajo determina las formas de remuneración, las que, en el caso de contratos a sueldo y a jornal se pacta tomando como base cierta unidad de tiempo.

Un trabajador bajo el régimen del contrato en participación tendrá derecho a recibir como retribución a sus servicios parte de las utilidades del negocio, y la remuneración es mixta si además de tener parte en las utilidades del empleador, el trabajador recibe un sueldo o salario fijo.

El contrato a sueldo es aquel en el que se ha estipulado el pago mensual de la remuneración a los empleados. En el contrato a jornal se retribuyen los servicios del obrero con una remuneración computada por días de labor, por unidades de obra o por tareas.

El artículo 80 del Código del Trabajo determina expresamente lo que entendemos por 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”

El plazo para el pago de los sueldos y salarios también varía, así el pago de salarios no podrá superar a la semana, y el pago de sueldos no será mayor a un mes.

2.1.1.5.3 POR EL TIEMPO DE DURACIÓN

Los contratos clasificados por el tiempo de duración pueden ser por tiempo fijo y por tiempo indefinido. En el primero de ellos, la duración del contrato ha sido establecida por las partes, mientras que en el segundo, las partes no han acordado la fecha de culminación del mismo o expresamente han determinado que éste tendrá una duración indefinida.

Esta clasificación tiene importancia en tanto que, dependiendo de la duración del contrato surgen diferentes causas para su terminación, o diferentes formas de liquidar las indemnizaciones a que hubiere lugar en caso de despido intempestivo.

El artículo 14 del Código del Trabajo establece la estabilidad mínima de un año como tiempo de duración de todo contrato por tiempo fijo o por tiempo indefinido, siempre que la actividad o labor sea de naturaleza estable o permanente. Esta disposición legal tiene contadas excepciones, dispuestas en forma expresa en su texto, tales son:

- a) Los contratos por obra cierta, que no sean habituales en la actividad de la empresa o empleador;
- b) Los contratos eventuales, ocasionales y de temporada;
- c) Los de servicio doméstico;
- d) Los de aprendizaje;
- e) Los celebrados entre los artesanos y sus operarios;
- f) Los contratos a prueba;

- g) Los que se estipulen por horas; y,
- h) Los demás que determine la ley.

Adicionalmente a los contratos enumerados taxativamente en el artículo 14 del Código del Trabajo, no se sujetan a la estabilidad mínima de un año los trabajos en maquiladoras o en zonas francas.

El artículo 17 del Código Laboral y las reformas impuestas por la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, y la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana definen a los contratos eventuales, ocasionales, de temporada y por horas:

“Son contratos eventuales aquellos que se realizan para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personal que se encuentra ausente por vacaciones, licencia, enfermedad, maternidad y situaciones similares. Los contratos eventuales pueden celebrarse también en atención a una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales del empleador, caso en el cual no podrá tener una duración mayor de ciento ochenta días continuos dentro de un lapso de trescientos sesenta y cinco días, y, si dicha circunstancia o requerimiento se repitiera por más de dos periodos anuales el contrato se convertirá en contrato de temporada” ²¹

“Son contratos de temporada aquellos que en razón de la costumbre o de la contratación colectiva, se han venido celebrando entre una empresa o empleador y un trabajador o grupo de trabajadores, para que realicen trabajos cíclicos o periódicos, en razón de la naturaleza discontinua de sus labores, gozando estos contratos de estabilidad, entendida como el derecho de los trabajadores a ser llamados a prestar sus servicios en cada temporada que se requieran, configurándose el despido intempestivo si no lo fueren” ²²

“Son contratos ocasionales, aquellos cuyo objeto es la atención de necesidades emergentes o extraordinarias, no vinculadas con la

²¹ Código del Trabajo Ecuatoriano, Artículo 17, primer y segundo incisos.

²² Ibidem., Artículo 17, cuarto inciso.

actividad habitual del empleador, y cuya duración no excederá de treinta días en un año”²³

Es importante anotar las recientes reformas que la Ley para la Transformación Económica del Ecuador introdujo en el Código del Trabajo, entre ellas, quizá la más importante fue la regulación del contrato de trabajo por horas, anteriormente prohibido, pero que ahora al haber sido acogido por nuestra legislación merece especial atención y regulación estatal.

En consecuencia, la definición que el inciso final del artículo 17 del Código del Trabajo da al contrato de trabajo por hora es el siguiente:

“Son contratos de trabajo por hora aquellos en que las partes convienen el valor de la remuneración total por cada hora de trabajo”

2.1.1.5.4 POR LA FORMA DE EJECUCIÓN DEL TRABAJO

Por la forma de ejecución del trabajo, el contrato de trabajo puede ser por obra cierta, por tarea y a destajo.

El artículo 16 del Código del Trabajo dispone que:

“El contrato será por obra cierta si el trabajador toma a su cargo la ejecución de una labor determinada por una remuneración que comprende la totalidad de la misma, sin tomar en consideración el tiempo que se invierta en ejecutarla”

En el contrato de trabajo por tarea, el trabajador se compromete a ejecutar una determinada cantidad de obra o trabajo en la jornada o en un

²³ Código del Trabajo Ecuatoriano, Artículo 17, tercer inciso.

periodo previamente establecido. Se entiende concluida la jornada o periodo de tiempo, por el hecho de cumplirse la tarea.

En el contrato a destajo, el trabajo se realiza por piezas, trozos, medidas de superficie y, en general, por unidades de obra, y la remuneración se pacta para cada una de ellas, sin tomar en cuenta el tiempo invertido en la labor.

2.1.1.5.5 POR EL NÚMERO DE TRABAJADORES

En el Derecho del Trabajo la clasificación se hace en razón del número de trabajadores, sin que importe para estos efectos el número de empleadores.

El contrato de trabajo por el número de trabajadores puede ser unipersonal, si ha sido celebrado con un solo trabajador, y pluripersonal si dos o más trabajadores han sido contratados mediante enganche cuando los trabajadores llamados públicamente con la oferta de mejores condiciones de trabajo, van a prestar sus servicios en lugares diferentes al de su domicilio o residencia habitual.

La contratación en grupo o en equipo también pertenece a la categoría de contratos pluripersonales, así, en el primer caso, el grupo contratado se compromete a realizar una tarea en común, mientras que si la contratación es por equipo, los trabajadores organizados jurídica o técnicamente realizan actividades diversas pero que se complementan entre sí.

CAPITULO II

LA TERCERIZACIÓN LABORAL

3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El origen de la Tercerización Laboral es tan antiguo como los problemas que con ella se pretenden solucionar. La Tercerización en las relaciones laborales ha sido y es tema de preocupación ya que, existiendo problemas de desempleo y desocupación por un lado, y, el interés de obtener mano de obra calificada al menor costo, por otro, los Estados y la sociedad han creado mecanismos tendientes a conciliar la oferta y demanda de trabajo acercando a patronos y trabajadores, actividad que como se verá más adelante es de larga data.

De hecho, se sabe que ya en la época de los Romanos los trabajadores acudían a la plaza pública en búsqueda de patronos dispuestos a “arrendar” sus servicios en calidad de jornaleros.

La difusión de la Intermediación Laboral propició la creación de gremios profesionales en la España de los siglos XV y XVI, con el objetivo de colocar a sus afiliados y demás compañeros venidos de otros sitios, constituyendo así un antecedente cierto para el desarrollo de esta práctica. ²⁴

²⁴ El desarrollo de la Intermediación y Tercerización están estrechamente vinculados, por lo que resulta difícil apartarnos de los hechos que dieron origen a la Intermediación, más aún si la doctrina no ha diferenciado ambos términos. En tanto podría considerarse que la Intermediación fue el antecedente que dio lugar a nuevas formas de contratación laboral como la Tercerización.

Se conoce también que, en Francia, en el siglo XVI, fueron creadas las primeras “oficinas de encuentro” u “oficinas de direcciones”, bajo la responsabilidad de organizaciones corporativas como un antecedente de las denominadas “bolsas de trabajo”

En 1805, por la “Novísima Recopilación Española” se dispuso que albañiles, carpinteros, obreros y jornaleros en general salieran a “alquilarse” en lugares públicos u ofrecer sus servicios de puerta en puerta. Mas, pronto aparecería un tercero denominado “corredor de trabajo” cuya actividad consistía en acercar la demanda y oferta de trabajo siempre que se le reconociera una comisión por ello. De este modo, la Intermediación y Tercerización Laborales fueron tornándose lucrativas, por lo que las Oficinas de Colocación fueron cada vez más comunes en España y Francia.

Sin embargo, ya en 1823, el Gobierno francés suprimió este sistema “contrario a la libertad de trabajo”, cuya finalidad no hacía más que concebir al trabajo como una mercancía, a decir de la resistencia obrera y gubernamental.

El “Marchandage” –tal como se denominó a este sistema en Europa– originó disconformidad en los grupos sociales explotados quienes propugnaban vehementemente su supresión o cuando menos su control, reglamentación, y, limitación, con apego al principio del trabajo como derecho y no como artículo de comercio.

Al respecto, Mario de la Cueva señala:

“La Intermediación, tal como existía en Francia, era motivo de constantes quejas de los obreros, pues mediante esa institución, encargaba el patrono a un tercero a contratar los servicios de los obreros para la ejecución de los trabajos; esta situación producía una doble consecuencia, igualmente enojosa para los trabajadores: Por una parte que el intermediario resultara ser el único patrono de los obreros contratados, con el peligro de su insolvencia y, de otro lado, que los salarios de los obreros tuvieran que reducirse, ya que la cantidad destinada por el patrono para ese efecto, tenía que descontarse de la utilidad del intermediario”²⁵

Con tales antecedentes, y a raíz de los fraudes y abusos ocurridos, la Intermediación privada de trabajo fue censurada por los Estados y Organismos Internacionales, de ahí que el funcionamiento de las Oficinas de Colocación Privadas con fines de lucro estuviere prohibido, y se permitiere únicamente la intermediación privada sin fines lucrativos, confiriendo el monopolio de la intermediación al servicio público. Lo cual se evidenció en la Recomendación No. 1 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en 1919, y en las diversas legislaciones nacionales. Esta Recomendación, cuyo tema principal fue el desempleo, exhortaba a los Estados que la ratificasen a: “Adoptar medidas para prohibir la creación de agencias retribuidas de colocación o de empresas comerciales de colocación” y, “Que el funcionamiento de las agencias existentes se subordine a la concesión de licencias expedidas por el Gobierno y que se tomen todas las medidas necesarias para suprimirlas lo antes posible”²⁶

En lo sucesivo, se siguieron creando varios otros instrumentos que directa o indirectamente trataban a la Intermediación y la Tercerización

²⁵ www.actualidadlaboral.org/docs/biblioteca/intermediacion.htm.

²⁶ www.mtps.gob.pe/revista/num_6-98/rev6_3_1.htm.

Laboral en sus diferentes aspectos, gran parte de ellos obligando a los países que los ratificasen a suprimir las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos en un plazo máximo de tres años, pero, tales Convenios no recibieron la aprobación esperada.

En consecuencia, la iniciativa privada para la vinculación de la oferta y demanda de trabajo fue limitada, debiendo sujetarse a la rígida vigilancia del Estado mediante la obtención de licencias anuales renovables o a la estricta fijación de las tarifas a cobrar. Esta limitación propendía a que únicamente los Estados organicen y establezcan un servicio público y gratuito de empleo.

Las barreras impuestas a la colocación privada buscaban contrarrestar la concepción del trabajo como mercancía, haciendo de la Intermediación Laboral un monopolio estatal, como única forma de garantizar el interés público en la búsqueda de empleo, propiciando una equitativa distribución de la oferta y demanda de trabajo disponible, lo cual no se hubiera podido alcanzar si la intermediación era privada, debido a que ésta realizaba su labor utilizando criterios de favoritismo, y ánimo de lucro, alejados de los que deben regirla como la edad, las cargas familiares o la mayor duración en situación de desempleo, por ejemplo.

Adicionalmente, los Convenios y Recomendaciones expedidos por la Organización Internacional del Trabajo eran restringidos, ya que únicamente se limitaban a regular la colocación de personal. En efecto, los preceptos existentes no estaban en forma alguna conformes al desarrollo del mercado

laboral, cada día más complejo y con nuevas formas de intermediación e interposición que fueron apareciendo a lo largo de los años sesenta.

Con el transcurrir de los años, el limitado servicio de colocación público y gratuito, monopolizado por los Estados demostró serias falencias frente a la flexible intermediación privada, misma que ofrecía soluciones acordes al desenvolvimiento del mercado laboral, con un servicio profesional, eficiente, y especializado, insuperable por un servicio público carente de recursos económicos y humanos especializados, por lo que, cada vez se hacía más evidente la conveniencia de eliminar las restricciones al sistema de intermediación privada.

Dada la creciente aprobación de la intermediación privada en el mercado de trabajo, cada vez fue mayor el número de países que rehusaban ratificar Convenios Internacionales restrictivos a esta actividad, lo que obligó a la Organización Internacional del Trabajo, en atención a las circunstancias anotadas, revisar disposiciones anteriores, específicamente el Convenio No. 96, y expedir uno nuevo (Convenio 181), por el cual se permitiría el funcionamiento de las Agencias de Empleo Privadas en general, dando un giro total a regímenes anteriores, propiciando su creación y permanencia en el mercado de trabajo e instando a los Estados que reglamenten su actividad para asegurar la observancia de los derechos de los trabajadores.

Muchas legislaciones han sido reformadas en aras de regular de la mejor manera posible este mecanismo estableciendo facultades, limitaciones y en ciertos casos restricciones para evitar irregularidades en la contratación de

personal por este medio, principalmente en las denominadas relaciones triangulares de trabajo, estipulándose además, la responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora en relación al reconocimiento de beneficios y seguridades al trabajador contratado.

El Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo ha venido a cambiar la visión que sobre la Intermediación y Tercerización Laboral se tenía, así, éstas ya no serán vistas como el medio atentatorio a los intereses de los trabajadores, sino como un mecanismo más para combatir el desempleo, para lograr competitividad, productividad y calidad en los productos y servicios ofrecidos.

Incluso el Estado se beneficia de la Tercerización Laboral al destinar actividades que no le son esenciales a la empresa privada, que lo hace de una manera más competente y por un costo menor, siendo hasta una forma de disminuir el déficit fiscal y racionalizar su estructura.

En la actualidad, la existencia de la Tercerización en el mercado de trabajo se justifica por la imperante necesidad de generar más empleos directos e indirectos y de facilitar la desverticalización de las empresas, permitiendo que éstas se dediquen completamente a su negocio principal y deleguen a terceros profesionales la ejecución de sus servicios intermedios.

De acuerdo con la información proporcionada por el Departamento de Colocaciones y Migraciones Laborales del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, al momento, en el Ecuador existen alrededor de doscientas

cincuenta oficinas privadas de colocación, debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo, cuyas actividades van desde la colocación y/o contratación de: personal doméstico, personal no calificado, personal administrativo y gerencial calificado y, la administración de nómina.

4 NOCIONES GENERALES

El desarrollo del mercado laboral ha traído consigo la búsqueda de mayor flexibilidad económica y jurídica, siendo menester crear mecanismos compatibles a los cambios de orden económico, tecnológico o social existentes en la relación entre el capital y el trabajo.

Se afirma que el sistema económico se está desplazando de la era industrial hacia la era de los servicios, desechando antiguos modelos de producción en los que predominaba la producción íntegra y en serie con mano de obra directamente contratada.

En efecto, las transformaciones sociales, económicas y tecnológicas condujeron a la búsqueda de un modelo más flexible que aprovechara al máximo la tecnología, generando altos niveles de especialización y producción a menor costo, al tiempo que los recursos y esfuerzos de las empresas poco a poco se fueron concentrando en actividades específicas, capaces de generar mayores ventajas comparativas y altos niveles de eficiencia con el fin de ofrecer mejores productos a un costo menor en el mercado.

Esta creciente especialización dio origen a la descentralización de funciones productivas y administrativas, permitiendo la participación de diversas empresas, cada una especializada en una actividad productiva, como fue el caso, la gestión de recursos humanos, dando paso a la Tercerización Laboral, sistema, mediante el cual, una empresa se compromete a participar en el proceso productivo o la ejecución de los servicios complementarios de una tercera, denominada usuaria, suministrándole el personal calificado que aquella requiera.

Esta exteriorización del empleo permite que se transfieran puestos de trabajo para otra empresa especializada en gestión de recursos humanos, con el objetivo de que ésta proporcione un servicio que garantice productividad, calidad y competitividad a las empresas beneficiarias del mismo.

De lo dicho, se desprende que la Tercerización Laboral como mecanismo flexibilizador permite compatibilizar la eficacia económica de las empresas con nuevos métodos de administración de mano de obra y con las innovaciones tecnológicas.

Como puede apreciarse, la Tercerización Laboral ofrece múltiples ventajas siempre que su objetivo primordial no sea desvirtuado en detrimento de relaciones laborales legítimas, ya que la relación entre el trabajador y quien se beneficia con sus servicios no es directa, puesto que, entre ellos existe un tercero que hace las veces de empleador a quien se podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones patronales.

Mas, no siempre se podrá garantizar la solvencia y apego a la ley con que éste empleador actúa, por lo que, el cumplimiento de los derechos de los trabajadores es obligación solidaria del empresario usuario y quien le suministró personal, todo ello, por disposición constitucional.

A decir del autor Sergio Pinto Martins:

“La Tercerización es más beneficiosa que perjudicial para los trabajadores, puesto que, por cada empleo perdido en una empresa, las Tercerizadoras crean tres nuevos más”²⁷

La utilidad y complejidad de la Tercerización en el mercado laboral ha hecho que en los países de mayor desarrollo se llegue a hablar de “Cuarterización”, donde es común la existencia de empresas dedicadas a gerenciar Empresas tercerizadoras, por lo que, la denominada Cuarterización no es más que una “Tercerización gerenciada” por empresas especialistas en mercado y en un determinado ramo de servicios o de administración de servicios.²⁸

E incluso, yendo un poco más allá y haciendo alusión a estudios especializados se advertirá que ya no sólo se habla de Tercerización o Cuarterización, sino también de “Destercerización” entendido como el proceso de retorno y admisión de los tercerizados a su antigua condición de empleados a las empresas en las cuales la Tercerización no tuvo efectos positivos.²⁹

²⁷ PINTO, S., A Terceirização e o Direito do Trabalho, pág. 24.

²⁸ Ibidem., pág. 18.

²⁹ Ibidem., pág. 22.

4.1 DEFINICIÓN

Con los antecedentes anotados, podemos advertir que la Tercerización cubre un amplio espectro en el mercado de trabajo, por lo que su delimitación y más aún su definición jurídica se torna compleja si se quiere individualizar con precisión esta figura económico-jurídica, poco explorada por la doctrina y legislaciones que como la nuestra la han cubierto en disposiciones aisladas. Razón por la cual, se ha recurrido a doctrina y legislación comparada que, regulando realidades sociales de otros países no deja de reflejar en gran parte la práctica y realidad nacional.

A continuación se citan varias definiciones doctrinarias y legislativas de países latinoamericanos, en los cuales, se habla de Intermediación y Tercerización Laboral indistintamente, sin hacer distinción entre ambas, por la estrecha relación que las vincula.

Este tema ha sido ampliamente discutido para finalmente ser regulado en varios países, como es el caso de Colombia, país en el cual se expidió el Decreto 3115 del 30 de diciembre de 1997, y cuyo texto define a la Intermediación Laboral en sentido amplio así:

“Es la actividad organizada, encaminada a 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”³⁰

³⁰ www.mintrabajo.gov.co/intermed.htm.

Legislaciones como la Brasileña admiten únicamente la Tercerización de actividades medias de la empresa, lo cual se evidencia en la definición dada por Sergio Pinto Martins, quien entiende por Tercerización:

“La posibilidad de contratar a un tercero para la realización de actividades que no constituyen el objeto principal de la empresa. Esa contratación puede envolver tanto la producción de bienes como la de servicios”³¹

Con un criterio más restrictivo, Guillermo Cabanellas define a la Intermediación, en su estricto sentido de colocación, delimitándola a su aspecto precontractual:

“Por colocación obrera se entiende toda actividad destinada a relacionar a los trabajadores que buscan o necesitan empleo con los empresarios o patronos que disponen de ocupación retribuida”³²

El Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo implícitamente define a la Intermediación y Tercerización al señalar los servicios que éstas pueden proporcionar en el mercado de trabajo, tales como: vincular la oferta y demanda de empleo; emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica; y, otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo que hubieren sido determinados por la autoridad competente previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.

Por ser el tema central de nuestro estudio, pasamos a definir y delimitar a la Tercerización Laboral como tal.

³¹ PINTO, S., *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, pág. 19.

³² CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Compendio de Derecho Laboral*, pág. 350.

La Tercerización Laboral constituye el mecanismo por el cual una persona natural o jurídica denominada tercerizador (prestador de servicios) relaciona la demanda y oferta de trabajo, poniendo a disposición de un tercero denominado tercerizado (usuario o beneficiario de servicios) el personal por él contratado, con la finalidad de que éste preste los servicios requeridos por el tercerizado.

4.2 NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS ESENCIALES

Al constituir la Tercerización Laboral una especie de comercialización de servicios, reúne ciertos elementos peculiares que hacen de ella una relación económico-jurídica especial de carácter laboral y civil. Pues, es de anotar que de éste vínculo surgirán relaciones diversas, así, el nexo entre la empresa tercerizadora y el tercerizado es civil o mercantil, pudiendo constituir un contrato de locación de obra o de servicios, por el que ésta suministra su personal a aquella; y, el nexo permanente continuo, o discontinuo entre el trabajador y el tercerizador es laboral, y, como consecuencia de este último contrato los trabajadores de la empresa tercerizadora se comprometen a prestar sus servicios para la empresa usuaria.

En efecto, la Tercerización genera una relación triangular en la que se presentan vínculos jurídicos diferentes que pueden dar lugar a duda sobre quien es el empleador, ya que si bien, formalmente aparece como tal el tercerizador, que se obliga para con el trabajador por las relaciones que contrae en beneficio de terceras personas, en la práctica el trabajador presta

sus servicios al tercerizado, razón por la cual se ha previsto la responsabilidad solidaria de ambos en el cumplimiento de las obligaciones laborales, extendiendo a esa persona la condición de empleador –al menos en forma indirecta–, justa disposición, pues uno y otro se benefician de la prestación del servicio.

Lo característico de la Tercerización Laboral es la intervención de un tercero entre el usuario o beneficiario de la prestación de servicios y el trabajador . En consecuencia, esta relación triangular vendría a suprimir una de las características básicas del contrato de trabajo, como es la relación directa entre el que presta servicios y el que se beneficia de ellos, característica que como se hubiere señalado en el capítulo anterior, es importante, ya que desde la perspectiva del Derecho Laboral clásico toda prestación subordinada de servicios debe fundamentarse en un contrato de trabajo que vincule directamente a empleador y trabajador de una forma permanente y estable.

La Tercerización ha sido duramente criticada, y hay quienes consideran que el empresario que se sirve de ella busca evitar los efectos de la estabilidad laboral, dificultar o impedir la afiliación sindical y la negociación colectiva, dejando que sea la empresa de servicios quien fije las condiciones y remuneraciones a recibir, mismas que generalmente son inferiores a las que percibe el personal directamente contratado por el tercerizado, y que, aunque los preceptos legales se opongan a todo tipo de discriminación, en la práctica tales disposiciones no son observadas, tal como lo hubiere advertido una autoridad del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos: “Un empleado que

presta servicios mediante Tercerización no recibe los mismos beneficios que le corresponden al trabajador de la empresa que realiza actividades similares”

El tercerizador actúa en beneficio de un tercero, pero en nombre propio, pues, el giro principal de su negocio es el suministro de trabajadores a terceros, para lo cual reclutará personal técnico-profesional encaminado a cubrir áreas complementarias, finales y medias, desligadas del giro principal del negocio al cual sirven. Siendo susceptibles de Tercerización actividades complementarias como: la limpieza, la vigilancia, etc.; actividades medias como la cobertura del departamento de personal, la manutención de máquinas, la contabilidad de la empresa; y, actividades finales como producción, ventas, transporte de los productos, etc.

El servicio prestado por las empresas tercerizadoras es: gratuito para los trabajadores, sin que el tercerizador pueda cobrar directa ni indirectamente cualquier tipo de honorario o tarifa; y, oneroso para el tercerizado o usuario del servicio, quien deberá reconocer a la tercerizadora sus honorarios así como los costos laborales.

4.3 INTERMEDIACIÓN O INTERPOSICIÓN?

En doctrina se discute si la Tercerización Laboral constituye una interposición o una mera intermediación entre el empleador o beneficiario de los servicios y el trabajador dadas las diferentes finalidades que cada una de estas figuras persigue, aunque, en principio podría parecer que su naturaleza es semejante, a decir por el tercero que se coloca entre las dos partes

principales de la relación laboral, que, sin embargo en la intermediación desempeña una función distinta de la que desempeñaría en la interposición. De allí la importancia de establecer la orientación de cada una de ellas.

Según la posición doctrinaria ³³ que distingue la intermediación de la interposición, el intermediario tendría por finalidad única allegar a empleadores y trabajadores, sin intervenir más en dicha relación, habiendo servido simplemente como nexo de unión entre las dos partes, finalidad que, una vez cumplida lo desvincula de la relación jurídica laboral.

Un ejemplo claro de simple Intermediación lo constituyen las agencias de selección de personal que se limitan a entrevistar, examinar, sondear pretensiones, etc., a fin de seleccionar el personal requerido por sus empresas clientes, siendo habitual que éstas encomienden a tales consultoras de recursos humanos, la búsqueda de personal de muy definida capacitación y características para cubrir cargos de jerarquía o de alta especialización. La labor de la consultora termina con la presentación de la persona elegida a su cliente.

También podríamos catalogar como Intermediación, la actividad de las oficinas privadas de colocación que, como lo indica su nombre, limitan su actividad a la colocación de su personal inscrito en diversos sectores de la producción, generalmente en posiciones de baja calificación profesional.

³³ SPARTACO, S., autor citador por MOLAS, S., El tercero en el Art. 29 de la L.C.T. Formas lícitas y fraudulentas de Intervención.

Tratándose de la Interposición, el empleador o sujeto beneficiado de la relación, teniendo interés en no aparecer como tal, interpone entre sí y el trabajador, un tercero que actuará como parte y ejecutante del negocio.

El jurista italiano Spartaco Spano distingue entre interposición real y ficticia. La interposición es real cuando la persona interpuesta es en realidad el verdadero contrayente, tal sería el caso, por ejemplo, de las empresas de servicios temporales, empleadoras de los trabajadores que suministran. La interposición ficticia o simulación, es el medio para aparentar una situación o vínculo jurídico distinto del que justamente se quiso desnaturalizar o encubrir para eludir sus efectos. En consecuencia, quien interviene en un acto jurídico por encargo y en provecho de otro, aparentando actuar por cuenta propia, obra como testafierro de la empresa contratante, incurriendo en una interposición fraudulenta que tiene por finalidad eludir o infringir disposiciones o responsabilidades legales por tratarse de personas insolventes que al prestar su nombre vulneran los derechos de los contratados a su nombre pretendiendo asumir el carácter de empleador, sin serlo en realidad.

La intervención del tercero en el negocio jurídico será mayor o menor dependiendo del grado de colaboración que éste haya asignado al mismo. De esta forma, el intermediario cumple un papel limitado, un aspecto material determinado y accesorio a la formación de la relación laboral como poner en conocimiento de las partes las opciones del mercado de trabajo, sin que tal participación le genere más obligaciones de las ya cumplidas. En cambio, en la interposición, la participación del tercero ya no será accesorio, sino principal,

manteniendo vínculos contractuales permanentes o temporales con ambas partes.

En el plano estrictamente laboral, la interposición se presenta en la denominada Tercerización, cuando un trabajador es contratado por una empresa determinada, y presta sus servicios en otra distinta de aquella que lo contrató, evitándose de ésta forma la creación de una relación laboral directa entre el trabajador y la empresa en la cual se prestan de manera efectiva los servicios.

En razón de los fraudes y excesos cometidos, muchas legislaciones, como la brasileña, han prohibido la contratación de personal por empresa interpuesta, y sólo se la admite en casos excepcionales como el trabajo temporario y el servicio de vigilancia, pues, la locación de mano de obra es ilícita, y en caso de infringir esta disposición, se configura una relación laboral directa entre el trabajador y la empresa tomadora de servicios.

En nuestro país, la contratación de trabajadores por empresa interpuesta no siempre será ilegal, porque, como ya se expresó anteriormente, el empleador interpuesto por las denominadas empresas de servicios temporales o por empresas tercerizadoras vinculadas o no vinculadas a él, - que como se verá más adelante están autorizadas en el Ecuador- que actúen con apego a la ley, están bajo el amparo de ésta. La interposición será ilegal tan sólo cuando exista fraude con el objetivo de frustrar la aplicación de la ley laboral.

Podemos concluir, pues, que la diferencia entre intermediación e interposición radica en la función confiada al sujeto respecto de la formación y conclusión del negocio, por una parte, y por otra, en la naturaleza material o substancial de la actividad. En la Intermediación, el intermediario desarrolla una función material y permanece fuera de la relación jurídica. En la interposición, en cambio, el o los sujetos del negocio permanecen formalmente extraños a su desarrollo o conclusión, en tanto la persona interpuesta desarrolla una actividad substancial y decisoria en dicho plano.

5 CLASES DE INTERMEDIACIÓN Y TERCERIZACIÓN LABORAL

Es difícil precisar las clases de Intermediación y Tercerización existentes en el mercado laboral, ya que podrían existir tantas como necesidades laborales a ser satisfechas, generando en cada relación efectos diferentes. Así, en 1994, el informe remitido por la Organización Internacional del Trabajo a la Conferencia Internacional del Trabajo se propuso clasificar los tipos de Intermediación y Tercerización Laboral, llegándose a reconocer más de una decena de ellos.

La vinculación de la oferta y demanda de empleo puede presentarse en la fase de formación y constitución del contrato de trabajo, y se denomina Intermediación; o, en la ejecución del mismo, en cuyo caso se denomina Tercerización, interponiéndose al empleador un tercero que le suministra personal por su cuenta.

En consecuencia, del grado de participación o injerencia del tercero en la relación laboral, entre quien presta sus servicios y quien resulta directamente beneficiado de ellos, dependerá el encontrarnos ante un caso de Intermediación o un caso de Tercerización.

Como ya se mencionó en el acápite anterior, el intermediario es quien participa en la fase precontractual del contrato de trabajo, por lo tanto su participación es menor, convirtiéndose en una especie de facilitador del mismo, siendo el caso de las oficinas públicas y privadas de colocación o de empresas consultoras en recursos humanos.

En la Intermediación, la misión del intermediario es constituirse en el mediador que vinculará a quienes ofertan y demandan empleo. Dentro de este mecanismo se encuentran las Oficinas Públicas y Privadas de Colocación, cuya labor ha ido evolucionando con el transcurrir de los años y el incremento de las necesidades sociales y económicas. Así el reclutamiento y contratación de trabajadores rurales para la construcción y agricultura fue una de sus primeras manifestaciones, en donde muchas veces al margen de la ley, los trabajadores eran contratados a través de un jefe de cuadrilla, o de un intermediario generalmente insolvente. Las denominadas bolsas de trabajo portuaria contrataban a estibadores y demás gente de mar en condiciones parecidas.

Por otro lado, es importante recordar la relación existente entre información e Intermediación, ya que justamente ésta última se sirve de la primera para la ejecución de sus fines, sin embargo, es necesario diferenciar a

la Intermediación Laboral de la sola transmisión ocasional de información al mercado sobre la existencia de ofertas y demandas de trabajo, es decir, las labores de difusión y transmisión de ofertas y demandas de empleo deben tener el carácter de habitual por tratarse del giro principal del negocio de quien se dedica a intermediar en el mercado de trabajo.

La Intermediación puede tener alcances internacionales, al celebrarse Acuerdos de Migración de Mano de Obra entre Estados, en virtud de los cuales, un Estado se compromete a suministrar mano de obra a otro para actividades específicas o trabajos estacionales para los cuales no hay suficiente mano de obra en el país requirente. En este caso, el intermediador puede ser el mismo Estado o un intermediario privado legalmente autorizado para emprender tales actividades.

Las crecientes exigencias productivas han modernizado el sistema de suministro de personal con calificaciones particulares, existiendo intermediadoras que se especializan en la selección de ejecutivos de empresa, o en representación artística.

Una participación más significativa tendrá el tercerizador, quien ya no sólo crea el vínculo contractual, sino que ejecuta su objeto, como sería la interposición a que se hizo referencia hace poco, figura por la cual, la empresa tercerizadora contratará un trabajador, a fin de que preste sus servicios en otra empresa, creándose un vínculo laboral entre la tercerizadora y los empleados por ella suministrados.

La Tercerización adopta variadas formas, una de las más comunes es la prestación de servicios temporales llevada a cabo por empresas constituidas específicamente para tales fines, es decir, poner a disposición de terceras personas, personal administrativo, técnico o profesional, para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades o en servicios extraordinarios. La empresa de servicios temporales, asume el carácter de empleador respecto a los trabajadores que suministra a las empresas usuarias.

Otro mecanismo de Tercerización en el mercado laboral lo constituye la denominada prestación de servicios complementarios, que proporciona a las Empresas usuarias servicios complementarios o de carácter especializado, como limpieza, vigilancia, outsourcing, entre otros.

En la legislación comparada, encontramos a la Cooperativa de Trabajo como mecanismo de Tercerización, siendo fuente de trabajo para quienes al mismo tiempo son sus socios y trabajadores.

Finalmente, también se podría mencionar la Tercerización en los servicios estatales, por la cual, se encarga a terceros más competentes la ejecución o prestación de servicios en áreas de la administración pública permitidas por la ley. La delegación de estos servicios ha permitido, en muchos casos racionalizar la estructura de los organismos públicos y desburocratizar el aparato estatal, convirtiendo costos fijos en variables con el objetivo de reducir el déficit fiscal. Claro ejemplo de la Tercerización en la Administración Pública ha sido la recolección de basura en la Empresa

Municipal, y la contratación de personal administrativo tercerizado como secretarías, mensajeros etc. en el Servicio de Rentas Internas, organismos que beneficiándose de la Tercerización alcanzaron reducir puestos de trabajo permanentes que nutrían la burocracia estatal sin mayores beneficios, pero que ahora, por el contrario, dicho personal rinde con mayor eficiencia respondiendo a las exigencias de la Tercerizadora y del Estado quien a través de ella llevará un control más riguroso de sus actividades.

5.1 OFICINAS DE COLOCACIÓN

Como ya se ha dicho, el papel fundamental de las Oficinas de Colocación es intermediar entre quienes ofertan y demandan empleo, es decir, proporcionar un empleo a un trabajador, o un trabajador a un empleador.

Guillermo Cabanellas define a la Oficina de Colocación en general como:

“Cualquier entidad que, con carácter oficial o privado, con remuneración o gratuitamente, procura trabajo a los que lo ofrecen como trabajadores y a quienes lo precisan como patronos”³⁴

Las Oficinas de Colocación pueden ser públicas o privadas. Las Oficinas de Colocación Públicas están constituidas por entidades de Derecho Público que ejercen gratuitamente la Intermediación Laboral al servicio de la comunidad, cuyo objetivo principal se desprende del texto de la ley:

“Aproximar la oferta y demanda de mano de obra, relacionando a los trabajadores desocupados o en demanda de colocación, con los empleadores que los necesiten”³⁵

³⁴ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., Compendio de Derecho Laboral, pág. 351.

³⁵ Código del Trabajo Ecuatoriano, Artículo 566, numeral 1.

En la actualidad, la actividad de las Oficinas Públicas de Colocación ha disminuido frente al papel monopólico desempeñado en tiempos pasados, debido a la innegable realidad y avances socio-económicos que exigían mecanismos más modernos y sofisticados de los que el servicio público hubiera podido ofrecer.

El retraso y falta de recursos de las Oficinas Públicas de Colocación confirieron mayor validez a la colocación privada en el mercado de trabajo, misma que fue conformándose a los avances productivos y a las exigencias socio-económicas, de modo que su legitimidad iba en ascenso, en la búsqueda de reglas claras que definieran su participación y les permitiera actuar en libertad.

La Organización Internacional del Trabajo, como Organismo Internacional especializado en cuestiones laborales se ha preocupado por regular el funcionamiento de estos “mediadores” en la relación de trabajo. Muchos han sido los Convenios suscritos al respecto, y poco su éxito, dada la discordante regulación entre lo que Organismos Internacionales y Estados reivindicaban y, lo que sucedía en realidad, por lo que las discusiones en pro de conciliar la legislación a las condiciones del mercado de trabajo fueron constantes, y así revisándose Convenio tras Convenio se llegó finalmente a suscribir uno nuevo, que introdujo cambios sustanciales en la forma de concebir a la Intermediación Laboral en su sentido amplio.

Tal fue el Convenio 181, cuyo artículo primero designa a las Agencias de Empleo Privadas como:

“Toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

1. Servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;
2. Servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución;
3. Otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas”

Como se puede advertir, el Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo, considera como Oficinas de Colocación Privadas no sólo a quienes se dedican a vincular la oferta y demanda de trabajo sin ninguna otra responsabilidad, sino también a quienes emplean trabajadores para ponerlos a disposición de un tercero, envolviendo a las denominadas relaciones triangulares, entre las empresas de trabajo temporal, de servicios, no vinculadas y no vinculadas; los trabajadores que éstas contratan; y, las empresas usuarias en donde dichos trabajadores prestan servicios.

En consecuencia, no se distingue entre la simple Intermediación e Interposición de unas y otras, aplicándoseles el mismo régimen jurídico. En el presente estudio se ha querido distinguir a las Oficinas Privadas de Colocación de las empresas tercerizadoras de servicios temporales, permanentes, vinculadas o no vinculadas, porque se considera que siendo mediadoras en el mercado de trabajo cumplen finalidades diferentes, generándose relaciones triangulares más complejas en un caso, y una simple mediación en otro, razón

por la cual, en el siguiente acápite nos referiremos más extensivamente a las primeras.

Ahora bien, el citado artículo primero de la Convención 181 de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo inciso primero hace referencia a lo que a nuestro entender son las Oficinas Privadas de Colocación, deja en claro que el objetivo de esta actividad es poner en contacto a las dos partes esenciales de la relación de trabajo, sin que quien la lleve a cabo entre a formar parte del negocio jurídico que dichas partes celebren. Es decir, el intermediario no entabla relación jurídica alguna con aquellas, a excepción de la que origina su propia labor mediadora, como es la colocación del trabajador en el empleo y el cobro de una tasa por los servicios prestados.

Anteriormente, sólo se autorizaba el funcionamiento de Oficinas de Colocación Privadas sin fines lucrativos, mas, posteriormente se hubo de autorizar el funcionamiento de aquellas que cobrarán por los gastos incurridos en la prestación de sus servicios a demandantes u oferentes de empleo, sin que por ello se autorice a quienes si tengan finalidad lucrativa.

Como era evidente, el cobro de honorarios o tarifas por servicios de colocación a los trabajadores se tornó abusivo, lo que explica la larga tradición de rechazo a este mecanismo, no obstante, las disposiciones legales fueron claras al prohibir terminantemente el cobro de cualquier honorario o tarifa a trabajadores demandantes de empleo, no así en el caso de los empleadores que lo oferten, pudiendo únicamente trasladar a ellos tales costos, salvo las

excepciones previstas en la misma ley, como lo prevé el artículo séptimo del

Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo:

“Las Agencias de Empleo Privadas no deberán cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa. En interés de los trabajadores afectados, la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, podrá autorizar excepciones a lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo respecto de determinadas categorías de trabajadores, así como de determinados servicios prestados por las Agencias de Empleo Privadas”

El Convenio 181 de la OIT, referente a las Agencias de Empleo Privadas regula de una forma general su funcionamiento, dejando a potestad de cada país determinar el régimen jurídico a que estarán sujetas dichas entidades, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

En el Ecuador, la actividad de las Oficinas Privadas de Colocación ha sido regulada por el “Reglamento para el funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocación”, publicado en el Registro Oficial No. 285 de 27 de marzo de 1998, estableciéndose los requisitos formales para su aprobación y funcionamiento, así como la autoridad de control y supervisión competente.

Finalmente, se ha establecido que la actividad del servicio privado de colocación debe guardar concordancia con los objetivos y políticas de empleo públicas, por lo que, deberá respetar la potestad estatal de formular políticas de empleo en el mercado de trabajo, así como suministrar la información que le fuera requerida por la autoridad pública, a fin de que el Estado tenga un conocimiento general de las necesidades del mercado de trabajo.

5.2 TERCERIZACIÓN EN EMPRESAS VINCULADAS

El primer inciso del artículo 191 de La Ley de Mercado de Valores Ecuatoriana define como empresa vinculada a:

“El conjunto de entidades que, aunque jurídicamente independientes, presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración, responsabilidad crediticia o resultados que hacen presumir que la actuación económica y financiera de estas empresas está guiada por los intereses comunes, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o respecto de los valores que emitan”

Más allá de evitar la formación de una relación laboral directa –como se verá más adelante-, el suministro de personal por empresas vinculadas a un mismo grupo económico tiene por objetivo crear empresas filiales con personalidad jurídica propia, relacionadas a aquella de la cual fueron separadas, para efectos de descargar parte de sus actividades en ellas, en este caso, la contratación de personal.

Este mecanismo de Tercerización, o Interposición aparece en Francia, bajo la denominación de “*filialisation*”, expresión que como su nombre lo dice, da lugar a la creación de empresas filiales con personalidad jurídica propia, distinta de aquellas de las cuales fueron desmembradas para suprimir parte de las actividades de la empresa principal, dejando la contratación de trabajadores a la empresa filial.³⁶

El grupo de empresas interrelacionadas constituyen una especie de empresa holding que descarta actividades no lucrativas o actividades medias por intermedio de empresas filiales, para asegurar mayores utilidades al

³⁶ PINTO, S., A Terceirização e o Direito do Trabalho, pág. 33.

empresario, puesto que como admite Pinto Martins: “La filial normalmente admite funcionarios con salarios y encargos sociales inferiores” ³⁷

Recogiendo el criterio de Guillermo Boza Pró, podemos definir a las Empresas Vinculadas como:

“El conjunto de empresas, formal y aparentemente independientes, pero que están recíprocamente entrelazadas, al extremo de formar un todo complejo compacto y que responden a un interés común . El poder económico se ubica en el propio grupo y no en el de cada empresa miembro, aún cuando los derechos y obligaciones respecto a terceros se produzcan a nivel de cada una de ellas. En definitiva, existe una profunda unidad bajo la aparente pluralidad de personas distintas. En consecuencia, el grupo se convierte en la única y verdadera empresa subyacente” ³⁸

El mismo autor caracteriza a las empresas de un mismo grupo económico por:

- a) La pluralidad de componentes que lo integra, como se dijo, existen varias empresas filiales de una dominante con autonomía y vida jurídica propia.
- b) La vinculación constituye un indicio fundamental para presumir la unidad empresarial de empresas independientes ligadas a un grupo ya sea por coordinación o subordinación. Hay coordinación entre empresas relacionadas que persiguen un mismo fin, para lo cual se trazan políticas y medidas comunes. Existe subordinación al reconocer en el grupo una empresa dominante que dirige a sus filiales, lo cual es evidente si ésta detenta participaciones accionarias en las distintas empresas del grupo, o, si es frecuente encontrar a los mismos funcionarios en los órganos de dirección de las otras empresas componentes del grupo, otorgando un mayor poder de control y

³⁷ PINTO, S., *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, pág. 33.

³⁸ BOZA, G., *Una Figura Nueva en la Intermediación Laboral*.

supervisión interno a la empresa dominante. También se habla de la vinculación por subordinación externa, misma que se presenta al mediar entre las empresas del grupo relaciones contractuales tales como licencias de uso y comercialización de marcas y patentes, para lo cual se requerirá de la asistencia técnica permanente de la empresa suministradora. Es de resaltar la permanencia y exclusividad de las relaciones mercantiles y laborales entre las empresas del grupo y quien las domina, constituyendo justamente ésta la razón de ser de la empresa filial perteneciente al grupo, como es suministrar el personal formalmente contratado por ella a la empresa principal u otras del grupo, sin ser necesario celebrar un nuevo contrato de trabajo con la empresa beneficiaria de la prestación laboral, puesto que dicha prestación se cumple manteniendo el vínculo contractual laboral inicial que vinculaba al trabajador con la empresa filial que formalmente contrató trabajadores.

- c) La unidad subyacente, consecuencia de la vinculación económica de las empresas del grupo, las que, si bien, son formal y aparentemente independientes, están ligadas entre sí, conformando una unidad empresarial, puesto que el poder económico se centra en el grupo, y el desempeño de cada una de las empresas filiales responde a un interés común.

En consecuencia, se podría catalogar como Tercerización en empresas vinculadas, aparentemente independientes pero que conforman una unidad económica, al suministro de trabajadores contratados formalmente por una empresa filial a otra u otras empresas miembros del mismo grupo, en las

cuales el trabajador prestará efectivamente sus servicios de una manera permanente continua o discontinua, aunque formalmente se hubiere celebrado y subsista el contrato de trabajo suscrito con una de ellas, generalmente supeditada a una empresa principal.

El personal puesto a disposición de la empresa usuaria mantiene vínculos laborales únicamente con la empresa filial prestadora de servicios, percibiendo su remuneración de ella, aunque efectivamente trabaje para la principal y se someta a sus órdenes e instrucciones.

Sin duda alguna, la Tercerización en empresas vinculadas es una clara interposición al empleador directamente beneficiado con la prestación de servicios, quien, teniendo interés en no aparecer como tal, interpone o coloca entre sí y el trabajador, un tercero que actuará como parte de la relación laboral.

Esta interposición ha sido duramente criticada ya que podría constituirse en uno de los mecanismos más propicios para vulnerar los derechos de los trabajadores, porque justamente, tiene por objeto evitar que se cree una relación laboral directa entre el trabajador tercerizado y la empresa en la cual se prestan de manera efectiva servicios ordinarios y permanentes.

Sin embargo, este mecanismo no encuentra prohibición alguna en el Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo, ya que su objeto encuadra con lo que el literal b del numeral 1 del artículo primero de este cuerpo legal considera Agencia de Empleo Privada, y es:

“La persona física o jurídica independiente de las autoridades públicas, que presta servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución”

Aunque el Ecuador no ha ratificado este Convenio, existe en nuestra legislación el Reglamento para el Funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones, que reproduce este criterio, y cuyo artículo primero igualmente considera “Oficina Privada de Colocación” a:

“Aquellos que actúan en calidad de empleadores, para brindar servicios de personal a terceras personas”

Contrariamente a nuestra práctica nacional, otras legislaciones prohíben la contratación de personal por empresas tercerizadoras vinculadas, sobre todo, si la prestación de servicios tiene el carácter de permanente y esencial al giro de la empresa, ya que consideran que tal contratación envuelve fines fraudulentos en menoscabo de los derechos de los trabajadores tercerizados, quienes, muchas veces cumplen funciones similares a las del personal contratado directamente, pero reciben remuneraciones y beneficios inferiores.

Por otro lado, el artículo 100 del Código del Trabajo al prever el derecho exclusivo que tienen los trabajadores contratados por empresas tercerizadoras vinculadas a participar en las utilidades de la empresa beneficiaria de sus servicios, reconoce expresamente su existencia:

“Los trabajadores que presten sus servicios a órdenes de contratistas o intermediarios, incluyendo a aquellos que

desempeñan labores discontinuas, participarán en las utilidades de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio.

Si la participación individual en las utilidades del obligado directo son superiores, el trabajador sólo percibirá éstas; si fueren inferiores, se unificarán directamente, tanto las del obligado directo como las del beneficiario del servicio, sumando unas y otras, repartiéndoselas entre todos los trabajadores que la generaron”

Al derecho de participar en las utilidades del tercerizador vinculado y del beneficiado con la prestación de servicios en la forma prevista por el Código del Trabajo se une la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones consagrada en el texto constitucional:

“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”³⁹

Otro cuerpo legal que hace referencia expresa de la contratación de personal a través de empresas tercerizadoras vinculadas es el Reglamento para la Contratación por Horas, recientemente expedido, cuyo artículo siete disponía que sólo podían contratar personal bajo esta modalidad quienes hubieren celebrado un contrato de trabajo directo, es decir sin la participación de un “intermediario”, salvo los casos en que se hubiere contratado mediante “intermediarios vinculados”, dejando sin tal posibilidad a los “intermediarios no vinculados”

Ante tal circunstancia, la Asociación de Empresas Consultoras de Recursos Humanos ASERCORH, interpuso una demanda de

³⁹ Constitución Política del Ecuador, Artículo 35, numeral 11.

inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 2, 3, 7 y de la Disposición

Transitoria del Reglamento en mención., señalando que:

“Tales disposiciones violan los artículos 23, numerales 3 y 17, y 35, numeral 11 de la Constitución Política del Estado, en lo que se refiere a los derechos de igualdad ante la ley y de libertad de trabajo, tal violación se produce específicamente por el contenido del artículo 7 del Reglamento, pues crea dos categorías de empresarios: los de primera clase que pueden contratar trabajadores bajo esta modalidad, categoría en la que inclusive se involucra con el mismo privilegio a los intermediarios vinculados; y los de última clase, que son los empresarios no vinculados a los que se les discrimina y se les prohíbe contratar por horas”

El Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, por su parte arguyó que:

“El artículo 7 del Reglamento para la Contratación Laboral por Horas, justamente guarda coherencia y conformidad con lo prescrito en el artículo 100 del Código del Trabajo, puesto que únicamente los trabajadores que prestan sus servicios en empresas tercerizadoras vinculadas a una empresa principal, tienen una garantía de percepción de utilidades cruzada y en consecuencia indiscutible. En cambio, no sucede lo mismo cuando se trata de trabajadores que laboran en empresas tercerizadoras no Vinculadas a la empresa beneficiaria del servicio, figura legal en la que se podría dar la vulneración del derecho de los trabajadores a percibir utilidades, por cuanto, si se terceriza toda la nómina de la empresa principal o beneficiaria del servicio, el 15 % que ésta genere, sin lugar a ninguna duda producto o resultado del esfuerzo de todos los trabajadores que contribuyeron a su generación, por una incorrecta aplicación de la norma legal, serían conculcados en sus derechos, y de manera especial, a percibir utilidades, siendo ésta la razón fundamental por la cual en el Reglamento de la Contratación Laboral por Horas se dispone en el artículo 7 que para acogerse en lo prescrito en el mismo, los empleadores necesariamente deberán contratar directamente a los trabajadores y no por intermediación, subcontratación o Tercerización, salvo los casos de contratación por contratistas o intermediarios vinculados a los que se refiere el inciso segundo del artículo 100 del Código del Trabajo, caso contrario se precarizarían más las relaciones laborales”

Con tales antecedentes, la Primera Sala del Tribunal Constitucional sometió a consideración del Pleno del Tribunal Constitucional un proyecto de resolución por el cual se desechaba la demanda de inconstitucionalidad presentada por ASERCOH, compartiendo los criterios del Ministerio de Trabajo

y Recursos Humanos. Mas, finalmente, el Pleno del Tribunal, en sentencia de once de septiembre del dos mil uno aceptó parcialmente la demanda de inconstitucionalidad, declarando así inconstitucional y suspendiendo los efectos del primer inciso del artículo 7 del Reglamento para la Contratación por horas, por haber establecido “una odiosa discriminación para contratar bajo esta modalidad entre contratistas, intermediarios o empresas tercerizadoras vinculadas y no vinculadas, impidiendo acceder al derecho de contratación por horas a los trabajadores amparados por contratistas, intermediarios o empresas tercerizadoras no vinculadas, contrariando el numeral 5 del artículo 23 de la Constitución de la República”⁴⁰, consecuencia de lo cual, ya no existe restricción alguna para que las empresas tercerizadoras no vinculadas contraten su personal bajo la modalidad de trabajo que este Reglamento regula.

5.3 TERCERIZACIÓN EN EMPRESAS NO VINCULADAS

Recogiendo la definición dada por el tercer inciso del Código del Trabajo, son empresas tercerizadoras no vinculadas:

“Aquellas que tienen su propia infraestructura física, administrativa y financiera, totalmente independiente de quien en cuyo provecho se realiza la obra o se presta el servicio, y que por tal razón proporcionan el servicio de intermediación a varias personas, naturales o jurídicas no relacionados entre sí por ningún medio”

⁴⁰ La Resolución que declaró inconstitucional el primer inciso del artículo 7 del Reglamento para la Contratación Laboral por Horas fue aprobada con los votos favorables de los Doctores Ricardo Vanegas, Oswaldo Cevallos, Luis Mantilla, Hernán Salgado y Marco Morales. Por su parte, los doctores Luis Chacón, René de la Torre, Carlos Helou y Hernán Rivadeneira salvaron su voto discrepando de la resolución adoptada respecto del primer inciso del artículo 7 del Reglamento para la Contratación Laboral por Horas.

En consecuencia, las empresas tercerizadoras no vinculadas tienen por finalidad suministrar mano de obra a personas naturales o jurídicas totalmente independientes de ellas, para lo cual, contratan personas dispuestas a prestar servicios permanentes o temporales en una tercera empresa, siendo éste su único fin, ya que si bien, su utilidad proviene de la prestación de servicios contratada, ésta no se ejecuta a su favor, pues no se beneficia del resultado de dicha prestación, ni sufre los riesgos propios de la actividad económica para la cual el servicio contribuye de una forma u otra.

Las empresas de Tercerización pueden prestar sus servicios temporal o permanentemente, siendo más común la prestación de servicios temporales, así como la prestación de servicios complementarios como limpieza, seguridad, etc.

Las Empresas de Prestación de Servicios Temporales son personas naturales o jurídicas cuyo objeto exclusivo es poner a disposición de terceras personas naturales o jurídicas, personal industrial, administrativo, o, profesional, debidamente capacitado y contratado por ellas, para colaborar temporalmente en el desarrollo de actividades, servicios o exigencias extraordinarias y transitorias, previamente determinados por la empresa usuaria o beneficiaria de la prestación de servicios.

Generalmente, las empresas que suministran personal para servicios temporales son profesionales especializadas en el reclutamiento de personal con muy definidas características y aptitudes para responder a las exigencias de sus “empresas clientes”, quienes requerirán eventualmente de personal

adicional para atender el desarrollo de actividades vacantes por ausencia provisional del personal de su nómina, o, para atender actividades excepcionales que demandan una mayor mano de obra.

La empresa de servicios temporales asume la calidad de empleador del trabajador que suministra a la empresa usuaria, a la cual, a su vez lo liga un contrato civil de locación de obra o de servicios, en el cual se deberán establecer las condiciones, honorarios y costos del servicio de provisión de personal.

Como se recordará haber reconocido en el capítulo anterior, la naturaleza de las actividades emprendidas por los trabajadores temporales o eventuales es discontinua y presenta ciertos caracteres y exigencias legales:

“Son contratos eventuales aquellos que se realizan para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personal que se encuentra ausente por vacaciones, licencia, enfermedad, maternidad y situaciones similares; en cuyo caso, en el contrato deberán puntualizarse las exigencias circunstanciales que motivan la contratación, el nombre o nombres de los reemplazados y el plazo de duración de la misma. Los contratos eventuales pueden celebrarse también en atención a una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales del empleador, caso en el cual no podrá tener una duración mayor de ciento ochenta días continuos dentro de un lapso de trescientos sesenta y cinco días, y, si dicha circunstancia o requerimiento se repitiera por más de dos períodos anuales el contrato se convertirá en contrato de temporada”⁴¹

El precepto legal citado hace evidente que la contratación de trabajo eventual es excepcional, de modo que su reiterada prolongación o ampliación más allá de lo permitido, no resulta compatible con una exigencia transitoria o

⁴¹ Código del Trabajo Ecuatoriano, Artículo 17, primer y segundo incisos.

accidental del contrato de trabajo eventual que es siempre y de por sí, momentánea.

Es común que las Empresas de Servicios Temporales provean de personal ejecutivo para colaborar en actividades principales de la empresa usuaria, lo que las diferenciaría de aquellas empresas destinadas a brindar servicios complementarios o secundarios al objeto principal de la empresa usuaria, servicios que bien podrían ser permanentes o temporales, o prestarse fuera del horario de funcionamiento de la empresa usuaria, dada la naturaleza de los servicios a prestar.

La prestación de servicios complementarios o secundarios es llevado a cabo por empresas especializadas, quienes proveen de dichos servicios a sus empresas usuarias de una manera regular, por ello es que se ha tendido a equiparar a este tipo de Tercerización únicamente al contrato de obra en el ámbito civil, en la medida en que se exigen resultados concretos y no el “mero suministro de trabajadores”, apreciación que no es del todo correcta porque en la prestación de servicios complementarios a empresas usuarias se verifica la relación triangular analizada: la empresa tercerizadora de servicios complementarios contrata a trabajadores para ponerlos a disposición de un tercero.

En suma, las empresas de servicios complementarios son aquellas que ponen a disposición de sus empresas usuarias, actividades complementarias de limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado, considerándose estas últimas como aquellas que no se encuentran

comprendidas en las actividades principales que realiza la empresa usuaria y que para su ejecución requieren de personal con calificaciones particulares, como por ejemplo, técnicos de computación.

Las empresas especializadas en la prestación de servicios complementarios cuentan con infraestructura y personal propio, por lo que las herramientas y equipamientos de que se sirven para la ejecución de su trabajo, son de su propiedad.

La empresa prestadora de servicios complementarios asume los riesgos de su actividad y la calidad de empleadora de los trabajadores que prestan el servicio, haciéndose responsable del pago de sus remuneraciones y demás obligaciones laborales.

Finalmente, se debe destacar que, el derecho de participación en las utilidades de la empresa beneficiaria de la prestación del servicio no se extiende a los trabajadores que hubieren sido contratados por empresas tercerizadoras no vinculadas con la empresa usuaria. En efecto, el artículo 100 del Código del Trabajo dispone que los trabajadores tercerizados por empresas no vinculadas, no tienen el mismo derecho de aquellos contratados por “intermediarios vinculados”:

“No se aplicará lo prescrito en los incisos precedentes, (el derecho a participar en las utilidades de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio) cuando se trate de contratistas o intermediarios no vinculados de ninguna manera con el beneficiario del servicio, vale decir, de aquellos que tengan su propia infraestructura física, administrativa y financiera, totalmente independiente de quien en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio, y que por tal razón proporcionen el servicio de

intermediación a varias personas naturales o jurídicas no relacionados entre sí por ningún medio”

Sin embargo, no debemos olvidar que los trabajadores contratados por empresas tercerizadoras no vinculadas están asistidos por la solidaridad pasiva prevista en la Constitución y en el Código del Trabajo, a que se ha hecho referencia en repetidas ocasiones:

“Igual solidaridad, acumulativa y electiva, se imputará a los intermediarios que contraten personal para que presten servicios en labores habituales, dentro de las instalaciones, bodegas anexas y otros servicios del empleador”⁴²

Esta solidaridad –constitucional y legalmente prevista- podría invocarse en el pago de utilidades, en cuyo caso, la empresa usuaria sería responsable hasta del pago de las utilidades generadas únicamente por la empresa tercerizadora, por existir disposición legal especial expresa (Art. 100 del Código del Trabajo) que restringe el derecho de los trabajadores contratados por empresas tercerizadoras no vinculadas a la empresa principal o beneficiaria del servicio a la percepción y participación en las utilidades de la tercerizadora no vinculada, ya que podría entenderse que ésta, por contar con infraestructura propia tiene la solvencia suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales debidas a sus trabajadores. Sin embargo, esta presunción no siempre será correcta, por lo cual podría dar lugar a abusos como los reconocidos por el señor Ministro de Trabajo y Recursos Humanos dentro de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 7 del Reglamento para la Contratación Laboral por Horas, argumentando que justamente es en esta figura legal donde se podría dar la vulneración del derecho de los trabajadores a percibir utilidades, por cuanto, si se contrata a

⁴² Código del Trabajo Ecuatoriano, Artículo 41, segundo inciso.

todo el personal a través de tercerizadoras no vinculadas a la empresa principal o beneficiaria del servicio, el porcentaje legal de utilidades que le correspondería distribuir entre sus trabajadores no tendría razón de ser, puesto que al servirse de esta forma de Tercerización no tendrían personal bajo su dependencia o no tendrían que compartir la responsabilidad de pagar utilidades al personal tercerizado.

6 PARTES INTERVINIENTES

Como se ha venido expresando, tres son las partes que intervienen en la denominada Tercerización Laboral, generando de este modo una relación triangular, caso en el cual, al empleador se interpone un tercero, que hace las veces de éste asumiendo frente al trabajador todas las obligaciones que la ley establece.

De esta forma, la Tercerización impone una nueva figura en la contratación laboral como es el tercero que sin beneficiarse directamente de la prestación del servicio, asume la calidad de empleador.

En lo tocante a las otras dos figuras: trabajador y empresa usuaria, sus funciones estarán dadas por lo previsto en los contratos laboral y civil que suscriban para tal efecto.

6.1 EMPRESA USUARIA

Se denomina empresa usuaria o beneficiaria de la prestación del servicio a la persona natural o jurídica en cuyo favor o provecho se ejecuta la obra o se presta el servicio, sin que ésta adquiera la calidad de empleador directo de los trabajadores que le prestaron tal servicio.

Si bien, la empresa usuaria no es empleadora directa de los trabajadores que le son suministrados por la tercerizadora, está obligada a distribuir utilidades a dichos trabajadores si provinieren de una empresa vinculada a ella, en virtud de lo dispuesto en el artículo 100 del Código de Trabajo.

Adicionalmente, toda empresa usuaria de los servicios prestados por una empresa tercerizadora vinculada o no a ella responde solidaria y conjuntamente por el cumplimiento de las obligaciones debidas a los trabajadores que le proporcionaron sus servicios.

La administración pública es parte de la Tercerización cuando celebra contratos con el sector privado para la ejecución de obras o la prestación de servicios, convirtiéndose en usuaria de las tercerizadoras, sobre todo de aquellas que ofrecen servicios complementarios y administrativos. En este caso, el reparto de utilidades no es dable puesto que las Entidades del Sector Público ofrecen servicios a la comunidad en representación del Estado, en consecuencia, no tienen ánimo de lucro.

6.2 TERCERIZADOR

El literal b del numeral 1 del artículo primero del Convenio 181 sobre las Agencias de Empleo Privadas, de la Organización Internacional del Trabajo designa como tercerizador a:

“Toda persona física o jurídica que pone trabajadores en régimen de subcontratación a disposición de una empresa usuaria sin adquirir la calidad de empleador de esos trabajadores”

Para la legislación mexicana es tercerizador:

“Aquel que contrata los servicios de otras empresas para ejecutar algún trabajo en beneficio de un empleador” ⁴³

Rafael Caldera, tratadista venezolano expone:

“Intermediario es aquel que contrata servicios de un trabajador en su propio nombre, pero por cuenta o en beneficio de otro; y, sin perder su propia responsabilidad, compromete la del beneficiario de aquellos servicios, siempre que éste haya autorizado expresamente al intermediario o reciba la obra ejecutada” ⁴⁴

Los conceptos dados hacen referencia al tercerizador o empresa tercerizadora tal como ha sido entendido y denominado en el presente estudio, como quien genera relaciones triangulares, interponiéndose al empleador.

En estricto sentido se ha querido definir al intermediador, como aquel que cumple únicamente funciones de mediación en el mercado de trabajo, al vincular la oferta y demanda de empleo, poniendo en contacto a las dos partes de la relación laboral: empleador y trabajador. Es importante hacer referencia a estos sujetos de la intermediación laboral, más aún si la simple colocación

⁴³ PINTO, S., *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, pág. 34.

⁴⁴ CALDERA, R., autor citado por PINTO, M., *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, pág. 36.

fue el antecedente que dio paso a formas de intermediación e interposición más complejas y de creciente especialidad en el mercado de trabajo como la Tercerización.

Resaltando la diferencia señalada a lo largo del presente capítulo, definimos al tercerizador como la persona natural o jurídica que pone en contacto a las dos partes de la relación laboral: empleador y trabajador, y que asumiendo la calidad de empleador contrata trabajadores por su cuenta, para ponerlos a disposición de un tercero que hará uso de la fuerza laboral de estos en la consecución de sus propios fines, sin que le sea atribuida la calidad de empleador.

Es importante anotar que, la participación del tercerizador en la relación laboral ocasiona a éste beneficios como es el cobro de honorarios o tarifas a la empresa usuaria, aunque para muchos, la actividad del tercerizador no se justifique en la prestación del servicio, pues, “lo único que hace es proporcionar la fuerza del trabajador sin agregarle ningún elemento y percibir por su sola intervención una parte de su remuneración”

6.3 TRABAJADOR

El concepto que pudiera darse al trabajador tercerizado no varía mucho con respecto al de un trabajador común, por tener las mismas obligaciones, y -en ocasiones- los mismos derechos de éste último.

En consecuencia, el trabajador tercerizado es la persona natural que habiendo suscrito un contrato de trabajo con una empresa tercerizadora se compromete a prestar sus servicios lícitos y personales en beneficio del tercero que le asignare su empleador principal.

Las obligaciones de este tipo de trabajadores son las mismas que las de cualquier otro trabajador, debiendo sujetarse a las disposiciones de su empleador directo, que en este caso es el tercerizador, cuyo interés es ponerlo a disposición de un tercero, a órdenes de quien se deberá ejecutar el trabajo.

7 EFECTOS LABORALES DE LA TERCERIZACIÓN

El principal efecto de la Tercerización es introducir un nuevo sujeto en la relación laboral, quien suministra el personal contratado a su nombre a una empresa usuaria, por lo cual percibirá un beneficio.

Generalmente, quienes se acogen a la Tercerización Laboral son los empresarios: como usuarios o tercerizados de un lado; y, los trabajadores de otro lado, con criterios y posiciones diferentes, los primeros encuentran en este sistema la posibilidad simplificar su estructura empresarial, reducir costos fijos por contratación e incrementar la productividad y competitividad al concentrar mayores recursos y esfuerzos en la actividad principal de la empresa. El otro lado, constituido por los trabajadores todavía encuentra inconvenientes al sistema de contratación por terceros, por las razones que se exponen a continuación.

En opinión del sector sindical, la presencia de un tercero en la relación laboral produce varios efectos negativos, entre ellos, el abaratamiento de la mano de obra, restando al trabajador la verdadera remuneración que le correspondería recibir por su trabajo, puesto que la diferencia entre lo que recibe y lo que le correspondería recibir se imputa a la retribución que recibe el Tercerizador, pues la suma de ambos elementos constituye el honorario que debería percibir quien suministra mano de obra.

Desde luego, el trabajador tercerizado recibirá un ingreso generalmente menor del que recibiría un trabajador directamente contratado, cuya remuneración, utilidad y estabilidad podría acrecer por la acción sindical que lo ampara, no así en el caso de los trabajadores tercerizados, cuya estabilidad y dependencia no encuentra total definición y claridad, justamente por la naturaleza de las actividades continuas y discontinuas en que se compromete participar, con diferentes usuarios de sus servicios, aunque reconozca como empleador únicamente a quien lo contrató y remunera.

Otro efecto de la Tercerización es justamente inhibir acciones sindicales dentro de la empresa, pues en un comienzo habrá pérdida de puestos de trabajo permanentes y estables con la consecuente desagregación y disminución de sus afiliados, reduciendo la categoría y representatividad del sindicato.

En consecuencia, como lo señala el sector sindical de la oposición: “La Tercerización de servicios pretende menoscabar los derechos de los

trabajadores reconocidos constitucionalmente, por lo que se convierte en un mecanismo de fraude a la ley”

No obstante, nuestra legislación no prevé prohibición alguna para la contratación de trabajo por terceros, al contrario la admite con ciertas limitaciones que eviten justamente, el fraude a la ley. De este modo, no siempre la contratación de trabajadores por empresa interpuesta será ilegal.

Existen ciertos indicios que pueden dar lugar a la ilicitud en la Tercerización como son: la falta de idoneidad económica del tercerizador; la falta de especialización en los servicios a ser prestados; prestación de servicios permanentes en la actividad final de la empresa usuaria; y, el pago de remuneraciones inferiores al personal tercerizado, entre otros.

Con los antecedentes anotados, se puede deducir que la Tercerización ilícita implica la elección de empresas inadecuadas para la locación permanente de servicios finales dispuestos a proveer de mano de obra más barata, con disminución de salarios y la distorsión de la relación de trabajo.

Una vez analizados los efectos positivos y negativos que la Tercerización genera en el mercado laboral, se pasa a analizar dos de los aspectos más controvertidos en las relaciones laborales triangulares, como son la dependencia y estabilidad de los trabajadores sujetos a éste régimen.

7.1 DEPENDENCIA

Uno de los efectos más complejos que la Tercerización genera es la dependencia y subordinación a que el trabajador estaría sujeto bajo este régimen, ya que si bien, formalmente depende y está subordinado a las órdenes del tercerizador que lo contrató, cuando, bajo las órdenes de éste presta sus servicios a otro, debe sujetarse también a las disposiciones de éste último, generando una relación triangular en la que se presentan dos vínculos jurídicos diferentes. De un lado, existe un contrato de trabajo entre el personal suministrado y la empresa tercerizadora y, de otro, un contrato civil o mercantil de prestación de servicios entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora, por el que ésta suministra su personal a aquella.

Precisamente, es en virtud de esa relación triangular que puede no parecer claro quien es el empleador directo del personal que presta el servicio para la empresa usuaria, a pesar que formalmente lo sea la empresa tercerizadora, puesto que en la relación entre el personal tercerizado y la empresa usuaria se estarían dando, ciertos elementos característicos de la relación de trabajo como son: la prestación de servicios lícitos y personales; y, aunque no aparezca totalmente definida, la subordinación, siendo común que los trabajadores tercerizados presten sus servicios en el local de la empresa usuaria y que se sujeten al reglamento interno e instrucciones de dicho empleador ocasional, por disposición del tercerizador, su empleador directo y fijo.

En conclusión, se podría hablar de dos tipos de subordinación: una subordinación técnica y una subordinación jurídica. Como ya se ha dicho, la subordinación jurídica la tiene el trabajador con respecto a la empresa tercerizadora, prestadora de servicios, de cuyas órdenes y disposiciones de traslado depende. En cambio, existe subordinación técnica entre el trabajador y la usuaria de sus servicios, quien da las órdenes técnicas para asegurarse de que el servicio sea bien realizado, principalmente si éste se ejecuta en sus dependencias.

En suma, las empresas tercerizadoras, prestadoras de servicios son empleadoras directas de los trabajadores que hubieren contratado para ponerlos a disposición de un tercero. Por lo que, el trabajador que se acoja a este régimen estará subordinado jurídicamente a las órdenes e instrucciones del tercerizador que lo contrató.

Para el trabajador es importante determinar claramente bajo la dependencia y subordinación jurídica de quien está, ya que de ello dependerá el cobro de su remuneración y la exigencia de los derechos laborales derivados de su contratación.

El trabajador tercerizado es dependiente de la empresa tercerizadora, pero, el empresario usuario es garante solidario frente al trabajador, y en ocasiones agente de retención de los organismos de Seguridad Social. Se ha previsto esta solidaridad con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores, haciendo prevalecer una vez más el "*in dubio pro operario*", principio rector del Derecho del Trabajo.

7.2 ESTABILIDAD

A decir de los sectores sindicales más representativos, la contratación de personal por Empresas tercerizadoras pone en riesgo uno de los derechos laborales más importantes como es la estabilidad y otros más, consecuencia de éste como la antigüedad, la jubilación patronal o la celebración de convenciones colectivas de trabajo.

Este desacuerdo con el mecanismo en cuestión, surge principalmente, puesto que la tendencia de éste ha sido justamente eludir ciertos derechos provenientes de la estabilidad y permanencia del trabajador en una empresa, misma que para verse libre del cumplimiento de las obligaciones previstas en el Código del Trabajo acude a un tercero que le proporcione mano de obra sin más complicaciones que el pago de los honorarios que hubieren estipulado el tercerizador y la empresa usuaria.

En efecto, como se ha venido insistiendo a lo largo del presente capítulo, la empresa tercerizadora es el empleador directo de los trabajadores que suministra, en consecuencia, por la celebración del contrato con ésta, el trabajador reconoce en ella a su empleador, respecto del cual tiene obligaciones y derechos. Entre ellos, el derecho a la estabilidad, creándose entre dichas partes un vínculo laboral permanente.

En virtud del contrato de trabajo celebrado entre la tercerizadora y sus trabajadores, éstos se comprometen a prestar sus servicios para usuarios diversos, servicios que bien podrían ser permanentes –principalmente si se

tratare de empresas vinculadas-, o eventuales, de ahí que se diga que los trabajadores bajo este último régimen tengan vínculos jurídicos permanentes con respecto al tercerizador, y vínculos discontinuos con respecto a las empresas usuarias de sus servicios, sin que por ello, la empresa en cuyo provecho se ejecute la obra o se preste el servicio, tenga vínculos laborales con los trabajadores que prestan sus servicios por encargo y disposición de su empleador directo.

Hay legislaciones que no admiten la prestación de servicios permanentes por terceros, estipulándose que los servicios que el trabajador preste para el usuario sean únicamente temporales.

En el caso ecuatoriano, no se ha limitado la duración de este tipo de contratación. Ni se ha establecido algún tipo de garantía que afiance la estabilidad de quien habiendo contratado con un sujeto preste sus servicios a otro, ya sea de forma permanente o temporal, ya que, los trabajadores contratados para prestar servicios permanentes en empresas vinculadas, se relacionarán al tercerizador por un contrato de trabajo permanente continuo.

En tanto que el trabajador contratado para prestar servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo eventual será contratado por la empresa de servicios eventuales por un contrato de trabajo permanente discontinuo, o lo que es más común por un contrato de trabajo eventual cuando los trabajadores únicamente constan en la base de datos de la tercerizadora y son contratados frente a requerimientos específicos.

8 RELACIONES CONTRACTUALES

Las relaciones contractuales que la Tercerización genera son de dos tipos: laboral; y civil, creándose vinculaciones triangulares: Por un lado existe una relación laboral entre el trabajador y la empresa tercerizadora, por el otro, una relación fáctica de prestación de servicios entre el trabajador y la empresa usuaria de los mismos; y una relación civil o mercantil entre la empresa usuaria y la tercerizadora que le suministra personal.

8.1 ENTRE LA EMPRESA TERCERIZADORA Y EL TRABAJADOR

Como se dejó sentado en líneas anteriores, la relación que vincula a trabajadores y empresas tercerizadoras es de carácter laboral, por lo que, el trabajador tercerizado es dependiente de la empresa tercerizadora, de modo que, efectivamente se reconoce como empleador directo al empresario que se dedica a suministrar su personal a otras empresas, con respecto a las cuales lo vincula un contrato civil o mercantil de prestación de servicios, y la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones frente al trabajador.

8.2 ENTRE LA EMPRESA USUARIA Y LA EMPRESA TERCERIZADORA

Las relaciones entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora que le suministró el personal son de carácter civil o mercantil, en tanto se hubiere celebrado entre las partes un contrato de prestación de servicios por el que la empresa tercerizadora se obliga a suministrar a la empresa usuaria su personal a cambio de una suma en dinero previamente acordada.

La actividad de ambas empresas es complementaria, puesto que la intervención del tercerizador como empresa especializada, facilita la ejecución o perfeccionamiento de una actividad que el empresario usuario no está en condiciones de hacer o simplemente no quiere hacer.

Si bien, la empresa usuaria, al momento en que contrata el suministro de personal de una empresa tercerizadora se desentiende del cumplimiento de las obligaciones laborales derivadas de dicha prestación, tiene derecho a exigir de su Tercerizadora o prestadora de servicios el adecuado cumplimiento de las normas del Código del Trabajo, relativas al pago de remuneraciones legales y a la afiliación a los organismos de Seguridad Social. Este derecho de “fiscalización” encuentra fundamento en la solidaridad prevista en la ley, por la cual tanto el empleador directo como el beneficiario del servicio serán solidaria y conjuntamente responsables por las obligaciones contraídas con los trabajadores.

8.3 ENTRE LA EMPRESA USUARIA Y EL TRABAJADOR

Los trabajadores tercerizados no tienen vínculo contractual alguno con la empresa usuaria, a la cual sólo prestan sus servicios por encargo, y bajo las órdenes de la empresa tercerizadora de servicios que los contrató.

En efecto, el trabajador presta sus servicios a un tercero, distinto del que lo contrató por disposición de su contratante, cumpliendo con su

obligación fundamental, y, desde ese momento pasa a sujetarse a la subordinación técnica de quien requirió sus servicios.

Mas por ser justicia, si bien, el empresario usuario no es considerado empleador de los trabajadores que le son suministrados por terceros, también responde por las obligaciones laborales producto de dicha contratación, lo cual se justifica por el beneficio que le trae la prestación de servicios, aunque no hubiera celebrado un contrato de trabajo directo con quien entregó su fuerza de trabajo.

CAPITULO III

LA TERCERIZACIÓN LABORAL EN LA LEGISLACIÓN

ECUATORIANA

9 RÉGIMEN JURÍDICO

Si bien, no hay preceptos legales especializados que regulen expresa y completamente la Tercerización Laboral, en nuestro Ordenamiento Jurídico existen varias disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que hacen mención a ella a través de sus distintas formas, en un intento progresivo de regularla y hacer de éste un mecanismo legal.

La Constitución Política de la República, como Norma Suprema ha sentado los principios fundamentales del régimen jurídico laboral ecuatoriano, principios rectores del Derecho Social del Trabajo.

Esta Supremacía Constitucional garantiza el orden constituido, e implica que todas las leyes e instituciones jurídicas se desenvuelvan dentro de los límites que la misma Constitución les ha asignado, respetando su supremacía y el principio de aplicación de la norma jerárquicamente superior en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía.

Los Tratados y Convenios Internacionales, de conformidad con el artículo 163 de la Constitución una vez ratificados y promulgados en el

Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía. Nuestro país como signatario de varios Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ha incorporado a su legislación tales disposiciones como un respaldo más a la garantía constitucional del respeto de los derechos humanos, y específicamente de los derechos del trabajador en general, por lo que las disposiciones de Convenios Internacionales también le son aplicables a los sujetos de la Tercerización Laboral.

Igualmente, el Código del Trabajo como ley especial de la materia determina el régimen y desenvolvimiento de las relaciones laborales protegidas por el Estado. El Código del Trabajo se refiere específicamente a la Intermediación y Tercerización en varias de sus disposiciones, pero es de anotar que en lo referente a derechos y obligaciones de los sujetos de la relación laboral, éstos también son aplicables a los sujetos de una relación triangular de trabajo.

Finalmente existen disposiciones reglamentarias que dan un tratamiento más específico al tema de la Tercerización e Intermediación, a través del Reglamento para el Funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones, así como el Reglamento para la Contratación Laboral por Horas, recientemente expedido en respuesta a la denominada flexibilización laboral, implantada por la Ley para la Transformación Económica del Ecuador.

En efecto, tanto la Intermediación como la Tercerización han sido tratadas directa e indirectamente en preceptos constitucionales, legales y

reglamentarios de nuestro ordenamiento jurídico, preceptos jurídicos que en cierto grado han buscado delinear la actuación de los intermediarios y tercerizadores del mercado de trabajo, mas no garantizan el efectivo y total cumplimiento de los derechos laborales constitucionalmente consagrados. Este serio conflicto plantea la duda de si: Acaso la normativa jurídica existente es suficiente, y siéndolo no cumple con el espíritu e intención de la Norma Suprema como es solventar las necesidades sociales?; O, acaso la normativa existente es insuficiente, haciendo falta crear nuevos preceptos que refuercen y den cabal cumplimiento al texto constitucional?

9.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Como ya se dijo, la Constitución es el cuerpo de ley más importante en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, por esta razón es importante resaltar los principios por ella consagrados para de esta forma armonizar el resto de la legislación laboral y alcanzar su objetivo social.

La Sección Segunda “Del Trabajo” del Capítulo IV “De los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” establece en los artículos 35 y 36 los principios rectores en materia laboral, en consecuencia, el trabajo considerado como un derecho y un deber social gozará de la protección del Estado, por lo que:

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 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;
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 de 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 los trabajadores y empleadores y su libre desenvolvimiento, sin autorización previa y conforme a la ley;
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;
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;
14. 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 el carácter normal en la industria o servicio. Se exceptuarán el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera, décimo cuarta, décimo quinta y décimo sexta remuneraciones, la compensación salarial, la bonificación complementaria y el beneficio que representen los servicios de orden social.

Finalmente, el Estado ha querido amparar el trabajo de la mujer, estableciendo garantías constitucionales y, se ha comprometido a propiciar la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor.

Los principios constitucionales enunciados son el sustento del Derecho Social del Trabajo aplicables a toda relación de trabajo, toda vez que amparan a todos los trabajadores, sin haberse establecido exclusión alguna. En consecuencia, los derechos del trabajador tercerizado envuelto en una relación triangular son todos los constantes del artículo 35 de la Constitución Política, teniendo efectos vinculantes y obligatorios directos para sus empleadores.

En el presente estudio hemos dado especial relevancia al numeral 11 del artículo 35 de la Constitución por ser éste el precepto concreto referente al régimen de contratación laboral por terceros. Sin embargo, conforme a lo dicho en líneas anteriores, los derechos del trabajador tercerizado van más allá del establecimiento de la solidaridad pasiva, entendiéndose que todas y cada una de las garantías establecidas en la Constitución son aplicables y exigibles por los trabajadores tercerizados.

A pesar de constar en la Constitución derechos como el de negociación colectiva o sindicalización, entre otros, en la práctica se ha constatado la omisión en el cumplimiento de derechos de este tipo por parte de las empresas tercerizadoras, omisión que, lamentablemente parece haberse institucionalizado en nuestro medio, por lo que el Gobierno, los trabajadores y mucho menos los empleadores han hecho poco o nada por cambiar tal situación.

Pero, no se debe olvidar que conforme a los principios constitucionales enunciados, el Estado está en la obligación de garantizar la intangibilidad de

los derechos reconocidos a los trabajadores, y adoptar las medidas necesarias para su ampliación y mejoramiento.

9.2 CÓDIGO DEL TRABAJO

En materia laboral, el Código del Trabajo es el cuerpo legal especializado que perfecciona los principios constitucionalmente establecidos, particularizando la relación de trabajo y los efectos de ésta, que, principalmente derivan en la determinación de obligaciones y derechos recíprocos, igualmente aplicables a la compleja relación de trabajo de Tercerización, constituida como una variable más de la relación de trabajo en general.

De igual manera, existen en el Código del Trabajo disposiciones expresas que tienen que ver con la Intermediación y Tercerización, tales como el artículo 41 referente a la responsabilidad solidaria de los intermediarios; o, el artículo 100 referente al reparto de utilidades.

Por otro lado, el Parágrafo Séptimo “De la Dirección de Empleo y Recursos Humanos”, del Capítulo I, constante del Título VI “Organización, Competencia y Procedimiento” del Código del Trabajo confiere a la Dirección de Empleo y Recursos Humanos varias funciones como:

“La orientación de la utilización adecuada de la fuerza laboral del país, la promoción y ejecución de la política de empleo, mediante el servicio de colocación”

Dentro de este mismo párrafo, el artículo 566 determina la creación del servicio de colocación con carácter público y gratuito, cuyas delimitadas funciones se restringen a lo siguiente:

1. Aproximar la oferta y la demanda de mano de obra, relacionando a los trabajadores desocupados o en demanda de colocación, con los empleadores que los necesiten;
2. Proporcionar un conocimiento general, uniforme y centralizado de las necesidades de las diversas profesiones e industrias de las características y posibilidades del mercado de trabajo;
3. Obtener el empleo de los desocupados en las obras públicas nacionales o municipales y las que emprendan las demás entidades de derecho público, y gestionar que se les concedan facilidades para adquirir tierras baldías y medios de cultivo; y,
4. Procurar la reintegración de los campesinos a las labores agrícolas que hubieren abandonado para concentrarse en las ciudades.

El artículo 567 dispone que para los efectos de colocación, empleadores y trabajadores están obligados a facilitar los datos que les sean pedidos. Por otro lado, el último inciso de este artículo hace mención a las agencias de colocación privadas:

“Las oficinas de colocación tendrán la supervigilancia de las oficinas de colocación que tengan carácter privado”

El texto de este inciso no es claro, y podría ser hasta contradictorio porque no se establece que clase de oficinas de colocación (si públicas o privadas) estarán supervigiladas por las oficinas de colocación privadas, lo cual es incongruente porque tratándose de uno y otro caso, las oficinas públicas mal podrían sujetarse al control de órganos privados, y, el control que ejercería el sector privado sobre las oficinas de colocación privadas sería poco objetivo. Tal vez, sería más acertado que este último inciso diga:

“Las oficinas de colocación que tengan carácter privado tendrán la supervigilancia de las oficinas de colocación públicas”

De las Oficinas de Colocación Privadas no existen más disposiciones en el Código del Trabajo, por lo que su definición, funciones y condiciones de funcionamiento se encontrarán en los Reglamentos creados para tal efecto.

9.3 REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LAS OFICINAS PRIVADAS DE COLOCACIONES

Expedido en 1998, este Reglamento regula el funcionamiento, condiciones para el otorgamiento de la autorización de funcionamiento por la autoridad del trabajo competente, y funciones de las Oficinas Privadas de Colocaciones, entre otros aspectos.

El punto de partida del Reglamento es la definición dada a lo que se entiende por Oficina Privada de Colocaciones, muy similar a la que la Organización Internacional del Trabajo dio en el Convenio 181, considerando

como tal no sólo a quien con fines de lucro se dedica a la promoción o intermediación del empleo, para formalizar un contrato de trabajo directo entre trabajadores y empleadores, sino también a quien con fines de lucro actúa en calidad de empleador para brindar servicios de personal a terceras personas.

La autoridad competente para controlar y vigilar el funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones es la Dirección Nacional y las Subdirecciones de Empleo y Recursos Humanos del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, a través de sus Departamentos de Colocaciones y Migraciones Laborales, quienes están plenamente facultados a efectuar las inspecciones que fueren necesarias a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos laborales reconocidos a los trabajadores.

Seguidamente, se establecen los requisitos para el otorgamiento de la autorización de funcionamiento, así como algunas obligaciones a que están sometidas las Oficinas Privadas de Colocaciones, entre las cuales encontramos llevar un registro organizado de las solicitudes de empleo recibidas y de las personas que hubieran sido colocadas; y, presentar informes semestrales ante la Dirección Nacional o Subdirecciones de Empleo del Ministerio de Trabajo.

La Oficina Privada de Colocaciones que no cumpla con las obligaciones previstas por este Reglamento será sancionada por el Director Nacional de Empleo y Recursos Humanos, quien mediante resolución podrá imponer una multa; o, suspender o cancelar definitivamente la autorización de

funcionamiento por él concedida, resolución que en todo caso podrá ser apelada ante el Subsecretario de Recursos Humanos y Empleo.

Finalmente, las Disposiciones Generales tratan temas varios, sobre todo, establecen límites en el cobro de comisiones por prestación de servicios de Oficina Privada de Colocaciones, liberando al trabajador de esta responsabilidad, misma que únicamente podrá quedar a cargo del empleador beneficiado de los servicios.

De acuerdo a la opinión de una autoridad del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, este Reglamento responde al espíritu del Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo, que no habiendo sido ratificado por el Ecuador, se ve reflejado en ciertas disposiciones de este Reglamento y en otros cuerpos de ley, porque trata de precautelar los derechos de los trabajadores amparados por este régimen laboral especial. Pero, bajo nuestro particular punto de vista, no se ha cumplido con el espíritu del Convenio en mención, porque este Reglamento se limita a estipular aspectos formales que si bien, de algún modo buscan regularizar la actividad de intermediarios y tercerizadores, poco o nada se ha hecho para asegurar el efectivo cumplimiento de todas las garantías constitucionales intangibles de los trabajadores, sobre todo de los trabajadores inmersos en una relación triangular de trabajo, cuyos derechos al no estar debidamente puntualizados son vulnerados y, a falta de disposición legal expresa, se sujetan a las políticas de las Tercerizadoras que han impuesto ya sus condiciones, razón por la cual la efectividad del Ordenamiento Constitucional y Jurídico Ecuatoriano no convence.

Lamentablemente, en nuestro país, se ha generalizado la práctica de supeditar el cumplimiento de disposiciones constitucionales o legales a la existencia de un reglamento que las confirme y efectivamente las haga cumplir, por lo que se hace necesario actualizar el Reglamento para el Funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones cubriendo los vacíos existentes por la misma vía, es decir mediante otro Decreto Ejecutivo, conforme al criterio de la autoridad de la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, por el cual no era necesario ratificar el Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo.

9.4 REGLAMENTO PARA LA CONTRATACIÓN LABORAL POR HORAS

El Reglamento para la Contratación Laboral por Horas, como su nombre mismo lo dice tiene por objetivo regular este régimen de contratación laboral impuesto por la Ley para la Transformación Económica del Ecuador.

Este Reglamento pretende precautelar los derechos de los trabajadores contratados por horas, ya que, por un lado, siendo éste un mecanismo de flexibilización laboral beneficioso en cierto grado para trabajadores y sobre todo para empleadores, no deja de ser una forma más de precarizar las relaciones laborales, por lo que, el Estado se ha visto en la obligación de establecer condiciones mínimas a partir de las cuales pueda garantizarse el respeto de los derechos laborales de los trabajadores.

De este modo, y de manera general podemos decir que se establecieron los derechos de los trabajadores dentro de los cuales no se incluye expresamente la garantía de la estabilidad y los derechos que derivan de ella. También se establecieron limitaciones a la contratación laboral por horas, en tanto que el número de trabajadores contratados bajo esta modalidad no podrá superar el cuarenta por ciento del total de los trabajadores contratados por tiempo indefinido o a plazo fijo.

Si bien, no se pretende agotar el análisis del Reglamento para la Contratación Laboral por Horas, vale la pena mencionar importantes elementos ahí determinados, en tanto en cuanto puedan influir en la contratación de personal por terceros, como es la diferenciación del contrato de trabajo por horas tratándose de labores continuas y discontinuas, en cuyo caso no se aplicará la restricción de únicamente poder contratar el cuarenta por ciento de personal bajo este régimen, para lo cual, el reglamento ha determinado expresamente qué tipo de labores pueden considerarse discontinuas.

El artículo cinco establece una excepción importante para las empresas que cuenten con un máximo de personal de quince personas, y, es que podrán contratar a toda su nómina bajo la modalidad del contrato de trabajo por horas sin perjuicio de que las actividades a ejecutarse tengan el carácter de continuo o discontinuo, pero al mismo tiempo, esta disposición excluye a las empresas que subdividan la actividad en varias empresas para obtener un mismo producto final, sin duda, en esta exclusión podrían encontrarse inmersas las empresas tercerizadoras vinculadas.

La disposición determinante y que ha sido invocada en el presente estudio dada la relación directa que tiene con la contratación de personal por terceros es el primer inciso del artículo 7, que habiendo sido declarado inconstitucional prescribía lo siguiente:

“Para acogerse a lo prescrito en este reglamento de contratación por horas, los empleadores necesariamente deberán contratar directamente y no por intermediación, subcontratación o Tercerización, salvo los casos de contratación por contratistas o intermediarios vinculados a los que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 100 del Código del Trabajo”

Pero, como se puntualizó en el capítulo anterior, esta disposición fue declarada inconstitucional mediante la Resolución No. 179-TP del Tribunal Constitucional por “haber reconocido en ella una clara discriminación al prohibir la contratación por horas a los intermediarios no vinculados”

En consecuencia, pueden contratar por horas los tercerizadores vinculados y no vinculados.

9.5 CONVENIO 181 SOBRE LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

A pesar de no ser parte de la Legislación Ecuatoriana, por las razones que pasamos a analizar a continuación, en el presente estudio se ha hecho repetida referencia al Convenio 181 y Recomendación 188 de la Organización Internacional del Trabajo por ser éstos cuerpos legales especializados que teniendo tal carácter constituyen un importante referente y guía para los efectos de nuestro estudio.

Nuestro país, como Miembro de la Organización Internacional del Trabajo recibió de ésta la comunicación del Convenio No. 181 sobre las Agencias de Empleo Privadas para su posterior ratificación. Dando cumplimiento al procedimiento de sumisión previsto en la Constitución de esta Organización Internacional, como medida previa a la ratificación de los Convenios por ella expedidos, el Ecuador sometió el mismo a una consulta tripartita (Estado, empleadores y trabajadores). En el caso de la parte empleadora, no se recibió respuesta alguna, y, por la parte obrera, las principales centrales sindicales ecuatorianas expresaron su rechazo a este mecanismo de contratación. Por su parte, la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos emitió un informe técnico por el cual se llegó a la conclusión de la “no conveniencia” de ratificar tal Convenio, en razón de que:

“Al ratificar el Convenio 181, nuestro país se compromete a una serie de obligaciones, que en su mayoría han sido satisfechas con la publicación del Decreto Ejecutivo No. 1232 del Registro Oficial 285, de 27 de marzo de 1998, y, para solucionarse los vacíos del mismo se sugiere la misma vía de un Decreto Ejecutivo”, por lo que finalmente se recomendó: “Actualizar tal Decreto Ejecutivo para que el país esté en posibilidades de contestar a la O.I.T., que su legislación protege a los trabajadores empleados por servicios privados de empleo”

En consecuencia, las disposiciones del Convenio 181 no son vinculantes para el Ecuador, como lo admite el artículo 18 del mismo:

“Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo”

Para la elaboración del Convenio 181 se consideraron los siguientes Convenios: Convenio sobre el Servicio del Empleo de 1948; Convenio sobre Trabajo Forzoso de 1930; Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación de 1948; Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva de 1949; Convenio sobre la Discriminación de 1958; Convenio sobre la Política del Empleo de 1964, Convenio sobre la Edad Mínima de 1973, Convenio sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo de 1988; Convenio sobre los trabajadores migrantes de 1949 y 1975. Y por supuesto, se procedió a la revisión del Convenio sobre las Agencias Retribuidas de Colocación de 1949.

Después de varias discusiones, el 19 de junio de 1997, fue aprobado el Convenio 181 sobre las Agencias de Empleo Privadas. En contraste con Convenios anteriores totalmente opuestos a este régimen, este Convenio legitima la Intermediación y Tercerización privada en el mercado de trabajo:

“El presente Convenio tiene como una de sus finalidades permitir el funcionamiento de las Agencias de Empleo Privadas, así como la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios, en el marco de sus disposiciones”⁴⁵

El Convenio sobre las Agencias de Empleo Privadas se aplica a todas las categorías de trabajadores y a todas las ramas de actividad económica, pero

⁴⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio 181 sobre las Agencias de Empleo Privadas, Artículo 2, numeral 3.

excluye expresamente al reclutamiento y colocación de la gente de mar, por existir un Convenio específico para tal materia.

El Estado que ratifique este Convenio debe comprometerse a respetar un mínimo de obligaciones, con el objeto de proteger a los trabajadores, para lo cual podrá prohibir el funcionamiento de Agencias de Empleo Privadas respecto de ciertas categorías de trabajadores, o ramas de actividad; o, excluir a determinadas categorías de trabajadores del ámbito de aplicación del Convenio.

El Convenio establece que el régimen jurídico al que estarán sujetas las Agencias de Empleo Privadas deberá ser determinado por la legislación o la práctica nacionales, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas. Así también fija la obligación que todo Miembro tiene de determinar mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las Agencias de Empleo Privadas, salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y la práctica nacionales.

El Convenio comienza definiendo a las Agencias de Empleo Privadas como:

“Toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

- a) Servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;
- b) Servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución;
- c) Otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas”

Las principales obligaciones de las Agencias Privadas de Colocaciones en general, con respecto a los trabajadores por ellas contratados son: ofrecer sus servicios gratuitamente, salvo ciertas excepciones debidamente autorizadas; respetar el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva; tratar a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales; proteger los datos personales y respetar la vida privada de los trabajadores.

Ahora bien, el Convenio 181 acertadamente ha establecido garantías específicas en favor de los trabajadores inmersos en una relación de trabajo triangular, quienes deben gozar de una protección adecuada en materia de: libertad sindical; negociación colectiva; salarios mínimos; tiempo de trabajo y

demás condiciones de trabajo; prestaciones de seguridad social obligatorias; acceso a la formación; seguridad y salud en el trabajo; indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional; indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales; protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales, correspondiendo a cada Estado determinar de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, la forma en que tales derechos van a cumplirse.

Por otro lado, el Convenio obliga a sus suscriptores a adoptar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores migrantes, campo en el que se presentan mayores abusos, por lo que, de ser necesario recomienda el establecimiento de sanciones para quienes incurran en prácticas fraudulentas, así como la suscripción de acuerdos laborales bilaterales en esta materia. De igual manera, quien suscriba el Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo deberá tomar medidas para asegurarse de que las Agencias de Empleo Privadas no recurran al trabajo infantil ni lo ofrezcan.

Así mismo, el Convenio exige a sus suscriptores establecer los mecanismos y procedimientos apropiados con la colaboración de las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores para: examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas en que incurran las Agencias de Empleo Privadas.

Finalmente, el Convenio prevé la cooperación entre las Agencias de Empleo Privadas y el Servicio Público de Empleo, sea a través del suministro

de información o intercambio de la misma, a fin de tener mayor conocimiento del mercado de trabajo.

9.6 RECOMENDACIÓN 188 SOBRE LAS AGENCIAS DE EMPLEO PRIVADAS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La Recomendación 188 de la Organización Internacional de Trabajo, adoptada el 19 de junio de 1997, constituye el complemento del Convenio 181, ya que ofrece orientaciones prácticas sobre la manera como los Estados Miembros podrán dar cumplimiento a dicho Convenio.

Se podrá dar cumplimiento a la Recomendación 188 mediante la legislación nacional, la creación de normas técnicas, directrices, códigos de deontología, procedimientos de autocontrol o, por otros medios previstos en la práctica nacional de cada Estado.

Si bien, esta Recomendación no es parte de la legislación ecuatoriana, vale la pena puntualizar las principales sugerencias previstas en ella como son: la celebración de un contrato de trabajo escrito, o cuando menos el suministro de información de las condiciones del empleo antes de su inicio, sobre todo tratándose de trabajadores migrantes; la no puesta a disposición de trabajadores a una empresa usuaria con el fin de reemplazar a sus trabajadores en huelga; la represión por parte de las autoridades competentes de prácticas desleales en materia de publicidad y anuncios engañosos; la prohibición de que las Agencias de Empleo Privadas formulen o publiquen

anuncios de puestos vacantes o de ofertas de empleo que tengan como resultado, directo o indirecto la discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, origen étnico, discapacidad, afiliación a una organización de trabajadores, etc.; la prohibición de reclutar, colocar o emplear trabajadores para trabajos que impliquen riesgos y peligros no aceptados o cuando puedan ser objeto de abusos o trato discriminatorio de cualquier tipo; y, la colaboración entre las Agencias de Empleo Privadas y el Servicio Público de Empleo.

Finalmente, en relación a las relaciones de trabajo triangulares se recomienda que dentro del respeto debido a los derechos y obligaciones establecidos en la legislación nacional relativos a la terminación del contrato de trabajo, las Agencias de Empleo Privadas: no impidan a la empresa usuaria contratar a ese asalariado; no limiten la movilidad profesional de ese asalariado; y no impongan sanciones al asalariado que acepte un empleo en otra empresa.

Como se podrá observar, muchas disposiciones de la Recomendación se inspiran directamente en códigos voluntarios de conducta, y otros procedimientos de autocontrol, por lo que su exigibilidad es relativa, sin que por ello deje de ser un complemento importante para el cumplimiento del Convenio 181, cuyo espíritu protector garantiza los derechos esenciales de todo trabajador, más aún del trabajador tercerizado que estando sujeto a un régimen laboral precario requiere de mayores garantías.

CAPITULO IV

EL CONTRATO DE TRABAJO DE TERCERIZACIÓN

10 DEFINICIÓN

Como se ha venido indicando, el ejercicio de la Intermediación y Tercerización Laboral implica relaciones jurídicas diferentes ya que, por un lado únicamente se relaciona la oferta y demanda de trabajo presentando a las partes, y por otro, se relaciona a las partes creando una relación triangular que vincula a trabajadores, empleadores directos e indirectos, en calidad de prestadores y usuarios de los servicios contratados. En capítulos anteriores se ha hablado de cada una de estas relaciones, pero, ahora será motivo de un mayor análisis la relación laboral origen de la compleja relación triangular a que se ha hecho referencia.

En efecto, es la contratación de fuerza laboral la razón de ser de este mecanismo, ya sea en forma directa en base al contrato de trabajo suscrito entre el trabajador y el tercerizador, o, en forma colateral, a través del contrato civil o mercantil suscrito por el tercerizador y la empresa beneficiaria de la prestación de sus servicios.

Es importante establecer concretamente los sujetos, responsables y beneficiarios de la contratación laboral, así como quienes intervienen directamente en la suscripción del contrato de trabajo. Por ello, retomando los criterios expresados en el capítulo anterior, se puede afirmar que son sujetos

del contrato de trabajo de Tercerización: el trabajador oferente de servicios, y, el tercerizador, quien, si bien no utiliza directamente los servicios contratados, los pone a disposición de un tercero, a cambio de una compensación o pago por su gestión y prestación.

Con los elementos en mención, podemos concluir que el contrato de trabajo de Tercerización es el convenio en virtud del cual una persona natural o jurídica denominada tercerizador, contrata los servicios de una persona natural (trabajador), para ponerlos a disposición de una tercera persona natural o jurídica (usuario o beneficiario de los servicios), quien hará uso de dicha fuerza laboral en la consecución de sus propios fines, sin que por ello le sea atribuida la calidad de empleador.

Generalmente, los contratos de trabajo que suscriben las tercerizadoras con su personal son de carácter permanente y eventual, siendo esta última modalidad la más común, que, tal como se vio en el primer capítulo constituye un tipo de contratación especial que debe sujetarse a las exigencias del texto legal que lo define.

La naturaleza circunstancial de los contratos eventuales evidencia la inestabilidad de este tipo de contratación que vinculará a las partes en tanto en cuanto subsistan los hechos que lo originaron, sin que pueda extenderse su plazo de duración, previsto en la ley.

En todo caso, en una, u otra modalidad, la contratación laboral por terceros producirá los mismos efectos principales: colocar entre el beneficiario

de la prestación y el trabajador un tercero que presta su nómina al primero mientras éste la necesite, liberándolo de toda responsabilidad laboral.

11 CARACTERES ESPECÍFICOS

El contrato de trabajo de Tercerización tiene características especiales, pudiendo ser un contrato de trabajo bilateral común, o un convenio laboral tripartito que teniendo ambos caracteres es la base creadora de relaciones triangulares en las cuales los principales obligados serán: el trabajador, que deberá someterse a la subordinación jurídica del tercerizador y, a la subordinación técnica del usuario directo de sus servicios; y la empresa tercerizadora, empleador y obligado directo.

Las personas naturales o jurídicas que contraten personal para suministrarlo a terceros deben cumplir con las exigencias legales que su objeto implica, y que más adelante serán analizadas como parte de sus obligaciones, tales obligaciones no buscan más que garantizar una mayor profesionalidad, solvencia y eficiencia de estos sujetos, principalmente, en beneficio de los trabajadores que se acogen a este sistema.

El contrato de trabajo de Tercerización es un cuerpo complejo que abarca elementos propios que lo distinguen de un contrato laboral común, y que pasan a ser analizados a continuación:

- a) Es un contrato bilateral, suscrito entre una persona natural o jurídica (tercerizador) y, una persona natural (trabajador), con el objeto de

proporcionar los servicios contratados ya sea de manera permanente o eventual a un tercero. De acuerdo a las entrevistas realizadas, la contratación laboral de este tipo también puede llevarse a cabo por la celebración de un contrato o convenio tripartito, en el cual no se hará más que mencionar de manera directa y específica el convenio de prestación de servicios preexistente entre la tercerizadora y la empresa usuaria, por el cual, el trabajador contratado pasa a prestar sus servicios temporalmente a la empresa usuaria, sin que ésta se obligue a más que al pago de los honorarios del tercerizador, en consecuencia, el contrato de trabajo, en esencia, no deja de ser bilateral porque únicamente el trabajador y el tercerizador se obligan laboralmente;

- b) Si bien, podría considerarse que la suscripción del contrato de trabajo de Tercerización va a depender de ciertas variables como la existencia de un convenio civil o mercantil entre la tercerizadora y sus empresas clientes, o las necesidades de las mismas, éste es un contrato principal puesto que la razón fundamental de la Tercerización es justamente la contratación de mano de obra, que da lugar a la suscripción de otros contratos complementarios a su objeto como es el de locación de servicios entre empresas prestadoras y usuarias de servicios, a lo cual no habría lugar sin la contratación laboral de personal previa;
- c) Es un contrato consensual, siendo suficiente el consentimiento de las partes para el perfeccionamiento del mismo, sin que por ello se dejen de cumplir las solemnidades previstas en el Código de Trabajo para la legalización de cierto tipo de contratos como son su celebración por escrito y registro ante la Inspección del Trabajo;

- d) Es un contrato oneroso que persigue un beneficio económico o utilidad para las partes involucradas directa o indirectamente a él. Aquí cabe destacar que, el acceso del trabajador a este tipo de contratación es siempre gratuito sin que se pueda imputar al trabajador el pago de rubros o comisiones por servicios, pero oneroso para el usuario o beneficiario de los servicios, quien asume los costos de gestión y contratación frente al tercerizador;
- e) Es un contrato conmutativo porque las prestaciones de las partes se miran como equivalentes;
- f) Es un contrato de tracto sucesivo porque su ejecución ya sea permanente o eventual se va cumpliendo progresivamente en el plazo establecido;
- g) Es un contrato “*intuitu personae*” porque para su celebración se toma en cuenta la persona a ser contratada y la aptitud de ésta para el cargo a desempeñar de conformidad con las aspiraciones y necesidades de la empresa cliente; y,
- h) Generalmente, la tercerizadora suscribe contratos de adhesión con su personal, tanto más que las condiciones técnicas y específicas para cada ocupación se determinarán conforme se vayan produciendo nuevas ocupaciones.

12 DISPOSICIONES Y CLÁUSULAS ESENCIALES

En atención a lo prescrito en la Disposición General Tercera del Reglamento para el Funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones:

“Todo contrato de trabajo para la prestación de servicios o empleo obtenido por medio de la Oficina Privada de Colocaciones, se

suscribirá previo el cumplimiento de las formalidades y requisitos legales pertinentes, ante la Inspección del Trabajo, respectivamente”

Esta disposición coloca al contrato de trabajo de Tercerización en el mismo régimen de los contratos de trabajo comunes que, reuniendo los mismos requisitos y especificaciones del artículo 21 del Código de Trabajo debe celebrarse por escrito y registrarse ante el Inspector del Trabajo

Entonces, en el contrato de trabajo de Tercerización deberán consignarse, necesariamente cláusulas referentes a:

- a) La clase o clases de trabajo objeto del trabajo, descrito con precisión de manera que no se produzcan conflictos ni de una u otra parte, ya que conforme al Código del Trabajo, es obligación del trabajador ejecutar el trabajo en los términos del contrato, y, el empleador no puede cambiar de ocupación al trabajador sin su consentimiento, porque ello se tendría como despido intempestivo. Por ello, es común que en los contratos de trabajo, especialmente en aquellos motivo del presente análisis, como son los suscritos con Tercerizadoras, se agregue una cláusula por la cual, el trabajador da su consentimiento expreso para ser cambiado de ocupación o de lugar de trabajo, siempre que tales cambios no impliquen mengua de su remuneración o categoría;
- b) La manera como ha de ejecutarse el trabajo, es decir si éste se sujetará a jornadas de labor mensuales, por tiempo parcial, o por horas; o si, se contratará por obra cierta, a destajo, etc.;

- c) La cuantía y forma de pago de la remuneración, que no podrá ser inferior a los mínimos vitales legales, y deberá ser pagada puntualmente en la forma prevista por la voluntad de las partes, y a falta de ella, por la ley;
- d) El tiempo de duración del contrato, debiéndose indicar las fechas exactas de inicio y terminación, tratándose de contratos de trabajo a tiempo fijo; o, la especificación de que éste tendrá una duración indefinida; o, las circunstancias extraordinarias o transitorias que dieron lugar a la contratación de personal eventual, lo cual permitirá prever su duración, que, en todo caso, no podrá exceder del tiempo establecido en el Código de Trabajo, esto es ciento ochenta días continuos dentro de un lapso de trescientos sesenta y cinco días;
- e) El lugar en que debe ejecutarse la obra o el trabajo, que puede ser en las mismas instalaciones de la empresa tercerizadora, o en las de sus clientes o empresas usuarias; y,
- f) La declaración de si se establecen o no sanciones, y en caso de establecerse, la forma de determinarlas y las garantías para su efectividad. En el caso de los trabajadores tercerizados, también deberán someterse a las instrucciones y reglamentos de los clientes de su empleadora.

Adicionalmente a estas cláusulas básicas, en todo contrato de trabajo deberá especificarse: su lugar y fecha de celebración; el establecimiento de las jornadas de trabajo y descansos; la identificación plena de los comparecientes, este punto es fundamental, tanto más en los contratos de trabajo de Tercerización, porque de la determinación expresa de éstos dependerá la vinculación y exigencias laborales entre los sujetos del contrato.

En todo caso, se entenderán incorporadas las disposiciones del Código de Trabajo al contrato laboral de Tercerización que, sin dejar de tener características peculiares, debe reconocer los mismos derechos esenciales a sus concurrentes.

Otras legislaciones como la colombiana disponen que todo contrato de trabajo de Tercerización deberá constar por escrito y sujetarse a las disposiciones legales que rigen en materia laboral para efectos de determinar salarios, prestaciones sociales, horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos. Debiéndose además, contratar una compañía aseguradora, especificando su nombre o razón social, el número de la póliza, vigencia, monto, derechos amparados con lo cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de la empresa tercerizadora de servicios, en caso de iliquidez de ésta.⁴⁶

13 REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ

Como no podía ser de otra forma, el contrato de trabajo como tal reúne además de los elementos estudiados en el capítulo primero (acuerdo de las partes, prestación de servicios lícitos y personales, dependencia y remuneración), los comunes y esenciales a todo contrato.

De conformidad con el artículo 6 del Código de Trabajo, son leyes supletorias de este Código: los Código Civil y de Procedimiento Civil, es decir que en todo cuanto no estuviere previsto en el Código de Trabajo se aplicarán

⁴⁶ www.mintrabajo.gov.co/intermed.htm.

las disposiciones de los cuerpos legales en mención. Entonces, en consideración a este precepto legal haremos referencia a las disposiciones del Libro IV del Código Civil, “De las Obligaciones en General y de los Contratos”, por contenerse en él los principios contractuales fundamentales creadores de obligaciones.

Una vez que ha sido puntualizado aquello, partiremos del concepto que el artículo 1481 de nuestro Código Civil da al contrato, así tenemos:

“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”

Concretamente, en el caso que nos ocupa, la finalidad del contrato será obligar a una parte a hacer una cosa y a la otra a dar una cosa como contraprestación de lo recibido.

Para que el contrato suscrito las partes tenga plena validez y pueda surtir efectos jurídicos, es necesario que se cumplan los requisitos esenciales que el artículo 1488 del Código Civil enumera:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1. Que sea legalmente capaz;
2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
3. Que recaiga sobre un objeto lícito;
4. Que tenga una causa lícita”

En adelante pasamos a analizar dichos elementos con especial relevancia y aplicación al plano laboral.

13.1 CAPACIDAD

Del texto del último inciso del artículo 1488 del Código Civil se desprende que: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”

Más adelante, este mismo cuerpo legal establece una regla: “Toda persona es legalmente capaz”, y su consecuente excepción: “excepto las que la ley declara incapaces” ⁴⁷

Las excepciones a la capacidad establecidas por el artículo 1490 son de tres tipos: incapacidad absoluta, incapacidad relativa, e incapacidad legal. Serán absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Incapaces relativos son los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Y, la incapacidad legal consiste en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos, por ejemplo la prohibición expresa que tienen los cónyuges de celebrar contratos de compra venta entre ellos. En uno y otro caso, la ley dispone sanciones diferentes, así los actos de los incapaces absolutos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución, y los actos de los incapaces relativos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes; y, la sanción a la incapacidad legal estará determinada en el mismo texto de la ley.

⁴⁷ Código Civil Ecuatoriano, Artículo 1489.

En consecuencia, son capaces las personas naturales que no se encuentren inmersas en las excepciones anotadas, y tratándose de incapaces relativos como menores adultos o personas jurídicas, deberán actuar bajo los parámetros y exigencias de la ley, así como la representación de una persona natural.

De este modo, en cuanto a la capacidad para contratar en materia laboral, el artículo 35 del Código del Trabajo expresa:

“Son hábiles para celebrar contratos de trabajo todos los que la ley reconoce con capacidad civil para obligarse, sin perjuicio de las reglas siguientes: los mayores de catorce años y menores de dieciocho años necesitarán para contratar la autorización expresa de su representante legal, y, en su falta, la de sus ascendientes o personas que corran con su manutención o cuidado. A falta de ellos, otorgará la autorización el Tribunal de Menores”

Como es claro, la contratación con aquellos que la ley declara incapaces debe darse a través de sus representantes, caso contrario el acto jurídico carece de validez, pero, en atención al carácter protector del Derecho del Trabajo, si se produjere una relación de trabajo con un incapaz, el empleador no podrá invocar este antecedente para dejar sin efecto dicha relación y, el cumplimiento de sus obligaciones para con el trabajador no dejan de ser exigibles. Este argumento tiene apoyo en el precepto del Código del Trabajo que establece: “En general, todo motivo de nulidad que afecte a un contrato de trabajo sólo podrá ser alegado por el trabajador”⁴⁸

Y, con respecto a los representantes de las personas jurídicas que actúen como empleador determina el artículo 36 del Código del Trabajo:

⁴⁸ Código del Trabajo Ecuatoriano, Artículo 40, segundo inciso.

“Son representantes de los empleadores los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aun sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común”

13.1.1 DE LA EMPRESA USUARIA

La empresa usuaria bien podría ser una persona natural, una sociedad de hecho, o una persona jurídica.

Tratándose de personas naturales se reproduce la regla del artículo 1489 del Código Civil, es decir serán capaces de contratar aquellas personas naturales que no estén excluidas en virtud de esta disposición legal.

De igual forma, si se tratare de sociedades de hecho o de personas jurídicas legalmente constituidas, la contratación tendrá lugar a través de sus representantes, quienes concurrirán a la celebración del contrato o convenio mercantil de Tercerización, y eventualmente, como representantes, podrían ser solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones laborales adeudadas al trabajador, en consideración al precepto constitucional que determina la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones laborales, y que como se verá más adelante obliga tanto al tercerizador como al beneficiario de los servicios.

13.1.2 DEL TERCERIZADOR

El tercerizador es la persona natural o jurídica directamente relacionada a la contratación laboral, por lo que, su participación en la esfera

del Derecho Laboral, exige además de la observancia de las disposiciones legales referentes a la capacidad analizadas en acápites anteriores (artículos 35, 36 del Código del Trabajo y artículos 1489 y 1490 del Código Civil), el cumplimiento de normas de actuación más rígidas y especiales que garanticen el efectivo cumplimiento de este ramo del Derecho Social, debiendo sujetarse a disposiciones legales y reglamentarias que dictaminan la capacidad para contratar en cada caso y demás condiciones habilitantes que autoricen el funcionamiento de tales instituciones, autorización que confiere plena capacidad a quienes la detentan.

El Reglamento para el Funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones, en su Capítulo II, determina los requisitos para el otorgamiento de la autorización de funcionamiento de oficinas privadas de colocación. Así toda persona natural o jurídica que desee establecer una oficina de colocación conforme al texto de esta norma deberá:

“Obtener la autorización de funcionamiento otorgada por la Dirección Nacional o las Subdirecciones de Empleo y Recursos Humanos del Ministerio de Trabajo, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Solicitud dirigida al Director Nacional o a los Subdirectores de Empleo y Recursos Humanos, de la respectiva jurisdicción, en la que deberá constar:
 - a) Nombre de la persona natural o del representante legal solicitante
 - b) Razón social; y,
 - c) Tipos de ocupaciones en las que intermediará

2. Copia de la escritura de constitución de la compañía, y nombramiento del representante legal, debidamente legalizados y certificado de antecedentes personales del representante.

En caso de personas naturales, copia de la cédula de ciudadanía, certificado de antecedentes personales y copia del comprobante de votación en el último proceso electoral.
3. Estudio socioeconómico del sector donde vaya a operar la oficina, la que justificará la necesidad de su funcionamiento.
4. Copia del Registro Único de Contribuyentes.
5. Nómina del personal que contará la oficina, adjuntando los respectivos títulos, la función que desempeñarán y el certificado de antecedentes personales de cada uno de ellos.
6. La persona responsable de la administración de la oficina deberá tener instrucción superior, de preferencia en psicología industrial o ramas afines. Preparación que la acreditará con la presentación de los correspondientes títulos.
7. Contar con la infraestructura que garantice su eficiente funcionamiento.
8. Obtener informe favorable de los respectivos Departamentos de Colocaciones y Migraciones Laborales”

La autorización de funcionamiento conferida por la Dirección Nacional o las Subdirecciones de Empleo y Recursos Humanos del Ministerio de Trabajo, tendrá una duración de cinco años, es decir que, luego de terminado este plazo, es necesario renovarla, caso contrario, la Oficina Privada de Colocaciones no estará legalmente habilitada para operar, y, en consecuencia será incapaz.

Como se podrá observar, la exigencia de tales requisitos se encamina a la profesionalización de las empresas tercerizadoras, quienes, siendo los empleadores directos de los trabajadores que suministran a otros, deben garantizar solvencia y especialización, por lo que, su actividad debe estar planificada y sustentada en base a las necesidades del mercado laboral.

13.1.3 DEL TRABAJADOR

El trabajador siempre será una persona natural, que deberá sujetarse a las reglas de capacidad del Código Civil conforme lo dispone el artículo 35 del Código del Trabajo. Mas, en el texto de este mismo precepto se hace mención a la comparecencia de menores adultos en la contratación laboral, y las condiciones en que podrán hacerlo.

Así, por regla general, los mayores de edad podrán contratar libremente, no así los mayores de catorce años y menores de dieciocho años, quienes requerirán de la autorización expresa de sus representantes legales, o, en su defecto, la de sus ascendientes o personas que corran con su manutención o cuidado, y a falta de todos ellos, dicha autorización será conferida por el Tribunal de Menores.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 134 del Código del Trabajo, otra excepción a la regla general de capacidad contractual, lo constituye el trabajo de mayores de doce años y menores de catorce años, quienes estarán habilitados para contratar siempre que el Tribunal de Menores lo autorice por haberse acreditado que el menor ha completado el mínimo de instrucción

escolar exigido por la ley o que éste asiste a escuelas nocturnas, ateneos obreros o a algún plantel de enseñanza primaria, y adicionalmente, por haberse comprobado que el menor tiene evidente necesidad de trabajo para proveer a su propia sustentación, a la de sus padres o ascendientes con quienes viva y que estuvieren incapacitados para el trabajo, o la de sus hermanos menores que se encontraren en igual situación.

En todo caso, el trabajo de menores será excepcional y con las condiciones anteriormente anotadas.

13.2 CONSENTIMIENTO

“El consentimiento consiste en la voluntad manifestada por una de las partes de acceder a la proposición de la otra”⁴⁹

El consentimiento es la expresión del concierto de voluntades de las partes en la celebración del acto jurídico o del contrato. El asentimiento voluntario de los contratantes puede ser expreso o tácito cuando se manifiesta mediante actos inequívocos la voluntad de obligarse para con la otra parte.

Para que esta expresión de la voluntad de las partes surta plenos efectos jurídicos, es necesario que se encuentre libre de todo vicio. Constituyen vicios del consentimiento: el error, la fuerza y el dolo. El incurrir en alguno de estos vicios repercutirá en la validez del acto o contrato en que se hubiera expresado el consentimiento en tales condiciones.

⁴⁹ RODRÍGUEZ, E., Derecho Usual, pág. 145.

En materia laboral, las partes pueden expresar su consentimiento expresa o tácitamente. El consentimiento será expreso cuando las condiciones de la relación laboral estén reguladas por un contrato de trabajo expreso verbal o escrito, en este último caso, como se hubo de advertir, el artículo 19 del Código de Trabajo prevé los casos en que el contrato de trabajo obligatoriamente debe celebrarse por escrito, sin que ello obste a que las partes voluntariamente celebren otro tipo de contrato por escrito.

El consentimiento tácito se expresa en los contratos de trabajo tácitos, en los cuales, a falta de estipulación contractual expresa, se tendrán por condiciones las determinadas en las leyes, pactos colectivos, usos y costumbres del lugar, o de la industria o trabajo de que se trate.

13.3 OBJETO

Rodríguez Piñeres determina:

“El objeto de todo contrato es la obligación que contraen las partes de darse recíprocamente, o de hacer, o de no hacer alguna cosa. El contrato tiene, pues, por objeto, únicamente la creación de obligaciones”⁵⁰

El artículo 1503 del Código Civil corrobora lo dicho:

“Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer”

En base a este principio, inicialmente, el contrato de trabajo de Tercerización tiene por objeto la obligación de hacer algo (prestación de servicios) y, como contraprestación dar algo (pago de la remuneración).

⁵⁰ RODRÍGUEZ, E., Derecho Usual, págs. 148 y 149.

La obligación de hacer debe ser física y moralmente posible, se entiende que un hecho es físicamente imposible cuando es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible si está prohibido por la ley o es contrario a las buenas costumbres o al orden público. La obligación de dar debe estar claramente determinada o fijada por el contrato.

El objeto global del contrato de trabajo de Tercerización, se circunscribe a la contratación de mano de obra o de servicios profesionales remunerados para ponerlos a disposición de un tercer usuario.

Como se recordará, en otras épocas y circunstancias, el objeto de la Tercerización estuvo totalmente vedado porque se estimaba que el trabajo no podía ser considerado como mercancía. Pero en la actualidad, tal criterio ha sido superado dando lugar no sólo a su aceptación, sino también a su justificación y legalización.

13.4 CAUSA

La causa es la razón que induce a las partes a contratar, en este sentido, se dice que la causa que motiva a un contratante a obligarse es la obligación o contraprestación de la otra parte en el contrato, es decir las obligaciones y derechos recíprocos son la causa generadora del contrato, misma que debe enmarcarse dentro de la ley, en efecto, los incisos primero y segundo el artículo 1510 Código Civil prescriben:

“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”

La causa que origina el contrato de trabajo de Tercerización es la obligación de prestar servicios y la contraprestación de recibir el pago de la remuneración por el cumplimiento de tal obligación.

La obligación de prestar servicios es directa para el trabajador, porque él es quien personalmente ejecuta el trabajo, e indirecta para la Tercerizadora, porque presta el servicio convenido a través de los empleados que hubiera contratado para tales efectos. Y, la obligación de pagar es directa para la tercerizadora, como empleadora del personal que suministra, e indirecta para la empresa usuaria, si consideramos que con el pago de los honorarios a la tercerizadora está satisfaciendo las remuneraciones que serán pagadas al personal que le fue suministrado.

14 OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Las obligaciones de las partes en el contrato de trabajo de Tercerización son las mismas que las de cualquier otro contrato de trabajo común. Pero no se debe olvidar la inclusión de un tercero en la relación laboral, tercero al que hemos denominado “empresa usuaria”, parte que si bien, prácticamente no asume directamente obligación laboral alguna por el hecho de beneficiarse de la prestación del servicio tiene una obligación importante con respecto al

trabajador que le ha sido suministrado, esto es responder en forma solidaria por el cumplimiento de las obligaciones que no le hubieren sido satisfechas a éste.

Esta solidaridad y la exigencia de que se observen exactamente los mismos derechos laborales en la contratación por terceros responde a un criterio estatal proteccionista ya analizado, que en el caso de la Tercerización podría tornarse más exigente al ser un régimen de contratación especial en crecimiento que aún no merece la atención con que justamente se harán cumplir cabalmente los objetivos de la legislación social del trabajo.

14.1 DE LA EMPRESA USUARIA

La obligación principal de la empresa que contrata personal por terceros es el pago de los honorarios de la empresa tercerizadora. Este pago debe ser suficiente para cubrir los costos de contratación laboral, los costos operacionales y la comisión convenida por los servicios que le han sido otorgados.

Si bien, en el corto plazo, estos costos pueden resultar más onerosos que los de una contratación directa, en el largo plazo esta modalidad de contratación laboral ofrece múltiples beneficios ya que representa un ahorro significativo de responsabilidades legales y monetarias posteriori.

Como se dijo en el capítulo anterior, el mayor beneficiado de la contratación de mano de obra por terceros es el empresario usuario, ya que

ésta le permite dar mayor flexibilidad a su organización, pudiendo disponer y prescindir de personal en base a sus requerimientos sin ingresar en un régimen laboral gravoso y protectorio.

Se dice que, justamente el objetivo del empresario usuario es evadir responsabilidades legales frente al trabajador y al Estado, pero tal descarga no es total al haberse previsto constitucionalmente la solidaridad entre el tercerizador y éste, previsión que busca garantizar un efectivo y mayor cumplimiento de las obligaciones laborales y que se convierte en la principal obligación del beneficiario de los servicios frente al trabajador.

A continuación se revisan las obligaciones particulares de la empresa usuaria con los sujetos principales de la contratación laboral y con el Estado.

14.1.1 CON EL ESTADO

El sistema de la Tercerización permite al empresario usuario prácticamente liberarse de obligaciones legales con el personal contratado a través del tercerizador, salvo la excepción anotada en el acápite anterior.

En contraste con otras realidades y legislaciones, en nuestro país, la empresa usuaria o beneficiaria de los servicios no asume directamente obligación alguna con el Estado, derivada de la prestación de servicios que recibe.

De esta forma, en otras circunstancias, la empresa usuaria estaría obligada a pagar los aportes patronales de seguridad social, asumiendo la calidad de agente de retención de tales aportes, así como también de ciertos tributos generados por la prestación del servicio. Al efecto, se consultó a un empresario que se sirve de la Tercerización para la prestación de ciertos servicios si se encontraría de acuerdo con esta posibilidad, a lo cual expresó que: “De ninguna manera las empresas usuarias de servicios tercerizados podrían someterse a tales exigencias, puesto que ello significaría reconocer el vínculo laboral que justamente se pretendió evitar mediante la contratación de personal a través de tercerizadores”

14.1.2 CON EL TERCERIZADOR

Las obligaciones del empresario usuario son principalmente para con el tercerizador suministrador de servicios.

Como ya se señaló, la obligación esencial del beneficiario de los servicios es pagar los honorarios de la empresa tercerizadora por concepto de la prestación de servicios recibida.

Los honorarios a pagar deben cubrir el pago íntegro de los gastos del personal que le ha sido suministrado por la empresa tercerizadora, dentro de los cuales generalmente se suele incluir: el pago de las remuneraciones de los trabajadores; los aportes patronales de seguridad social y otros beneficios sociales; el pago de la compensación por tiempo de servicios; los gastos administrativos generados por la prestación de servicios del personal

suministrado; y la comisión por servicios. Sumado a ello, las partes pueden estipular obligaciones adicionales tales como el reconocimiento y pago de un honorario extraordinario, siempre que se cumplan condiciones predeterminadas, como sería alcanzar o superar un nivel previamente acordado de las utilidades de la empresa usuaria.

14.1.3 CON EL TRABAJADOR

La relación existente entre el trabajador y quien únicamente se beneficia de la prestación de sus servicios es especial, porque el cumplimiento del objeto contractual de la obligación es ejecutado ante sujetos diferentes de los que formalmente contrataron, llegándose a la conclusión de que el trabajador sujeto al régimen de Tercerización está supeditado a dos clases de subordinación: una jurídica y una técnica, está subordinado jurídicamente al tercerizador, y técnicamente al empresario usuario. Esta última subordinación genera una relación jurídica fuente de obligaciones y derechos recíprocos.

Sin duda, la relación que vincula a trabajadores y empresas usuarias reúne ciertos elementos como: subordinación y prestación de servicios personales, que podrían caracterizarla como laboral y que indefectiblemente deben ser cumplidos dentro del objeto del contrato de trabajo de Tercerización.

De tales elementos se desprenden algunas de las obligaciones comprendidas en el Código del Trabajo, cuyo cumplimiento puede exigirse al usuario o beneficiario de servicios, entre ellas, principalmente anotamos:

1. Llevar un registro de trabajadores en el que conste el nombre, edad, procedencia, estado civil, clase de trabajo, fecha de ingreso y de salida; el mismo que se lo actualizará con los cambios que se produzcan;
2. Proporcionar oportunamente a los trabajadores los útiles, instrumentos y materiales necesarios para la ejecución del trabajo, en condiciones adecuadas para que éste sea realizado. Esta obligación es imputable al usuario en el caso de que la tercerizadora no se hubiere comprometido a proporcionar tales instrumentos;
3. Tratar a los trabajadores con la debida consideración, no infiriéndoles maltratos de palabra o de obra;
4. Acordar con la tercerizadora que el pago de la remuneración al trabajador tercerizado no sea inferior al básico correspondiente a un trabajador de su misma categoría dentro de la empresa;
5. Pagar utilidades al personal tercerizado que labora en sus dependencias siempre que las utilidades que éste reciba de parte de su empleador directo (tercerizador) sean inferiores a las que percibiría de la empresa usuaria, en cuyo caso, se sumará a ellas la diferencia correspondiente, unificándolas, y repartiéndolas entre los trabajadores, de conformidad con el artículo 100 del Código del Trabajo, este derecho asiste únicamente a los trabajadores contratados por tercerizadoras vinculadas a la empresa usuaria;
6. Responder solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones laborales debidas al trabajador.

Esta última imposición, –quizá la más importante- más que una obligación constituye una garantía para dar mayor seguridad a la parte obrera

de la contratación. En tal virtud, dada la importancia de esta solidaridad pasiva pasamos a analizarla más detenidamente.

14.1.3.1 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL USUARIO O BENEFICIARIO DE LOS SERVICIOS

“La solidaridad es una modalidad de la obligación que supone su exigibilidad por entero en provecho de cada uno de varios acreedores, o contra cada uno de varios deudores”⁵¹

La responsabilidad solidaria sólo podrá derivarse de una disposición legal, de la voluntad expresa de las partes, o de una disposición testamentaria.

La solidaridad puede ser activa o pasiva. Una obligación solidaria pasiva habilita al acreedor exigir a cada uno de sus deudores el cumplimiento íntegro de la obligación, mientras que en una obligación solidaria activa, habiendo pluralidad de acreedores, la obligación se extingue por el pago total que el deudor haga a uno de ellos.

La solidaridad a que hacemos referencia en el presente acápite tiene como fuente de origen a la Constitución y a la Ley. Esta solidaridad pasiva se encuentra establecida en el numeral 11 del artículo 35 de la Constitución Política del Estado y en el segundo inciso del artículo 41 del Código del Trabajo, respectivamente:

“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

⁵¹ RODRÍGUEZ, E., Derecho Usual, pág. 87.

solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario”

“Igual solidaridad, acumulativa y electiva, (en el cumplimiento de las obligaciones para con el trabajador) se imputará a los intermediarios que contraten personal para que presten servicios en labores habituales, dentro de las instalaciones, bodegas anexas y otros servicios del empleador”

En consecuencia, esta solidaridad conferirá al trabajador el derecho de elegir si plantea una acción contra el directamente beneficiado o contra el tercerizador, o si lo hace de manera conjunta, en contra de ambos. Sin que ello obste el derecho de repetición que asiste al beneficiario de los servicios que hubiere cumplido las obligaciones laborales debidas al trabajador.

Esta garantía solidaria ha sido contemplada en gran parte de las legislaciones latinoamericanas, por una causa fundamental como es el beneficio mutuo que los servicios prestados por el trabajador reportan tanto a empresas usuarias como a empresas tercerizadoras.

A manera de sanción, la responsabilidad solidaria del empresario usuario podría justificarse, por el hecho de que éste debe tener cuidado en la elección de suministradores de personal idóneos, así como en la supervisión del cumplimiento de las obligaciones laborales a que éstos se hubieran comprometido.

14.2 DEL TERCERIZADOR

Las obligaciones de las empresas tercerizadoras son más significativas porque la naturaleza de la actividad desarrollada por ellas, las vincula

contractualmente con empresarios y trabajadores, para lo cual, deberá sujetarse a ciertas condiciones predeterminadas por el Estado.

En general, las empresas tercerizadoras asumen dos obligaciones primordiales: suministrar personal a sus clientes, y cumplir con todas las obligaciones laborales que por ley le corresponden a los trabajadores contratados a sus órdenes. De estas obligaciones derivan otras para con el Estado, con sus empresas clientes, y para con sus trabajadores.

14.2.1 CON EL ESTADO

Como se vio en el acápite referente a la capacidad para contratar, las empresas tercerizadoras deben estar autorizadas por el Ministerio de Trabajo, previo cumplimiento de los requisitos especificados en esa oportunidad, en consecuencia, esta es la primera obligación de quienes se dedican a suministrar personal a terceros.

Las disposiciones del Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo son obligatorias para los países que la hubieren ratificado, por ello, ciertos preceptos de este cuerpo legal sientan principios generales que deben ser perfeccionados conforme al régimen jurídico y práctica de cada país, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, como varias disposiciones del mismo Convenio lo admiten.

El Convenio en mención prevé ciertas obligaciones y formalidades que deben cumplir las Oficinas Privadas de Colocación, de esta forma, el artículo

13 de dicho Convenio establece parámetros de cooperación entre las agencias de empleo privadas y el servicio público de empleo, reconociéndose en todo momento la competencia de las autoridades públicas en cuanto: a la formulación de políticas de mercado de trabajo; y, a la utilización y control de la utilización de fondos públicos destinados a la aplicación de esa política.

Por esta misma disposición se impone a las agencias de empleo privadas la obligación de proporcionar la información que les fuere requerida por la autoridad competente, con la periodicidad que ésta determine, para que el servicio público pueda: conocer la estructura y actividades de las agencias de empleo privadas, de conformidad con las condiciones y las prácticas nacionales; emplear dicha información con fines estadísticos; y periódicamente hacer pública esa información, preservando en todo caso los elementos confidenciales.

La Recomendación que sobre este mismo tema expidió la Organización Internacional del Trabajo, sugiere que, dentro del marco de la cooperación entre las Agencias de Empleo Privadas y el Servicio Público de Empleo, se contemplen: la puesta en común de información y terminología universal para mejorar la transparencia del mercado de trabajo; el intercambio de anuncios de puestos vacantes; la promoción de proyectos conjuntos; la conclusión de convenios entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas, tales como proyectos para la inserción de los desempleados de larga duración; la formación del personal; y, la realización de consultas regulares con el objetivo de mejorar las prácticas profesionales.

En el caso del Ecuador, en el año de 1998 se creó el Reglamento para el Funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones que, regulando varios de estos aspectos establece el régimen y obligaciones a que están sujetas dichas oficinas. En caso de omisión o incumplimiento de tales disposiciones reglamentarias, el mismo reglamento prevé sanciones como el pago de multas, y hasta la suspensión o cancelación definitiva de la autorización otorgada. Entre las obligaciones que el Reglamento en mención establece para las Oficinas Privadas de Colocaciones encontramos:

1. Llevar un registro organizado de las solicitudes de empleo recibidas y de las personas que hubieren sido colocadas. Debiendo adicionalmente llevar una ficha especial de seguimiento del personal colocado por ellos;
2. Presentar ante la Dirección Nacional o las Subdirecciones de Empleo y Recursos Humanos semestralmente o cuando fueren requeridos por éstas, informes de sus actividades, en los que se incorporarán el registro y la ficha a que hace referencia el numeral anterior;
3. Colaborar en las inspecciones de verificación ordenadas por la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos.

Adicionalmente, no se puede dejar de mencionar que el tercerizador como empleador directo, tiene que cumplir todas las obligaciones y formalidades exigidas por el régimen de seguridad social. Y, en ocasiones, actuar como agente de retención de impuestos.

En otros países como Colombia, el Estado exige de las empresas tercerizadoras temporales: el establecimiento y actualización anual de una

póliza de garantía asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales para con los trabajadores; la renovación anual del certificado expedido por la Cámara de Comercio del domicilio de la respectiva agencia, sea persona natural o jurídica. Así mismo se exige la presentación trimestral de informes estadísticos relacionados con la oferta y demanda de mano de obra, la frecuencia de colocación y ocupación, sectores de actividad económica atendidos, y, las cuantías y escalas de remuneración.⁵²

Igualmente, en el ámbito internacional, –específicamente en el Brasil- la empresa tercerizadora está obligada a mantener una copia del registro de sus empleados; una copia de los contratos de trabajo en el local de la prestación de servicios; una copia de los exámenes médicos de admisión; una copia del cuadro del horario de sus funcionarios dentro de la empresa tomadora de servicios; y, una copia del contrato de prestación de servicios suscrito con su cliente, a fin de que el Estado pueda verificar la regularidad del proceso.

Otras legislaciones como la española van más allá, y con el objetivo de tener un control financiero más exhaustivo exigen que la agencia de colocación: lleve una contabilidad separada y con arreglo a la normativa establecida; tenga una cuenta bancaria independiente y exclusiva para todos los gastos e ingresos derivados de su actividad; y, presente a la autoridad competente auditorías de cada ejercicio anual, realizadas por entidades independientes, en las que se dictamine expresamente sobre la idoneidad, racionalidad de las cuantías y el equilibrio de gastos e ingresos.

⁵² www.mintrabajo.gov.co/intermed.htm.

En cuanto a la información del personal contratado, ésta debe ser más completa y contempla: la remisión de los datos de los solicitantes de empleo; la comunicación al Instituto Nacional de Empleo Español de las bajas que se vayan produciendo entre sus solicitantes de empleo; la puesta en conocimiento del Instituto Nacional de Empleo sobre las ofertas de trabajo que hayan recibido de los empleadores, indicando las altas, las que están en proceso y las finalizadas.

Adicionalmente, el Instituto Nacional de Empleo Español deberá estar informado sobre las ofertas de empleo que se gestionen, haciendo llegar a su conocimiento: el número de trabajadores enviados a las empresas usuarias; los trabajadores que hayan declinado presentarse a las empresas, con vacantes no cubiertas; los trabajadores que hayan rechazado los puestos de trabajo vacantes, con exposición de los motivos de rechazo; los trabajadores rechazados por las empresas, con exposición de los motivos del rechazo, y, los trabajadores contratados.⁵³

Todas estas exigencias tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales a través de un rígido control que puede ser financiero o de información cruzada, con lo cual se podrá verificar el cabal cumplimiento de las disposiciones legales que amparan este régimen. Como es evidente, el Ecuador no cuenta con lineamientos de tal naturaleza, lo cual plantea dudas sobre el adecuado funcionamiento y cumplimiento de las disposiciones laborales que asisten a los trabajadores.

⁵³ Real Decreto No. 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las Agencias de Colocación sin fines lucrativos y los Servicios Integrados para el empleo.

En todo caso, las empresas tercerizadoras están obligadas a actuar dentro del marco previsto en la ley y en las condiciones de su autorización de funcionamiento, garantizando siempre la observancia y respeto al derecho de igualdad en el acceso al empleo.

14.2.2 CON LA EMPRESA USUARIA

Las empresas tercerizadoras se obligan a suministrar personal a sus clientes. Esta es su obligación esencial con respecto a éstos.

De esta obligación esencial pueden derivar otras que directa o indirectamente se pudieren establecer en el contrato de prestación de servicios.

El suministrar personal a una empresa implica varias responsabilidades ineludibles para la empresa prestadora de servicios, estas responsabilidades colaterales son principalmente, garantizar a sus clientes el estar al día en el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social del personal contratado, por ser éste el principal motivo que indujo a la empresa usuaria contratar fuerza de trabajo por terceros solventes que se comprometan al cumplimiento efectivo de las obligaciones que ésta no puede o no quiere cumplir.

Las obligaciones del tercerizador para con el tomador de servicios dependerán del tipo de Tercerización e Intermediación en que nos encontremos, así como también de las disposiciones contractuales. Así, si la

actividad del tercero es una mera intermediación que vinculó a oferentes y demandantes de empleo, la obligación del intermediador termina con la presentación del aspirante, previo reclutamiento, selección y calificación del mismo. Y, si la participación del tercero es mayor como en el caso de la interposición, sus responsabilidades se incrementan porque ya no sólo le corresponderá seleccionar personal en base a los requerimientos de sus clientes, sino colocarse como empleador del personal destinado a prestar servicios, con las consecuentes obligaciones legales que se desprenden del Código del Trabajo. Adicional a ello, es común que contractualmente se estipulen otras obligaciones como la capacitación, desarrollo de competencias y evaluaciones de desempeño permanentes, ya que a decir de la representante de Asociación de Empresas Consultoras de Recursos Humanos ASERCOH:

“La función e incidencia de las compañías tercerizadoras en la administración del recurso humano de las compañías públicas y privadas en la actualidad, ha hecho que éstas se conviertan en un socio estratégico que apoya a los departamentos de recursos humanos en todos sus subsistemas como son de capacitación, desarrollo de competencias del personal, etc.”

Finalmente, tratándose de compañías tercerizadoras de servicios complementarios, es común que éstas no sólo suministren su personal de planta, sino que proporcionen a éstos los materiales de que se valdrán para prestar el servicio.

14.2.3 CON EL TRABAJADOR

La tercerizadora, como empleadora principal de los trabajadores que suministra tiene las mismas obligaciones que cualquier empleador, por lo que

se le aplican las disposiciones de la Constitución Política de la República, del Código de Trabajo, y de los Convenios Internacionales vigentes.

En consideración a los principios de la Constitución Política y a las disposiciones del Código del Trabajo, sus principales obligaciones serán:

1. Pagar las cantidades que correspondan al trabajador, en los términos del contrato y de acuerdo a las disposiciones del Código de Trabajo;
2. Instalar las fábricas, talleres, oficinas, y demás lugares de trabajo, sujetándose a las disposiciones legales y a las órdenes de las autoridades sanitarias;
3. Indemnizar a los trabajadores por los accidentes que sufrieren en el trabajo y por las enfermedades profesionales;
4. Proporcionar oportunamente a los trabajadores los útiles, instrumentos y materiales necesarios para la ejecución del trabajo, en condiciones adecuadas para que éste sea realizado. En este punto cabe anotar que en ocasiones esta responsabilidad podría ser trasladada a la empresa usuaria, sobre todo, si el trabajo se ejecuta en sus instalaciones;
5. Respetar las asociaciones de trabajadores. Sin embargo del establecimiento de esta obligación expresa, por no existir exclusión en la ley, se puede decir que prácticamente ninguna empresa tercerizadora la acata, es mas como lo admite una autoridad del sector: “Los trabajadores tercerizados tienen todos los derechos de un trabajador común, excepto los de sindicalismo y contratación colectiva”
6. Sujetarse al reglamento interno legalmente aprobado;

7. Tratar a los trabajadores con la debida consideración, no infiriéndoles maltratos de palabra o de obra;
8. Pagar al trabajador reemplazante una remuneración no inferior a la básica que corresponde al reemplazado, esta disposición debe entenderse en el sentido de que los trabajadores colocados por las tercerizadoras en vacantes eventuales de ninguna forma pueden recibir una remuneración inferior a la que estaba percibiendo el reemplazado;
9. Suministrar cada año, en forma completamente gratuita, por lo menos un vestido adecuado para el trabajo a quienes presten sus servicios;
10. Inscribir a los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desde el primer día de labores, dando aviso de entrada dentro de los primeros quince días, y dar avisos de salida, de las modificaciones de sueldos y salarios, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, y cumplir con las demás obligaciones previstas en las leyes sobre seguridad social; y,
11. Otras, en especial, las determinadas en el artículo 42 del Código de Trabajo.

Una vez establecidas las obligaciones generales de la empresa tercerizadora, El Convenio 181 sobre las Agencias de Empleo Privadas, de la Organización Internacional del Trabajo como cuerpo regulador específico de estas entidades establece varias obligaciones y prohibiciones generales, al tiempo que exhorta a los Estados Miembros velar por su cumplimiento a través de su legislación interna.

De esta forma del texto de varios artículos del Convenio 181 sobre las Agencias de Empleo Privadas, de la Organización Internacional del Trabajo se desprenden varias obligaciones a que está sujeto el tercerizador, como son:

1. Garantizar en su ámbito de acción, el principio de igualdad de oportunidades y trato en el acceso al empleo, como en efecto, el artículo cinco del Convenio prescribe:

“Todo Miembro velará por que las agencias de empleo privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad”

Esta disposición se entiende, salvo ciertas excepciones anotadas en la misma, como son los servicios especiales o la aplicación de programas destinados a ayudar a los trabajadores más desfavorecidos en su búsqueda de empleo;

2. Garantizar el derecho a la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva a los trabajadores envueltos en una relación triangular, que prestan sus servicios a terceros;
3. Mantener la confidencialidad de los datos proporcionados por los trabajadores oferentes y contratados, por lo que el artículo seis del Convenio da los siguientes lineamientos:

“El tratamiento de los datos personales de los trabajadores por las agencias de empleo privadas deberá: a) efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales; b) limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente”

4. Garantizar los derechos laborales de los trabajadores migrantes, en este

caso, el artículo octavo del Convenio exhorta a sus Miembros a:

“Adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, dentro de los límites de su jurisdicción y, en su caso, en colaboración con otros Miembros, para que los trabajadores migrantes reclutados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas gocen de una protección adecuada y para impedir que sean objeto de abusos. Esas medidas comprenderán leyes o reglamentos que establezcan sanciones, incluyendo la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas o abusos. Y que, cuando se recluten trabajadores en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados consideren la posibilidad de concluir acuerdos laborales bilaterales para evitar abusos y prácticas fraudulentas en materia de reclutamiento, colocación y empleo”

5. Garantizar la observancia y cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores comprendidos en las denominadas relaciones de trabajo triangulares, de conformidad con el artículo décimo primero del Convenio, sobre todo con respecto a: libertad sindical; negociación colectiva; pago de salarios mínimos; establecimiento de tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo; pago de prestaciones de seguridad social obligatorias; acceso a la formación; seguridad y salud en el trabajo; pago de indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional; pago de indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales; protección y prestaciones de maternidad; y, protección y prestaciones parentales.

Las prohibiciones u obligaciones negativas a que está sujeto el tercerizador son:

1. No cobrar a los trabajadores directa o indirectamente algún tipo de honorario o tarifa, siendo posible que la autoridad competente, previa

consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, autorice motivadamente dicho cobro a determinadas categorías de trabajadores, o a determinados servicios prestados por las agencias de empleo privadas, por ejemplo, tal sería el caso de la colocación de altos ejecutivos, o de artistas o intérpretes, respecto de los cuales las Agencias de Empleo Privadas actúan como un empresario gestor de contratos; y,

2. No demandar u ofertar trabajo infantil

Además de las obligaciones establecidas por el Código del Trabajo y el Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo, de conformidad con la Recomendación de la Organización Internacional del Trabajo, se pueden considerar tales:

1. La suscripción de un contrato de trabajo escrito, o cuando menos sentar claramente las condiciones de empleo antes del inicio efectivo del mismo;
2. El suministro de información a los trabajadores migrantes contratados por este medio, debiendo informarles, en la medida de lo posible en su idioma o en el que les resulte familiar, las condiciones del empleo ofrecido
3. La no utilización de trabajadores tercerizados como rompehuelgas. Es decir que, las Agencias de Empleo Privadas no deberían poner sus trabajadores a disposición de una empresa usuaria con el fin de reemplazar a los trabajadores de esta última que se encuentran en huelga;
4. La represión de prácticas desleales en materia de publicidad y anuncios engañosos, en especial aquellos que ofrecen empleos inexistentes. Así también se condena la oferta de empleos discriminatorios en razón de la

raza, del color, del sexo, de la edad, de la religión, de la opinión política, de la ascendencia nacional u origen social, del origen étnico, de alguna discapacidad, situación conyugal o familiar, orientación sexual o afiliación a una organización de trabajadores; y,

5. La prohibición de reclutar, colocar o emplear a trabajadores para trabajos que impliquen riesgos y peligros no aceptados o cuando puedan ser objeto de abusos o trato discriminatorio de cualquier tipo.

14.3 DEL TRABAJADOR

Básicamente es obligación del trabajador ejecutar el trabajo en los términos del contrato o del acuerdo que dio lugar a la relación de trabajo. Pero, en el contrato de trabajo materia de nuestro estudio se presentan elementos peculiares que originan una doble subordinación que implica la obediencia y disposición a las órdenes de dos sujetos: tercerizador y usuario de los servicios, considerados como empleador directo e indirecto respectivamente.

Frente a tales circunstancias, es importante resaltar las obligaciones que relacionan al trabajador con uno y con otro, así como los consecuentes deberes para con el Estado.

14.3.1 CON EL ESTADO

La obligación fundamental del trabajador para con el Estado que emana de las relaciones laborales que éste mantiene con terceros es el pago del

aporte personal a los organismos de seguridad social creados para tal efecto, en el monto y condiciones establecidos por la ley.

Prácticamente, por ser ésta la única obligación que el trabajador tercerizado debe satisfacer al Estado en nuestro medio y práctica nacionales, se ha recurrido a la legislación comparada, en donde se podrá descubrir una exigencia adicional, como en el caso del Real Decreto Español que establece una obligación fundamental de los trabajadores en relación con el Instituto Nacional de Empleo, a saber: los trabajadores que vayan a solicitar ocupación tienen la obligación de inscribirse en las Oficinas de Empleo del Instituto Nacional de Empleo como paso previo a su inscripción en las Agencias de Colocación Privadas.

Esta exigencia es común en países donde el servicio de colocación público es eficiente, lo que justifica este requerimiento previo, de manera que el Estado puede conocer directamente y con mayor veracidad como se maneja el mercado de trabajo, al tiempo que brinda un servicio a la comunidad.

14.3.2 CON LA EMPRESA USUARIA

Si bien el contrato de trabajo de Tercerización no establece vínculo laboral alguno entre el trabajador y la empresa usuaria, como se demostró en el capítulo anterior, el trabajador tercerizado si está subordinado técnicamente a quien se beneficia directamente de la prestación de sus servicios.

Esta subordinación técnica, da lugar a que del Código Laboral se deriven principalmente las siguientes obligaciones:

1. Ejecutar el trabajo en los términos del contrato, con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, en la forma, tiempo y lugar convenidos. En este caso, las condiciones en que el trabajo va a ser ejecutado estarán determinadas en el contrato de trabajo suscrito entre el trabajador y la empresa tercerizadora, sin que ello obste, dada la naturaleza de las relaciones triangulares de Tercerización que el trabajador reciba especificaciones y demás órdenes técnicas del beneficiario de sus servicios;
2. Restituir al empleador los materiales no usados y conservar en buen estado los instrumentos y útiles de trabajo, si dado el caso, estos instrumentos le hubieran sido proporcionados por la empresa usuaria, sobre todo si el trabajo se ejecuta en sus instalaciones;
3. Trabajar, en casos de peligro o siniestro inminentes, por un tiempo mayor que el señalado para la jornada máxima y aún en los días de descanso, cuando peligren los intereses de sus compañeros o del empleador, en cuyo caso tendrá derecho al aumento de remuneración de acuerdo con la Ley, aumento que en todo caso, será imputable al tercerizador;
4. Observar buena conducta durante el trabajo;
5. Cumplir las disposiciones del reglamento interno expedido en forma legal;
6. Dar aviso al empleador cuando por causa justa faltare al trabajo, esta comunicación deberá hacerse tanto al tercerizador como al usuario de los servicios;

7. Comunicar al usuario o a su representante los peligros de daños materiales que amenacen la vida o los intereses de empleadores y trabajadores;
8. Guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurra, directa o indirectamente, o de los que tenga conocimiento por razón del trabajo que ejecuta;
9. Sujetarse a las medidas preventivas e higiénicas que impongan las autoridades; y,
10. Otras establecidas en el Código del Trabajo, y en las disposiciones contractuales.

En suma, las obligaciones que el trabajador tercerizado asume frente al usuario o beneficiario de sus servicios son prácticamente las mismas que debería cumplir frente a un empleador directo, dada la subordinación técnica que los vincula.

14.3.3 CON EL TERCERIZADOR

La obligación primordial que vincula a trabajadores y tercerizadores es la prestación de servicios a terceros clientes de éstos últimos. Se trata entonces de una subordinación jurídica que genera obligaciones directas e indirectas, directas con respecto al tercerizador mismo, e indirectas con respecto al usuario cliente, anteriormente analizadas.

En consecuencia, las obligaciones del trabajador tercerizado frente al tercerizador son todas aquellas establecidas en el artículo 45 del Código del Trabajo, pero principalmente son:

1. Ejecutar el trabajo en los términos del contrato, con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, en la forma, tiempo y lugar convenidos, ésta última parte es de mucha importancia, ya que habilita al tercerizador a orientar –previo acuerdo con las partes interesadas- las condiciones del trabajo conforme a las circunstancias;
2. Restituir al empleador los materiales no usados y conservar en buen estado los instrumentos y útiles de trabajo;
3. Observar buena conducta durante el trabajo;
4. Cumplir las disposiciones del reglamento interno expedido en forma legal.
En este caso, el trabajador podría encontrarse sujeto a varios reglamentos internos, así estará sujeto permanentemente al reglamento interno de su tercerizadora, y eventualmente al reglamento interno del beneficiario de sus servicios;
5. Dar aviso al empleador cuando por causa justa faltare al trabajo;
6. Comunicar al empleador o a su representante los peligros de daños materiales que amenacen la vida o los intereses de empleadores o trabajadores;
7. Guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurra, directa o indirectamente, o de los que el tenga conocimiento por razón del trabajo que ejecuta.

En consecuencia, la obligación primera del trabajador es prestar sus servicios al tercero beneficiario de los servicios, porque éste fue justamente el objeto de su contratación.

15 DERECHOS DE LAS PARTES

Los derechos de las partes son la contrapartida de las obligaciones contraídas recíprocamente por ellas mismo. En consecuencia, los derechos y obligaciones contraídas recíprocamente son la causa del contrato de Tercerización Laboral, que dada su naturaleza genera obligaciones y derechos tripartitos directos e indirectos, de cuyo cumplimiento dependerá la cabal consecución de sus fines.

15.1 DE LA EMPRESA USUARIA

Es derecho esencial de la empresa usuaria o cliente de la tercerizadora exigir la prestación de servicios conforme se hubiere acordado en el correspondiente contrato.

Como es evidente, el empresario que recurrió a la contratación de personal por terceros tenía por objetivo además de contar con personal calificado, eximirse del cumplimiento de las obligaciones patronales establecidas por el Código del Trabajo, encargando a dichos terceros el cumplimiento de tales disposiciones, de modo que su actuación esté dentro del marco de la ley, tanto más si de dicho incumplimiento podrían derivarse responsabilidades para él.

Por tal razón, podemos decir que al usuario o beneficiario de los servicios le asisten ciertos derechos que le permiten asegurarse de que su contratado está cumpliendo con la ley y con el objeto del contrato. Estos no son más que el derecho de control y fiscalización para verificar si la actuación de su suministrador de servicios es regular, es decir si éste está legalmente autorizado por el Ministerio de Trabajo, si se sujeta a las disposiciones de Convenios Internacionales, del Código del Trabajo y demás cuerpos de ley, principalmente en lo tocante al pago de remuneraciones e inscripción y pago de aportes en los organismos de seguridad social, pudiendo requerir de su tercerizadora los documentos que confirmen el cumplimiento de tales prestaciones, e inclusive retener dicha documentación en su empresa para una eventual verificación de fiscalización estatal.

Ejercer este derecho es fundamental para las empresas usuarias, porque como se indicó anteriormente, si su prestador de servicios resultare insolvente, por disposición constitucional le corresponderá asumir solidaria y conjuntamente las obligaciones que éste no está en capacidad de cumplir.

De otro lado, la subordinación técnica que vincula a las empresas usuarias y a los trabajadores, habilita a las primeras a ejercer cierto poder de dirección sobre ellos, facultándolas a reglamentar las labores y la forma en que deben ser ejecutadas, pudiendo ordenar cuanto fuere necesario para la ejecución de las mismas, y si fuere preciso, prever sanciones disciplinarias que repriman acciones de incumplimiento o infracción, consideradas como tales en el Reglamento Interno legalmente aprobado, y que luego deberán ser comunicadas al tercerizador.

15.2 DEL TERCERIZADOR

El tercerizador tiene derecho a percibir una retribución económica o utilidad por la prestación de servicios a que se hubiere obligado como empleador de los trabajadores que suministra a sus clientes.

Existiendo disposición legal expresa que prohíbe el cobro de cualquier honorario o tarifa a los trabajadores, esta retribución económica sólo puede ser requerida a sus clientes o empresas usuarias. Por lo general, el monto de la comisión que va a percibir la tercerizadora es fijado por los contratantes, monto que en todo caso, no podrá exceder de los límites y condiciones establecidas por la Disposición General Segunda del Reglamento para el Funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones, tales son:

“La comisión que percibirán las Oficinas Privadas de Colocaciones por la prestación de sus servicios al público, siempre que hubiera formalizado una colocación con una estabilidad no menor de tres meses, será fijada por la Dirección Nacional o las Subdirecciones de Empleo y Recursos Humanos, y será satisfecha exclusivamente por el empleador, sin que en ningún caso pueda exceder de lo equivalente al 50 % del primer sueldo o salario mensual, por una sola vez”

Sobre el establecimiento de este límite en la fijación de la comisión que reciben las Oficinas Privadas de Colocaciones se consultó a una autoridad del Ministerio de Trabajo, quien manifestó que principalmente están sujetas a esta disposición las Oficinas Privadas de Colocaciones destinadas a vincular la oferta y demanda de trabajo y, que generalmente propician la suscripción de contratos de trabajo individuales. Sin embargo de lo dicho, esta disposición también es aplicable a las empresas tercerizadoras que generan relaciones

triangulares, sobre todo si manejan un considerable porcentaje de contratos en una misma empresa usuaria.

A pesar de que las partes en una relación civil o mercantil pueden acogerse al principio de libertad contractual y estipular las condiciones que a bien tuvieren, esta limitación se explica una vez más por la protección estatal de los derechos de los trabajadores, que en este caso es protegida indirectamente, porque el cobro excesivo de comisiones puede generar un encarecimiento de la mano de obra, y en consecuencia, su falta de demanda con resultados de desempleo. En todo caso, el tercerizador puede negociar con sus clientes dentro de los límites reglamentarios especificados.

En lo referente al acceso de información, el tercerizador tiene derecho a que le sea facilitada toda la información que sobre el mercado de trabajo tenga la autoridad pública, ya que de ello dependerá la integridad y objetividad en el cumplimiento del objeto de su actividad a nivel nacional.

Ahora bien, con respecto a los derechos que la calidad de empleador directo confiere al tercerizador, como se puntualizó en otra oportunidad, éste somete a su dependencia jurídica a los trabajadores contratados para prestar servicios a terceros, sin que ello le reste la potestad de dirigir el trabajo de sus contratados, potestad que la ejerce al transferir la prestación de sus servicios (de los trabajadores) a un tercero, -claro está- con el acuerdo previo del trabajador que consiente laborar bajo este régimen.

En consecuencia, si bien el objeto del tercerizador no va a ser beneficiarse directamente de la prestación de los servicios, por él contratados, sino cederlos a terceros, éste no pierde la facultad de exigir a sus trabajadores la observancia del reglamento interno legalmente aprobado, así como el cumplimiento de sus disposiciones, especialmente de aquellas que transfieran y modifiquen la ocupación del trabajador de un empleo a otro, si él expresamente hubiere consentido en ello, sin que pueda alegar cambio de ocupación, conocidas que son las características de este tipo de contratación.

15.3 DEL TRABAJADOR

El trabajador que labora bajo el régimen de contratación por terceros tiene los mismos derechos de un trabajador contratado directamente. La garantía de este principio ha sido consagrada en el texto de Convenios Internacionales, así como en la legislación interna de varios países.

Lamentablemente, en la práctica tal principio no ha sido respetado en su totalidad, y justamente la no observancia de derechos como la sindicalización o la contratación colectiva se ha tornado común y hasta admitida por los trabajadores que presionados por la falta de empleo acceden a uno que por lo menos les asegura un ingreso mensual.

El trabajador en relación de dependencia tiene derecho al pago de la remuneración que como se vio en el primer capítulo, puede ser estipulada por el acuerdo de las partes, por la ley, por el contrato colectivo, o por la

costumbre, entendiéndose que en todo caso, ésta no podrá ser inferior a la legalmente establecida para cada categoría de ocupación.

El monto de esta remuneración debe ser equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad. Si bien, las tercerizadoras cumplen pagando a sus trabajadores los sueldos establecidos por la ley, éstos no llegan al nivel del mercado, ni al nivel de los sueldos de los trabajadores de planta de la usuaria, cuyo percibo se ve incrementado por elementos propios de la estabilidad como la antigüedad; acción sindical, entre otros, situación que siendo legal no deja de ser injusta y discriminatoria. Tanto más si, en la práctica, es conocido que ciertas empresas tercerizadoras -principalmente vinculadas- pagan a sus trabajadores sueldos inferiores a los que percibe un trabajador contratado directamente, dentro de la misma ocupación, aunque para el pago de la remuneración de éste no se hubieran contemplado los parámetros derivados de la estabilidad.

Cabe anotar que, si la relación laboral tiene carácter eventual como es el caso de los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales, éstos no tendrán derecho a percibir remuneración durante el período de interrupción de la relación toda vez que, durante dicho lapso, el trabajador no pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo.

Otro derecho que asiste a los trabajadores tercerizados es el goce de los beneficios sociales contemplados por la Constitución Política, el Código del Trabajo y la Ley de Seguridad Social. La seguridad social debe ser integral y

cubrirá: seguro de enfermedad; seguro de maternidad; seguro de invalidez; seguro de muerte; seguro de riesgos profesionales y accidentes de trabajo, etc.

La Constitución Política de la República del Ecuador establece que todo trabajador tiene derecho a participar en las utilidades líquidas de la empresa para la cual presta servicios, en este caso, el trabajador sirve a dos empresas, siendo justo que participe en las utilidades de ambas, pero tal caso se da únicamente tratándose de trabajadores contratados por empresas tercerizadoras vinculadas a las empresas usuarias, en cuyo caso, conforme lo prescribe el artículo 100 del Código del Trabajo, el trabajador tendrá derecho a participar en las utilidades de ambas siempre que las utilidades del obligado directo (tercerizador) fueren inferiores a las de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio, caso en el cual se unificarán directamente tanto las del obligado directo como las del beneficiario del servicio, y sumando unas y otras se procederá al reparto.

Tratándose de trabajadores contratados por empresas tercerizadoras no vinculadas, éstos tendrán derecho a participar únicamente en las utilidades de su empleador directo.

Es el tercerizador quien debe satisfacer estos derechos, sin perjuicio de que por su incumplimiento o insolvencia se aplique la solidaridad prevista en el numeral 11 del artículo 35 de la Constitución, asumiendo tal obligación el usuario conjunta o separadamente del tercerizador.

No podemos olvidar las disposiciones del Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo, que consagra derechos para los trabajadores como:

1. Derecho a la libertad sindical y derecho a la negociación colectiva;
2. Derecho a recibir trato igual en el acceso al empleo, prohibiéndose todo tipo de discriminación por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, edad, discapacidad, etc. Sin embargo, aquellos trabajadores desfavorecidos tendrán derecho a un trato más ventajoso y a recibir servicios especiales;
3. Derecho a que la información y datos personales que suministren a las agencias de empleo privadas sean utilizados únicamente para cuestiones relativas a la calificación y experiencia profesional, de manera que dichos datos deben estar protegidos para asegurar el respeto a la vida privada de los trabajadores;
4. Derecho a acceder a los servicios de intermediación gratuitamente;
5. Derecho a presentar quejas si se presentaren abusos y prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las Agencias de Empleo Privadas;
6. Derecho a recibir del Estado la protección adecuada en materia de: libertad sindical; negociación colectiva; salarios mínimos; tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo; prestaciones de seguridad social obligatorias; acceso a la formación; seguridad y salud en el trabajo; indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional; indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales;

protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales.

En otros países como Colombia, se ha previsto que el trabajador tercerizado participe de los beneficios establecidos por el usuario para sus trabajadores de planta, sobre todo si el trabajo se efectúa en sus instalaciones, como son el transporte, la alimentación y recreación. Adicionalmente, el trabajador tiene derecho a recibir una compensación monetaria por vacaciones y prima de servicios proporcional al tiempo laborado, cualquiera que éste sea.

16 EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO DE TERCERIZACIÓN

La relación de trabajo de Tercerización se extingue por las mismas causales que ponen fin a una relación de trabajo común.

De conformidad con el artículo 169 del Código del Trabajo, las principales causas que dan por terminado un vínculo laboral son:

1. Por las causas legalmente previstas en el contrato, en este caso, si en el contrato de Tercerización se han especificado las causales que le dan fin, una vez que éstas sean verificadas procederá la terminación de la relación laboral, sin necesidad de más formalidades que las ya previstas en el contrato;

2. Por acuerdo de las partes, como es lógico suponer, si las partes de mutuo acuerdo pueden generar obligaciones recíprocas, también pueden de consuno expresar su voluntad de dar por terminada la relación laboral en cualquier momento;
3. Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato. Si el objeto del contrato de trabajo ha sido la ejecución de una obra o la prestación de un servicio durante un tiempo determinado, es obvio que, de la conclusión de la obra o del vencimiento del período de prestación de servicios dependerá la terminación del vínculo contractual. Este sería el caso de los contratos por obra cierta, considerados como tales siempre que no sean habituales en la actividad de la empresa o empleador; y, de los contratos eventuales, ocasionales y de temporada destinados a satisfacer exigencias circunstanciales de la empresa, por lo que, su duración está limitada y supeditada a la extinción de las circunstancias que lo generaron. En este caso, las empresas tercerizadoras de servicios temporales contratarán personal sólo cuando exista demanda de sus clientes, y por el tiempo que éstos requieran;
4. Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiera representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio. Si la actividad de la empresa o negocio continuare a cargo del cesionario o comprador, éstos estarán obligados a cumplir los contratos de trabajo de su antecesor;
5. Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo;
6. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en

general cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar;

7. Por voluntad del empleador en los casos del artículo 172, es decir, por Visto Bueno, entendido como la resolución de la autoridad competente que habilita al empleador a dar por terminada la relación o contrato laboral unilateralmente antes de su vencimiento.

El citado artículo 172 determina las causas por las cuales el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo, previo visto bueno:

- a) Por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo o por abandono de éste por un tiempo mayor de tres días consecutivos, sin causa justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un período mensual de labor;
- b) Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados;
- c) Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador;
- d) Por injurias graves irrogadas al empleador, su cónyuge, ascendientes o descendientes, o a su representante;
- e) Por ineptitud manifiesta del trabajador, respecto de la ocupación o labor para la cual se comprometió;
- f) Por denuncia injustificada contra el empleador respecto de sus obligaciones en el Seguro Social. Mas, si fuere justificada la denuncia, quedará asegurada la estabilidad del trabajador, por dos años, en trabajos permanentes; y,
- g) Por no acatar las medidas de seguridad, prevención e higiene exigidas por la ley, por sus reglamentos o por la autoridad competente; o por

contrariar, sin debida justificación, las prescripciones y dictámenes médicos.

La incursión en alguna de estas faltas precisa de una relación directa entre el trabajador y el empleador beneficiario de los servicios, que en este caso es el usuario, pero como éste no es jurídicamente el empleador de quienes comprometen fuerza de trabajo a su favor, no puede ejercer directamente el derecho a solicitar el visto bueno de los infractores, por lo que, tendrá que dirigir su queja al tercerizador que le suministró dicho trabajador para que lo retire de sus servicios, y sólo a éste le corresponderá plantear la acción de visto bueno.

8. Por voluntad del trabajador según el artículo 173. El trabajador también podrá dar por terminado unilateralmente el vínculo laboral antes de su vencimiento, previa resolución de la autoridad del trabajo, en los siguientes casos:

- a) Por injurias graves inferidas por el empleador, sus familiares o representantes al empleador, su cónyuge, ascendientes o descendientes;
- b) Por disminución o por falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración pactada; y,
- c) Por exigir el empleador que el trabajador ejecute una labor distinta de la convenida, salvo en los casos de urgencia previstos en el artículo 52. Por este motivo, es importante señalar expresamente en el contrato de trabajo de Tercerización que el trabajador consiente en los cambios de ocupación a que hubiere lugar mientras dure el vínculo laboral con la tercerizadora que lo contrató para prestar servicios a diferentes usuarios en distintas ocupaciones, siempre

que dichos cambios no impliquen disminución de categoría ni mengua en su remuneración.

Si el trabajador obtuviere el visto bueno a su favor tendrá derecho a reclamar las indemnizaciones que en caso de despido intempestivo prevé el Código del Trabajo.

9. Por desahucio. El desahucio no es más que el aviso con que una de las partes hace saber a la otra que su voluntad es la de dar por terminado el contrato. Para que este aviso surta efectos legales, debe cumplir las condiciones previstas por los artículos 184 y 185 del Código del Trabajo, que tratándose de contratos de trabajo a plazo fijo dispone:

“En los contratos a plazo fijo, cuya duración no podrá exceder de dos años no renovables, su terminación deberá notificarse cuando menos con treinta días de anticipación, y de no hacerlo así, se convertirá en contrato por tiempo indefinido”

Adicionalmente, a la solicitud de desahucio presentada por el empleador o por el trabajador, el empleador bonificará al trabajador con el veinticinco por ciento del equivalente a la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio prestados a la misma empresa o empleador. El inciso segundo del artículo 185 prevé que el plazo que el trabajador tiene para presentar su solicitud de desahucio es de quince días.

El desahucio también ha sido previsto para el caso de liquidación definitiva del negocio, ya que el empleador tiene la obligación de comunicar a sus trabajadores tal circunstancia con una anticipación de treinta días y pagar la bonificación a que se hizo referencia en el párrafo anterior. El tercer inciso del artículo 193 del Código del Trabajo, prevé además que si el empleador reabriere la misma empresa o negocio dentro

del plazo de un año, sea directamente o por interpuesta persona, está obligado a admitir a los trabajadores que le servían, en las mismas condiciones que antes o en otras mejores.

El texto del artículo 169 del Código del Trabajo no ha contemplado otras formas de extinguir la relación de trabajo, como son el despido intempestivo y el abandono intempestivo, que son formas unilaterales irregulares de dar por terminado el vínculo contractual laboral sin que exista motivo legal alguno para ello, o que existiendo éste no se hubiere practicado el procedimiento previsto en la ley. Por esta terminación ilegal de la relación laboral, el despido y abandonado (trabajador y empleador respectivamente) tienen derecho a exigir el pago de las indemnizaciones que para tal efecto y según el caso han establecido los artículos 181, 185, 188, 189 y 190 del Código del Trabajo. El pago de tales indemnizaciones podría incrementarse por varias situaciones, como son el despido de una mujer embarazada, el despido de un dirigente sindical, entre otros.

Cabe anotar que los trabajadores que habiendo solicitado un empleo en una empresa tercerizadora, únicamente consten en su base de datos todavía no pueden considerarse inmersos en una relación laboral de dependencia, por lo tanto, no cabe hablar de derechos y obligaciones recíprocas, mucho menos de la extinción de la misma. Lo que existe es una posibilidad de contratación supeditada a los requerimientos de las empresas usuarias clientes de la tercerizadora.

CAPITULO V

PROPUESTA DE REGLAMENTO DE TERCERIZACIÓN

LABORAL

17 JUSTIFICACIÓN

El acercamiento de la oferta y demanda de empleo en sus distintas formas, no es un fenómeno nuevo, de la larga tradición de abusos y rechazos ha devenido en una actividad prácticamente aceptada, cumpliendo un importante papel en el mercado laboral moderno al ser el medio que vincula a quienes ofertan y demandan trabajo, y de este modo, ser parte importante en la lucha por eliminar el desempleo impulsando la flexibilización y la dinamia en las relaciones laborales.

Mucho tiempo ha tenido que pasar para que el tema de la Intermediación y Tercerización Laboral sea discutido en el ámbito internacional, para finalmente ser aceptado con cierta reserva por la Organización Internacional del Trabajo, Organismo que habiendo revisado Convenios anteriores totalmente opuestos al régimen de contratación por terceros expidió uno nuevo en 1997, cuyo objetivo primordial fue: “permitir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, así como la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios, en el marco de sus disposiciones”

Por este Convenio, la Organización Internacional del Trabajo instó a sus suscriptores a adoptar las medidas necesarias que aseguren el efectivo cumplimiento de las garantías laborales debidas a todo trabajador.

A partir de entonces, la situación de los trabajadores contratados por terceros ha cambiado, sin duda el progreso ha sido evidente, pero no al nivel deseable ni absolutamente justo, mucho menos en aquellos países donde el Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Agencias de Empleo Privadas no fue ratificado alegando suficiencia de normativa legal al respecto, como fue el caso de Ecuador.

De esta forma, se dijo que, para regular el funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones, en el Ecuador, existía el “Reglamento para el Funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones” (expedido en marzo de 1998), mismo que instituía como órgano controlador de las mismas a la Dirección y Subdirecciones de Empleo y Recursos Humanos del Ministerio Trabajo y Recursos Humanos.

Este Reglamento estableció entre otras cosas requisitos formales inscripción, prohibiciones y una que otra obligación para las Oficinas Privadas de Colocaciones, definición dentro de la cual se encuentran comprendidos no sólo quienes formalizan un contrato de trabajo directo entre empleadores y trabajadores, sino quienes actúan en calidad de empleadores, para brindar servicios de personal a terceras personas, sin que sea posible a nuestro criterio aplicar el mismo régimen jurídico a instituciones que cumplen finalidades diferentes y más complejas en cada caso.

Razón por la cual, el Reglamento en mención no es suficientemente claro y completo ya que, no cubre todo el espectro de las relaciones laborales que pudieren derivarse de la contratación de mano de obra en beneficio de terceros.

Esta falta de precisión ha dado lugar a muchos vacíos legales que han sido suplidos con normas y políticas internas de las empresas tercerizadoras o con la práctica común no siempre ajustada a Derecho, y en consecuencia, poco propicia para garantizar equilibrio e igualdad entre trabajadores contratados directamente y trabajadores tercerizados, como se ha demostrado en la práctica.

El trabajador envuelto en una relación triangular de trabajo, es pues, susceptible de mayores abusos. Por ello es que, la legislación que regule el desenvolvimiento de las empresas tercerizadoras debe ser más exigente dado que, éstas como empleadores directos de los trabajadores que suministran deben profesionalizarse y cumplir con las obligaciones que la Constitución y el Código del Trabajo asignan a todo empleador, y ello sólo se consigue con el establecimiento de reglas claras que determinen su capacidad y actuación dentro del mercado de trabajo al cual sirven.

La propuesta de creación de un Reglamento para el Funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones y de las Empresas de Tercerización Profesional tiene por finalidad regular derechos reconocidos constitucionalmente a todo trabajador, pero que en la práctica han sido generalmente inobservados, llegando a encasillar a los trabajadores

tercerizados dentro de otra categoría, a la cual: “Se le reconocen todos los derechos de un trabajador normal, excepto los de sindicalización y negociación colectiva”. Exclusión que no tiene fundamento legal, tanto más si las garantías establecidas en el artículo 35 de la Constitución Política de la República son aplicables a los trabajadores en general, y más bien, se ha querido dar una mayor garantía al trabajador que habiendo sido contratado por un tercero presta servicios a otro, estableciendo la responsabilidad solidaria entre el tercerizador y el usuario de los servicios.

Las irregularidades cometidas y la falta de reconocimiento de los derechos laborales a los trabajadores tercerizados evidencia la importancia de plantear un Reglamento que delinee y limite la contratación laboral por terceros, con el objetivo de que ésta sea una institución plenamente jurídica, pero sobre todo justa, ya que sólo el establecimiento de reglas claras dará relevancia al cumplimiento de las garantías consagradas en la Constitución, Tratados Internacionales, Código del Trabajo y demás normas legales aplicables.

Frente a la necesidad de evitar la inobservancia de los derechos laborales a través de la correspondiente regulación estatal, siempre surge la pregunta de si es correcto que el Estado siga regulando este tipo de relaciones cuando la tendencia actual es hacer que el mismo actúe lo menos posible en las relaciones de los particulares; sin embargo, dada la naturaleza desigual de las relaciones laborales, -más aún de las abordadas a lo largo del presente estudio-, me inclino por la posición de establecer reglas mínimas que

subsanen las diferencias existentes y hagan de estas relaciones algo más equilibrado y ajustado al Derecho Social del Trabajo.

En consecuencia, el Reglamento que más adelante se propone, en forma alguna se opone al Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, por el contrario busca su legitimación y efectivo cumplimiento.

18 REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LAS OFICINAS PRIVADAS DE COLOCACIÓN Y DE LAS EMPRESAS DE TERCERIZACIÓN PROFESIONAL

Gustavo Noboa Bejarano

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

Considerando:

Que el trabajo es un derecho y un deber social que goza de la protección del Estado;

Que es deber del Estado propender a eliminar la desocupación y subocupación;

Que es deber del Estado garantizar la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, y adoptar las medidas para su ampliación y mejoramiento;

Que los derechos del trabajador son irrenunciables;

Que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho de organización de los trabajadores y empleadores y su libre desenvolvimiento, sin autorización previa y conforme a la ley;

Que es deber del Estado garantizar la contratación colectiva;

Que, en toda relación de trabajo, 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;

Que los principios constitucionales enunciados son el sustento del Derecho Social del Trabajo aplicables a toda relación de trabajo;

Que habiendo surgido nuevas formas de contratación laboral como la Intermediación y la Tercerización, es deber del Estado precautelar que en el ejercicio de las referidas Intermediación y Tercerización Laborales, los derechos de los trabajadores consagrados en su Norma Suprema sean observados;

Que la Intermediación y Tercerización constituyen un mecanismo útil para responder a criterios de flexibilidad, productividad y competitividad en el mercado laboral;

Que siendo una importante alternativa de empleo requiere de regulación estatal para cumplir sus fines sin descuidar los derechos fundamentales de los trabajadores, constitucionalmente garantizados;

Que es competencia del Ministerio del Trabajo y Recursos Humanos, a través de la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos la ejecución y aplicación de la política de empleo;

Que es deber de la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos autorizar y controlar el funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones, de conformidad con el Art. 566 del Código del Trabajo;

Que el inciso segundo del Art. 567 del mismo cuerpo legal, establece la supervisión de las Oficinas Privadas de Colocaciones;

Que es necesario expedir un Reglamento Sustitutivo del Decreto Ejecutivo No. 1232, publicado en el Registro Oficial No. 285 del 27 de marzo de 1998, con el propósito de garantizar un correcto y eficiente funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones y de las Empresas de Tercerización Profesional.

En ejercicio de las atribuciones que le otorga la Constitución y la Ley,

Decreta:

**REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LAS
OFICINAS PRIVADAS DE COLOCACIÓN Y DE LAS
EMPRESAS TERCERIZADORAS**

CAPÍTULO I

DEFINICIÓN Y ÁMBITO DE COMPETENCIA

Art. 1.- El presente Reglamento regula el funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones, y de las Empresas de Tercerización Profesional, así como las relaciones laborales que deriven de su actividad.

Art.2.- La Dirección Nacional y las Subdirecciones de Empleo y Recursos Humanos del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, dentro de su jurisdicción, a través de sus Departamentos de Colocaciones y Migraciones Laborales, tendrán a su cargo el control y la vigilancia de las Oficinas Privadas de Colocaciones y de las Empresas de Tercerización Profesional.

CAPITULO II

DE LAS OFICINAS PRIVADAS DE COLOCACIONES

Art. 3.- Las Oficinas Privadas de Colocaciones son personas naturales o jurídicas destinadas a prestar servicios de intermediación laboral, vinculando la oferta y demanda de empleo al propiciar la formalización de un contrato de trabajo o proveer de información de las ofertas de trabajo, sin que por ello entren a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse de su actuación.

De los requisitos para el otorgamiento del permiso de funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones.-

Art. 4.- Las personas naturales o jurídicas que vayan a establecer una Oficina Privada de Colocaciones deben obtener el permiso de funcionamiento, otorgado por la Dirección Nacional o las Subdirecciones de Empleo y Recursos Humanos del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Solicitud dirigida al Director Nacional o a los Subdirectores de Empleo y Recursos Humanos, de la respectiva jurisdicción, en la que deberá constar:
 - a) Nombre de la persona natural o del representante legal de la persona jurídica solicitante;
 - b) Razón social;
 - c) Domicilio;
2. Copia de la escritura de constitución de la compañía y nombramiento del representante legal debidamente legalizado.

En caso de ser persona natural, se deberá presentar:

- a) Original y copia de la cédula de ciudadanía;
 - b) Original y copia del certificado de votación del último proceso electoral;
y,
 - c) Certificado de antecedentes personales.
3. Estudio socio económico del sector donde vaya a operar la oficina, que justifique la necesidad de su funcionamiento;
 4. Descripción de los tipos de ocupación en los que intermediará;
 5. Copia del Registro Único de Contribuyentes (RUC);
 6. Documentación que acredite que el solicitante se encuentra al día en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y de seguridad social;
 7. Nómina del personal con que contará la oficina, adjuntando los respectivos contratos y la función que desempeñarán;
 8. Demostrar que cuenta con infraestructura física y humana para garantizar su eficiente funcionamiento;
 9. La persona responsable de la administración de la oficina deberá acreditar tener instrucción superior, de preferencia en psicología industrial o ramas afines.

Art. 5.- Trámite.- La solicitud de permiso de funcionamiento y la documentación referida en el artículo anterior deberá ser presentada en las Oficinas del Departamento de Colocaciones y Migraciones Laborales del Ministerio del Trabajo y Recursos Humanos para el análisis correspondiente.

Cuando la solicitud no cumpliera los requisitos exigidos en el artículo precedente, o no se acompañasen los documentos allí citados, se requerirá a la persona natural o jurídica para que proceda a la subsanación de la falta o a la aportación de los documentos en cuestión, en un plazo de diez días, indicándole que, de no hacerlo así, se tendrá por desistida su solicitud y que será archivada sin más trámite.

Una vez analizada la documentación, un funcionario del Departamento de Colocaciones procederá a realizar una inspección a fin de constatar la idoneidad de la infraestructura física de la Oficina, así como que los hechos constantes en la documentación recibida sean ciertos.

Con la solicitud e inspección efectuada, el Departamento de Colocaciones y Migraciones Laborales deberá emitir un informe razonado por el que se concederá o negará el permiso de funcionamiento.

El plazo de emisión del informe no podrá exceder de dos meses contados a partir de la recepción de la solicitud.

Art. 6.- El plazo de duración del permiso inicial será de dos años, plazo que será prorrogable por dos años más, si tres meses antes de su término, la Oficina Privada de Colocaciones así lo solicita.

El Departamento de Colocaciones y Migraciones Laborales analizará dicha solicitud verificando que subsistan las condiciones y requisitos que dieron lugar al permiso, así como el cabal cumplimiento de las disposiciones legales y de este Reglamento, y se pronunciará sobre la concesión de la prórroga solicitada, con un mes de antelación a la fecha de terminación del plazo concedido en la misma, mediante resolución motivada.

Al término del cuarto año, y mediante el procedimiento establecido en este artículo, el permiso podrá convertirse en indefinido, estando, en todo caso, sujeto al cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en el presente Reglamento.

De las obligaciones de las Oficinas Privadas de Colocaciones.-

Art. 7.- Las Oficinas Privadas de Colocaciones, debidamente autorizadas llevarán un registro organizado de las solicitudes de empleo, y de las personas que hubieren sido colocadas, debiendo adicionalmente llevar una ficha especial de seguimiento del personal colocado por ellos.

Art. 8.- Las Oficinas Privadas de Colocaciones, están obligadas a presentar ante la Dirección Nacional o las Subdirecciones de Empleo y Recursos Humanos, semestralmente, o cuando fueren requeridos por éstas, informes de

sus actividades, en los que se incluirán los datos señalados en el artículo precedente.

De las sanciones a las Oficinas Privadas de Colocaciones.-

Art. 9.- Las Oficinas Privadas de Colocaciones, que no presentaren el informe semestral, al que hace referencia el artículo 8, serán sancionadas por el Director Nacional de Empleo y Recursos Humanos con una multa de hasta mil dólares de los Estados Unidos.

Art. 10.- Las Oficinas Privadas de Colocaciones que estuvieren funcionando, sin la respectiva autorización, serán sancionadas por el Director Nacional de Empleo y Recursos Humanos con una multa de hasta dos mil dólares, y con la respectiva clausura, particular que será comunicado al Intendente General de Policía a fin de que proceda a la clausura del establecimiento, hasta que éste regularice la situación que dio lugar a la sanción.

Art. 11.- En caso de violación grave de las disposiciones legales o reglamentarias, la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos, y las Subdirecciones, luego del respectivo trámite podrán suspender o cancelar definitivamente el permiso otorgado, y prohibir su funcionamiento, hecho que deberá comunicarse al Intendente General de Policía a fin de que se proceda a la clausura del establecimiento, sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiere lugar.

Art. 12.- Las Oficinas Privadas de Colocaciones que han sido objeto de sanción por parte de la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos y

las Subdirecciones, podrán apelar dicha resolución, dentro del término de seis días siguientes a la fecha de su notificación, en última y definitiva instancia ante el Subsecretario de Recursos Humanos.

CAPITULO III

DE LAS EMPRESAS DE TERCERIZACIÓN PROFESIONAL

Art. 13.- Son Empresas de Tercerización Profesional las personas jurídicas con fines de lucro que vinculan la oferta y demanda de empleo, contratando personal bajo su dependencia para ponerlo a disposición de terceros (en adelante Empresa Usuaria), en tareas eventuales, permanentes, o por horas.

Las Empresas de Tercerización Profesional podrán también prestar otros servicios relacionados con el empleo como la formación y capacitación de trabajadores.

Art. 14.- Las Empresas de Tercerización Profesional son vinculadas y no vinculadas.

Empresa Tercerizadora Vinculada es aquella que aún hallándose constituida en forma independiente, conforma una unidad económica dependiente de otra u otras, por la integración de su capital o su dirección administrativa, cuya finalidad se circunscribe al suministro de trabajadores a aquella o aquellas de las cuales se desprende.

Empresa Tercerizadora no Vinculada es aquella que teniendo infraestructura física, administrativa y financiera propia, no tiene relación alguna con el beneficiario del servicio, y en consecuencia es totalmente independiente de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio, y que puede proporcionar el servicio de Tercerización a varias personas naturales o jurídicas no relacionados entre sí por ningún medio.

De los requisitos para el otorgamiento del permiso de funcionamiento de las Empresas de Tercerización Profesional.-

Art. 15.- Sólo las personas jurídicas podrán establecerse a futuro y las existentes mantenerse en funcionamiento, dentro de su actividad de Empresas de Tercerización Profesional, cuando su objeto social reflejado en sus respectivos estatutos, se concrete a las finalidades especificadas en el artículo 13 de este Reglamento. Para el efecto deberán obtener por una sola vez el permiso de funcionamiento en la Dirección Nacional o en las Subdirecciones de Empleo y Recursos Humanos del Ministerio del Trabajo y Recursos Humanos.

Art. 16.- Para otorgar el permiso de funcionamiento, la Dirección Nacional y las Subdirecciones de Empleo y Recursos Humanos del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, deberán exigir a las Empresas de Tercerización Profesional, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Solicitud dirigida al Director Nacional o Subdirector de Empleo y Recursos Humanos, de la respectiva jurisdicción, en la que deberá constar:
 - a) Nombre del representante legal de la persona jurídica solicitante;

- b) Razón social, y;
 - c) Domicilio.
2. Copia certificada de la escritura pública de la constitución de la compañía, con la razón de hallarse inscrita en el Registro Mercantil del cantón de su domicilio principal y con la constancia de la resolución de la Superintendencia de Compañías, en la que se aprobó la misma;
 3. Copia certificada del nombramiento de los administradores de la compañía que individual o conjuntamente ejerzan la representación legal, documento que debe estar debidamente inscrito en el Registro Mercantil;
 4. Determinación de los objetivos en los que concentrará su actividad, ciñéndose a lo expresado en este Reglamento;
 5. Estudio socioeconómico del sector, en el cual la empresa vaya a ejercer sus actividades, que justifique la necesidad de su funcionamiento;
 6. Copia certificada del Registro Único de Contribuyentes (RUC);
 7. Copia certificada del número patronal asignado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) para la Empresa de Tercerización Profesional;
 8. Documentación que acredite que el solicitante se encuentra al día en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social;
 9. Copia de la póliza de fiel cumplimiento de obligaciones laborales, póliza que deberá cubrir la totalidad de las obligaciones laborales frente a cualquier eventualidad, misma que deberá haberse suscrito con una compañía aseguradora de reconocido prestigio;
 10. Copia certificada de la patente municipal del cantón correspondiente al domicilio principal de la Empresa de Tercerización Profesional; y,

11. La persona responsable de la administración de la oficina, deberá tener instrucción superior, de preferencia en psicología industrial o ramas afines, profesión que se acreditará con la presentación de los correspondientes títulos.

El Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos no podrá requerir de sus solicitantes más documentos y requisitos de los aquí determinados.

Art. 17.- Trámite.- La solicitud para obtener el permiso de funcionamiento y la documentación referida en el artículo anterior deberá ser presentada en las Oficinas del Departamento de Colocaciones y Migraciones Laborales del Ministerio del Trabajo y Recursos Humanos para el análisis correspondiente.

Cuando la solicitud no cumplierse los requisitos exigidos en el artículo precedente, o no se acompañasen los documentos allí citados, se requerirá a la entidad o institución para que proceda a la subsanación de la falta o a la aportación de los documentos en cuestión, en un plazo de diez días, indicándole que, de no hacerlo así, se tendrá por desistida su solicitud y que será archivada sin más trámite.

Una vez analizada la documentación, un funcionario del Departamento de Colocaciones procederá a realizar una inspección a fin de constatar la idoneidad de la infraestructura física de la Oficina, así como que los hechos constantes en la documentación recibida sean ciertos.

Con la solicitud e inspección efectuada, el Departamento de Colocaciones y Migraciones Laborales deberá emitir un informe razonado por el que se concederá o negará el permiso de funcionamiento.

El plazo de emisión de dicho informe no podrá exceder de tres meses contados a partir de la recepción de la solicitud.

De las obligaciones de las Empresas de Tercerización Profesional.-

Art. 18.- Las Empresas de Tercerización Profesional están obligadas a:

1. Exhibir permanente en sus carteleras el permiso de funcionamiento otorgado por el Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos;
2. Presentar cuando le fuere requerido por las autoridades del trabajo el contrato suscrito entre la Empresa de Tercerización Profesional y sus clientes (Empresas Usuarias);
3. Llevar un registro del personal contratado por ellas. En el que deberá especificarse:
 - a) Identificación del trabajador;
 - b) Nombre de la Empresa Usuaria en la que el trabajador está prestando sus servicios eventual o permanentemente;
 - c) Tiempo de duración del contrato de trabajo;
 - d) Roles de pago del personal contratado; y,
 - e) Recibo de pago de los aportes patronales al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
4. Presentar semestralmente ante la Dirección Nacional y las Subdirecciones de Empleo y Recursos Humanos, informes de sus actividades.

5. Renovar periódicamente la póliza a que hace referencia el numeral 9 del artículo 16 del presente Reglamento.

Art. 19.- Igualdad de trato y no discriminación respecto de los empleados

de la Empresa Usuaria.- La Empresa de Tercerización tiene la obligación de velar porque la remuneración y las condiciones de trabajo del trabajador empleado a través de las modalidades previstas en el presente Reglamento no sean inferiores a las existentes para tareas iguales en la Empresa Usuaria. En consecuencia, el sueldo o salario que perciba un trabajador tercerizado de ninguna manera podrá ser inferior al que recibe un empleado de la Empresa Usuaria que desempeñe la misma actividad.

Art. 20.- Las Empresas de Tercerización Profesional no podrán suministrar trabajadores a una Empresa Usuaria con el fin de reemplazar a los trabajadores de ésta que se encuentren en huelga.

De las regulaciones para el contrato de Tercerización Laboral permanente.-

Art. 21.- Prohíbese mantener trabajadores permanentes contratados bajo esta modalidad, por un número que exceda al treinta por ciento del total de los trabajadores contratados directamente por la Empresa Usuaria, tratándose de trabajadores contratados por Empresas Tercerizadoras no Vinculadas, y cuarenta por ciento del total de trabajadores contratados directamente por la Empresa Usuaria, tratándose de trabajadores contratados por Empresas Tercerizadoras Vinculadas.

La violación de los porcentajes indicados en el inciso anterior dará lugar a que se configure una relación de trabajo directa entre la Empresa Usuaria y el excedente de trabajadores del porcentaje indicado, de acuerdo al orden de antigüedad de los trabajadores así contratados.

Las autoridades de trabajo tendrán la facultad de verificar en cualquier momento el cumplimiento del porcentaje máximo establecido.

Art. 22.- La prohibición contemplada en el artículo anterior no será aplicable a las Empresas Usuaras que inicien actividades económicas, dentro del primer año de su funcionamiento, al término del cual deberá observar lo dispuesto en el mismo.

Art. 23.- Los trabajadores permanentes de Empresas Tercerizadoras Vinculadas y no Vinculadas que hubieran laborado más de un año para la misma Empresa Usuaria tendrán derecho a afiliarse a la Organización Sindical que represente a los trabajadores de la Empresa Usuaria, así como participar en las negociaciones colectivas del organismo sindical que represente a la Empresa Usuaria en la cual preste sus servicios.

Los trabajadores permanentes de empresas tercerizadoras no vinculadas que hubieren laborado más de un año para la misma empresa usuaria, tendrán derecho, en todo caso a que su empleador directo les reconozca beneficios similares a los que la Organización Sindical de la empresa usuaria otorga a sus afiliados, siempre que no les hubiera sido reconocido el beneficio señalado en el inciso anterior.

De las Sanciones a las Empresas de Tercerización Profesional.-

Art. 24.- Las empresas de cualquier carácter o denominación, que pretendieran actuar o actuaren por sí encubiertamente, como Empresas de Tercerización Profesional, o por cualquier medio invocaren, indujeren, o publicaren esa calidad sin haber obtenido el permiso de funcionamiento establecido por este Reglamento, o lo hicieran después de haber sido revocada su concesión, serán sancionadas con una multa de mil a cinco mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, pudiendo apelarse esta sanción ante el Ministro de Trabajo y Recursos Humanos, dentro del término de seis días siguientes a la fecha de su notificación, cuya resolución causará ejecutoria.

Art. 25.- Las Empresas de Tercerización Profesional, que cobren directa o indirectamente alguna suma de dinero a los trabajadores por su inscripción, contratación o mantenimiento en el servicio, o que incumplan con lo dispuesto en el Código del Trabajo y Ley del Seguro Social Obligatorio, en cuanto a los derechos laborales, serán sancionadas, en cada caso, con una multa de hasta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, previa la comprobación plena de esta infracción en trámite administrativo, dentro del ámbito de su respectiva jurisdicción, y con la cancelación del permiso de funcionamiento, sin que pueda ser nuevamente habilitada. Esta resolución se podrá apelar, dentro del término de seis días siguientes a la fecha de su notificación, ante el Ministro de Trabajo y Recursos Humanos, cuya resolución causará ejecutoria.

Art. 26.- La Dirección Nacional y las Subdirecciones de Empleo y Recursos Humanos del Ministerio de Trabajo, podrán inspeccionar de oficio como

mínimo una vez al año los archivos de las Empresas de Tercerización Profesional, con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones del Código del Trabajo y de las normas de este Reglamento. Podrán así mismo solicitar al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social la información relativa a afiliación y pago de los aportes a dicho Instituto, en cualquier momento.

La negativa o rebeldía de las empresas a permitir o facilitar las inspecciones, serán sancionadas en cada caso, con multa de hasta mil dólares. Esta sanción se podrá apelar dentro del término de seis días siguientes a la fecha de notificación, ante el Ministro de Trabajo y Recursos Humanos, cuya resolución causará ejecutoria.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- Las Comisiones que perciban las Empresas de Tercerización Profesional y las Oficinas Privadas de Colocaciones, por la prestación de sus servicios a los usuarios, serán satisfechas exclusivamente por el empleador beneficiario del servicio, sin que pueda cobrarse a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa.

Tendrán derecho al cobro de comisiones las Oficinas Privadas de Colocaciones y Empresas de Tercerización Profesional que hubieran formalizado una colocación o la ejecución de un contrato de trabajo con una estabilidad no menor de tres meses. La comisión a percibir en ningún caso podrá exceder del equivalente al 50 % del primer sueldo o salario mensual.

SEGUNDA.- Todo contrato de trabajo de Tercerización deberá celebrarse por escrito, legalizarse y registrarse en la Inspección del Trabajo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Código del Trabajo.

TERCERA.- Tanto las Oficinas Privadas de Colocaciones como las Empresas de Tercerización Profesional tienen la obligación de proteger los datos personales de sus oferentes de empleo, utilizando dicha información únicamente para cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional y a cualquier otra información directamente pertinente.

CUARTA.- Las Oficinas Privadas de Colocaciones y las Empresas de Tercerización Profesional están obligadas a garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad de oportunidades y de trato en el acceso al empleo.

QUINTA.- El Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, a través del Departamento de Colocaciones y Migraciones Laborales está en la obligación de reprimir toda práctica desleal en materia de publicidad y anuncios engañosos de oferta de empleo.

SEXTA.- La Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, conformará un registro especial de las Oficinas Privadas de Colocaciones y de las Empresas de Tercerización Profesional, donde se concentrará la información de los expedientes de solicitudes relacionadas con los permisos de funcionamiento, concedidos o

rechazados, los resultados de las inspecciones, así como las violaciones de las normas del presente Reglamento.

SÉPTIMA.- La Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 26 de este Reglamento, por denuncia o cuando lo considere necesario, podrá disponer se realicen inspecciones para verificar el correcto funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones y de las Empresas de Tercerización Profesional.

OCTAVA.- Con el fin de mantener un control estadístico centralizado, las Subdirecciones de Empleo y Recursos Humanos, deberán remitir anualmente a la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos un informe detallado de los Permisos de Funcionamiento de las Empresas de Tercerización Profesional, y de las de las Oficinas Privadas de Colocaciones, que hubieren concedido y un resumen de los datos indicados en los artículos 8 y 18, numeral 4 del presente Reglamento.

El presente Decreto entrará en vigencia a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial y de su ejecución encárguese al Señor Ministro de Trabajo y Recursos Humanos.

Dado en el Palacio Nacional, en Quito, a ...

CONCLUSIONES

1. Desde hace mucho tiempo atrás, en la sociedad han existido formas de vincular la oferta y la demanda de trabajo como la Intermediación y la Tercerización, formas que en principio fueron rechazadas y en consecuencia poco desarrolladas. En la actualidad, se ha dimensionado la importancia y desarrollo de tales figuras, como respuesta a la creciente globalización y flexibilización de los mercados laborales.
2. La vinculación de la oferta y demanda de empleo se puede presentar en tanto en la formación y constitución del contrato de trabajo como en la ejecución del mismo. En el primer caso se denomina Intermediación, y en el segundo Tercerización.

La diferencia entre Intermediación y Tercerización radica en la función confiada al sujeto respecto de la formación y conclusión del negocio, por una parte, y por otra, en la naturaleza material o substancial de la actividad que desempeñan. La función del intermediario es material y accesoria a la formación de la relación laboral porque una vez que vincula a los contratantes, dándoles a conocer las opciones del mercado de trabajo o formalizando un contrato de trabajo, deja de intervenir en la relación jurídica que propició. El tercerizador, en cambio, desarrolla una actividad sustancial constituyéndose en parte del negocio jurídico, interponiéndose al empleador ya que le suministra personal por su cuenta.

3. La Tercerización Laboral es el mecanismo por el cual una persona natural o jurídica denominada tercerizador (prestador de servicios) relaciona la demanda y oferta de trabajo, poniendo a disposición de un tercero denominado tercerizado (usuario o beneficiario de servicios) el personal por él contratado, con la finalidad de que éste preste los servicios requeridos por el tercerizado.

4. La Tercerización impone una nueva figura en la contratación laboral como es el tercero que sin beneficiarse directamente de la prestación del servicio contratado por él, asume la calidad de empleador. En consecuencia, los sujetos de la Tercerización Laboral son tres: la Empresa Usuaria o Beneficiaria de la prestación del servicio; el Trabajador; y el Tercerizador.

Se denomina Empresa Usuaria o Beneficiaria de la prestación del servicio a la persona natural o jurídica en cuyo favor o provecho se ejecuta la obra o se presta el servicio, sin que ésta adquiera la calidad de empleador de los trabajadores que para tal efecto le hubieran sido suministrados.

El Trabajador tercerizado es la persona natural que habiendo suscrito un contrato de trabajo con una Empresa Tercerizadora se compromete a prestar sus servicios lícitos y personales en las empresas clientes de su empleador, la Empresa Tercerizadora.

El Tercerizador es la persona natural o jurídica que pone en contacto a las dos partes de la relación laboral: empleador y trabajador, y que asumiendo la calidad de empleador contrata trabajadores por su cuenta, para ponerlos a disposición de un tercero que hará uso de la fuerza laboral de estos en la consecución de sus propios fines, sin que le sea atribuida la calidad de empleador.

5. El servicio de Tercerización Laboral puede darse a través de Empresas Tercerizadoras Vinculadas y de Empresas Tercerizadoras no Vinculadas.

Son Empresas Tercerizadoras Vinculadas las filiales de un grupo de empresas, (recíprocamente relacionadas a pesar de ser formal y aparentemente independientes) creadas con la finalidad de suministrar los trabajadores contratados formalmente por ella a la empresa principal o a otra u otras empresas miembros del grupo al cual pertenecen.

Son Empresas Tercerizadoras no Vinculadas las personas naturales o jurídicas que teniendo su propia infraestructura física, administrativa y financiera, son totalmente independientes de las empresas usuarias o beneficiarias de sus servicios, y que por tal razón suministran su personal a varias personas, naturales o jurídicas no relacionados entre sí por ningún medio.

6. Las empresas de Tercerización pueden prestar sus servicios eventual o permanentemente. El suministro temporal de personal procederá únicamente para el desarrollo de actividades, servicios o exigencias extraordinarias y transitorias, previamente determinadas por la empresa usuaria o beneficiaria de la prestación de servicios.

La prestación de servicios complementarios o de carácter especializado (que no se encuentren comprendidos en las actividades principales de la empresa usuaria) también es competencia de las empresas de tercerización.

7. La relación jurídica que vincula a trabajadores y empresas tercerizadoras es de carácter laboral, en tanto que, la relación jurídica entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora es de carácter civil o mercantil, por haberse suscrito entre las partes un contrato de prestación de servicios por el cual la empresa tercerizadora se obliga a suministrar a la empresa usuaria su personal a cambio del pago del honorario previamente convenido.
8. El contrato de trabajo de Tercerización es el convenio en virtud del cual una persona natural o jurídica denominada tercerizador, asume la calidad de empleador de las personas naturales contratadas por su cuenta, (trabajador) para ponerlos a disposición de una tercera persona natural o jurídica (usuario o beneficiario de los servicios), quien hará uso de dicha fuerza laboral en la consecución de sus propios fines sin que se le atribuya la calidad de empleador.

9. Del contrato de trabajo de Tercerización se derivan dos tipos de subordinación: una subordinación jurídica y una subordinación técnica. La subordinación jurídica la tiene el trabajador con respecto a la empresa tercerizadora, prestadora de servicios, de cuyas órdenes y disposiciones de traslado depende. En cambio, existe subordinación técnica entre el trabajador y la empresa usuaria de sus servicios, quien da las órdenes técnicas necesarias para asegurarse de que el servicio esté conforme a sus necesidades.

10. La empresa tercerizadora y el trabajador son los principales obligados en el contrato de trabajo de Tercerización. La empresa tercerizadora, como empleadora principal de los trabajadores que suministra tiene las mismas obligaciones de cualquier empleador, por lo que se le aplican las disposiciones de la Constitución Política de la República, del Código de Trabajo, y de los Convenios Internacionales vigentes en el Ecuador. El trabajador está obligado a prestar personalmente sus servicios al cliente o usuario que su empleador le asigne.

La obligación principal y directa de la empresa que contrata personal por terceros es el pago de los honorarios de su empresa tercerizadora, con lo cual cubrirá los costos de contratación de su personal tercerizado.

11. Sin perjuicio de la responsabilidad principal de la empresa tercerizadora como empleadora y obligada directa, la empresa usuaria o beneficiaria de servicios está obligada a responder solidariamente por el

cumplimiento de las obligaciones laborales debidas a los trabajadores tercerizados, quedándole en todo caso el derecho de repetición por el pago a que se vio obligado.

12. Los principales derechos de las partes envueltas en una relación triangular de trabajo son: del trabajador percibir una remuneración justa, equivalente a la de los trabajadores que habiendo sido directamente contratados por la empresa usuaria desempeñen la misma actividad. A la empresa tercerizadora le corresponde recibir el pago de sus honorarios por la prestación del servicio. La empresa usuaria o beneficiaria de los servicios tiene derecho a recibir la prestación de los servicios convenidos, y a que su tercerizadora le garantice el cumplimiento de los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores puestos a su servicio.

13. En el Ecuador no se cuenta con preceptos legales especializados que regulen expresa y completamente la Tercerización Laboral. Existen si varias disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que se limitan a regular: la solidaridad del usuario de los servicios; que trabajadores tienen derecho a participar en las utilidades de la empresa en cuyo beneficio presten sus servicios; y, ciertos requisitos para la autorización de funcionamiento, y obligaciones formales mas bien referidas a las Oficinas Privadas de Colocaciones que a las Empresas de Tercerización, cuyas funciones por ser más complejas tienen efectos jurídicos diferentes, por lo que, la normativa que busca delinear la actuación de los tercerizadores del mercado de trabajo es insuficiente y

no cubre el espectro las relaciones que esta modalidad de contratación laboral genera, en consecuencia el cabal cumplimiento de los principios del Derecho Social del Trabajo se torna incierto.

14. A pesar de que la Constitución Política de la República garantiza la intangibilidad de los derechos allí reconocidos a los trabajadores sin exclusión alguna, en la práctica se ha institucionalizado la inobservancia de derechos como el de negociación colectiva y la sindicalización, entre otros. Así también, se ha evidenciado cierta discriminación en el pago de remuneraciones al personal tercerizado, cuya remuneración y utilidad generalmente es inferior a la de un trabajador directamente contratado.

15. Los principios del Derecho Social del Trabajo constitucionalmente consagrados obligan al Estado a garantizar la intangibilidad de los derechos allí reconocidos a los trabajadores y adoptar las medidas necesarias para su ampliación y mejoramiento, por lo que la creación de un Reglamento para el Funcionamiento de las Oficinas Privadas y sobre todo para las Empresas de Tercerización Profesional es imperante, ya que sólo una regulación expresa que imponga reglas claras y límites en ciertos casos, logrará regularizar su actuación encaminándola a la eficiencia y profesionalización, pero sobre todo a la función social del Derecho del Trabajo.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario replantear la visión y misión de la Tercerización Laboral en nuestro medio, haciendo de ella un importante mecanismo para el desarrollo de las empresas y de los trabajadores. Así, las empresas no recurrirán más a la Tercerización sólo porque éste podría ser el medio de disponer de mano de obra sin tener que sujetarse a un régimen laboral gravoso, sino porque saben que el personal puesto a su disposición está siendo constantemente capacitado y progresivamente seguirá desarrollando competencias. Y los trabajadores se sentirán respaldados no por un trabajo ocasional, sino por la oportunidad de cada vez “vender sus servicios” a precios más competitivos, aprovechando los conocimientos y experiencia puestos en sus manos.

2. El replanteamiento del papel de la Tercerización en el mercado laboral involucra a los empresarios como usuarios o beneficiarios de servicios, o como prestadores de servicios; a los trabajadores; al Estado; y a la sociedad en general, por lo que cada uno de ellos deberá:
 - a. Empresa Usuaria: Únicamente contratar con empresas tercerizadoras profesionales, debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, debiendo cerciorarse de su profesionalidad, solvencia y cumplimiento de sus obligaciones laborales y de seguridad social frente al personal que le está siendo suministrado.

- b. Trabajadores: Únicamente contratar con empresas tercerizadoras legalizadas por el Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, asegurándose de exigir en todo momento el cumplimiento de los derechos que la ley les ha conferido, y denunciar su incumplimiento u omisión.
 - c. Estado: A través del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos y sus dependencias asegurarse de que en el mercado de trabajo sólo operen las empresas tercerizadoras que hubieren obtenido la correspondiente autorización, y que su actividad se ajuste a lo dispuesto por la Constitución, la Ley y el Reglamento creado para tal efecto, debiendo sancionar estrictamente a quienes infringieren tales disposiciones.
 - d. Sociedad: Las instituciones que agrupen a diversos grupos sociales como Universidades, Cámaras de la Producción, Organizaciones Sindicales deberán generar espacios de discusión y debate respecto a la repercusión de la Tercerización en el mercado laboral.
3. Es importante crear mayor interés y preocupación respecto de este tipo de relaciones cada vez más complejas, para lo cual se podrían generar espacios de discusión a nivel empresarial, a nivel de los trabajadores, y a nivel del Gobierno, para progresivamente impulsar diálogos tripartitos por los cuales se llegue a consensos y conclusiones útiles que deriven en el planteamiento de propuestas de Reglamento para el Funcionamiento de las Empresas de Tercerización Profesional.

4. Una vez que cada una de las partes referidas en el numeral anterior haya expresado sus inquietudes, el Estado debe a través de un Reglamento regular la actividad y función de las empresas tercerizadoras estableciendo reglas claras a partir de las cuales se garantice el cumplimiento de los principios del Derecho Social del Trabajo. Reglamento, en el cual se delimiten claramente las funciones, obligaciones que atañen a las Oficinas Privadas de Colocaciones por un lado, y las funciones, obligaciones y limitaciones de las Empresas de Tercerización, por otro, como empleadoras de los trabajadores que suministran, por lo tanto obligadas por las disposiciones de la Constitución Política de la República, por el Código del Trabajo y por los Reglamentos y Convenios Internacionales aplicables.

5. El Estado, debe propender a la profesionalización y solvencia de las empresas tercerizadoras, siendo menester que de ahora en adelante éstas sean personas jurídicas, cuyo único objeto sea la especialización en el suministro de personal a terceros, por lo que, su actividad debe estar planificada y sustentada en base a las necesidades del mercado laboral.

ANEXOS

ANEXO No. 1
ENTREVISTA AL DOCTOR FERNANDO MOREANO
SUBSECRETARIO DE TRABAJO DEL MINISTERIO DE
TRABAJO Y RECURSOS HUMANOS

1.- Qué es para usted la Tercerización Laboral?

Es la posibilidad de que, de manera temporal una tercera persona natural o jurídica asuma la responsabilidad patronal.

2.- De qué forma la legislación ecuatoriana lo prevé?

Hay disposiciones legales sueltas. Existe un reglamento expedido en 1998, éste no refleja las necesidades de la empresa.

3.- Cuál ha sido el desenvolvimiento de la Tercerización Laboral en el Ecuador?

En el Ecuador, la Tercerización, tomó fuerza no como concepto esencial de actividades medias, aquí se tomó para contrarrestar la tendencia a la sindicalización y evasión de los derechos laborales, especialmente del pago de utilidades.

Lastimosamente aquí en el Ecuador la Tercerización no ha cumplido su objetivo, aquí se lo ha tomado como un modo de evadir responsabilidades. Generalmente, se contrata mano de obra no calificada.

Se ha dado el caso de empresas tienen el 100% de su personal tercerizado, ello refleja que lo único que se pretende con la Tercerización es reducir costos laborales para obtener mayor lucro.

El problema esencial es la percepción equivocada que se tiene de lo productivo, porque no se piensa en la capacitación del trabajador. Es necesario cambiar la filosofía y forma de generar producción.

4.- En la actualidad cómo se presenta la Tercerización en el mercado laboral ecuatoriano?

Hay dos tipos de empresas tercerizadoras: vinculadas y no vinculadas. Las primeras son aquellas en que los dueños de la empresa tercerizadora son del mismo grupo económico de la empresa tomadora de servicios.

Existen dos organizaciones a las cuales están afiliadas las empresas tercerizadoras. Ellas son ASERCOH y ANESEP.

La mayoría de empresas no son profesionales, más funcionan como empresas de colocación.

5.- Cuál es su diagnóstico respecto del desenvolvimiento, alcances y límites de las Oficinas Públicas y Privadas de Colocación?

Las Oficinas Públicas de Colocación tienen limitaciones de orden económico y logístico, sin embargo de lo cual se ha logrado ubicar a muchas personas porque el servicio es gratuito.

6.- La Tercerización constituye una amenaza a los derechos de los trabajadores , si es así cómo podrían precautelarse dichos derechos?

En nuestro país, la Tercerización si constituye una amenaza a los derechos de los trabajadores, y la única forma de precautelar el cumplimiento de los derechos sería con la constitución de un Estado policial.

Son pocas las empresas tercerizadoras que cumplen las obligaciones laborales, estando obligadas a ello como cualquier otro empleador. Estas empresas pagan a sus trabajadores los salarios mínimos legales, muchas veces cobran comisiones tanto al empleador como al trabajador, lo que constituye una explotación y fraude a la ley que lo prohíbe expresamente.

Para que la Tercerización funcione, debe tratarse de empresas especializadas, solo dedicadas a eso. Se debe aportar a la calificación, propendiendo a la transformación de éstas en bolsas de trabajo que constantemente capaciten a su personal, porque sólo de esta forma se va a lograr aumentar la competitividad.

Hay que establecer una obligación económica que garantice su seriedad.

Recientemente se impusieron límites a la contratación de trabajo por horas, el artículo 100 del Código del Trabajo reformado dio paso al pago de utilidades a los trabajadores tercerizados.

7.- A su criterio, la Tercerización Laboral ha sido un mecanismo propicio para responder a los problemas de desempleo que afronta nuestro país?

No ha ayudado a reducir el desempleo, ha cumplido sólo con las aspiraciones de los empleadores que no quieren pagar a sus empleados la remuneración que por justicia les corresponde.

La Tercerización debe ser temporal, profesionalizada por parte de la persona que la provee como de quienes la prestan.

ANEXO No. 2
ENTREVISTA AL DOCTOR RAMIRO ACOSTA EX SUB
SECRETARIO DE EMPLEO DEL MINISTERIO DE TRABAJO
Y RECURSOS HUMANOS

1.- Qué es para usted la Tercerización Laboral?

Es un mecanismo de carácter económico y jurídico que determina relaciones laborales diferentes a las tradicionales. A través de la Tercerización se contrata con otra empresa para la realización de una obra o la ejecución de un servicio.

2.- Cuál ha sido el desenvolvimiento de la Tercerización Laboral en el Ecuador, y cómo se presenta en la actualidad?

Es un tema relativamente nuevo que vino con la Ley de Modernización del Estado, con conceptos de desconcentración y descentralización en el sector público, y en el sector privado con la flexibilización laboral. Esta tendencia comenzó desde el Gobierno de Borja, en que se establecieron por primera vez modalidades como la maquila, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo en zonas francas que de alguna manera tienen que ver con la Tercerización.

3.- Cuál es su diagnóstico respecto del desenvolvimiento, alcances y límites de este mecanismo?

Se debe considerar tres puntos de vista: el del Gobierno; el de los empresarios; y, el de los trabajadores.

Al Gobierno debería interesarle que a través de este mecanismo se creen oportunidades de empleo. Para los empresarios es una ventaja porque se eliminan cargas laborales directas. Para los trabajadores constituye una real limitación de sus derechos, especialmente por la organización y contratación colectiva, la Tercerización es una forma de precarización laboral.

Aunque estoy de acuerdo con el criterio de los trabajadores, desde el punto de vista práctico considero que es preferible tener los ingresos que genera la Tercerización que no tenerlos, además se combate de alguna forma el desempleo y afronta de alguna manera el problema de la pobreza.

4.- Qué modalidades de Tercerización existen en el mercado laboral ecuatoriano?

Son formas de Tercerización: la maquila, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo en zonas francas, y la prestación de servicios fundamentalmente.

5.- De qué forma la legislación ecuatoriana lo prevé?

La Constitución habla de la solidaridad, aunque la dependencia la asume la empresa prestadora de servicios. En teoría hay pocos casos de Jurisprudencia en que se ha reconocido la solidaridad, como en el caso de PETROECUADOR.

También se protege a este tipo de trabajadores en el pago de utilidades. El reparto de utilidades siempre estuvo previsto, ahora mas bien hay obligatoriedad.

6.- Considera que la Tercerización podría constituir una amenaza a los derechos de los trabajadores? En caso de responder afirmativamente: Qué se puede hacer para precautarlos? Enumere los derechos que a su criterio se menoscaban con la Tercerización.

Si, la Tercerización constituye una amenaza a los derechos de los trabajadores. Para evitarlo, la Tercerización deberá inscribirse en lo que la OIT ha dicho a propósito de la globalización y de las transformaciones económicas. De ninguna manera pueden desconocerse los derechos mínimos de los trabajadores que prácticamente se reducen al derecho al trabajo, a obtener una remuneración mínima, porque es preferible tener poco a nada, y en épocas de crisis lo que reporta es tener algo.

7.- Mediante qué contrato las empresas vinculadas proveen de personal a sus filiales?

Mediante un contrato civil mercantil.

8.- El trabajador tercerizado bajo la dependencia de quien está?

Está bajo la dependencia del prestador de servicios.

9.-Cuál es el límite entre la legalidad e ilegalidad de la Tercerización?

La Tercerización per se, no debe ser vista como algo bueno o malo, si cumple con la generación de oportunidades de empleo que conllevan en buen romance a la percepción de ingresos, se debe procurar que al menos se cumpla las más elementales obligaciones laborales.

10.- A su criterio, la Tercerización Laboral ha sido un mecanismo propicio para responder a los problemas de desempleo y a las exigencias de un mercado cada vez más competitivo?

Si sirve para combatir el desempleo, a pesar de que no se reconozcan todos los derechos laborales. Se debe ir poco a poco mejorando.

11.- Considera necesario regular a la Tercerización Laboral ? Por qué?

Si es necesario que se den normas de juego claras, tiene que diferenciarse de la microempresa como posibilidad de creación de trabajo, sin que se le pueda cargar todas las obligaciones del Código de Trabajo, deben haber normas que regulen aquello.

La realidad rebasa al Derecho, éste debe ajustarse a ella.

ANEXO No. 3
ENTREVISTA A LA ECONOMISTA PILAR MONCAYO
REPRESENTANTE LEGAL DE LA ASOCIACIÓN DE
EMPRESAS CONSULTORAS DE RECURSOS HUMANOS
ASERCOH

1.- Qué es para usted la Tercerización Laboral?

Es un mecanismo de relación laboral que permite a las empresas optimizar su tiempo y sus recursos tanto humanos como financieros permitiendo que sus ejecutivos se dediquen al fortalecimiento de sus negocios, se dediquen a su línea de acción para la cual fueron creados, encargando o delegando a empresas especializadas en gestión humana, en administración laboral el trabajo del desarrollo, aprendizaje y administración de talento humano que las compañías tercerizadoras se especializan.

El mecanismo de la Tercerización permite la flexibilización laboral, punto fundamental para dinamizar la economía generando fuentes de trabajo directas e indirectas a través de puestos de trabajo temporales o fijos.

Se evita la imposición de organismos sindicales, pues los trabajadores tercerizados dependen de sus compañías intermediarias las que se encargan de velar por los derechos de los trabajadores cumpliendo con las normas del Código del Trabajo, Ley de Seguridad Social y Comisiones Sectoriales.

2.- Cuál ha sido el desenvolvimiento de la Tercerización Laboral en el Ecuador, y cómo se presenta en la actualidad?

El desenvolvimiento ha sido creciente, inició hace aproximadamente 25 años con pocas compañías tercerizadoras, hoy en día contamos con aproximadamente dos mil quinientas compañías a nivel nacional entre asociadas y no asociadas como personas naturales y jurídicas, dentro de las cuales la mayoría son empresas netamente locales y treinta de ellas son nacionales. En la parte cualitativa las compañías tercerizadoras tienen cada vez más incidencia directa en la administración del recurso humano de las compañías públicas y privadas, cada vez más se requiere de los servicios tercerizados, capacitación, desarrollo, evaluaciones de desempeño. En la actualidad no es solo un mecanismo de colocación, se ha convertido en un socio estratégico apoyando a los departamentos de recursos humanos en todos sus subsistemas como son de capacitación, desarrollo de competencias del personal, etc.

3.-Cuál es su diagnóstico respecto del desenvolvimiento, alcances y límites de este mecanismo?

Este mecanismo si es adecuadamente reglamentado, controlado y valorado por las autoridades de trabajo por los sectores empresariales y de trabajadores puede convertirse en un mecanismo permanente de generación de empleo, en un marco de respeto y equidad entre trabajadores y empresarios.

Los alcances de la Terceización pueden ser a todo nivel: en el sector financiero, industrial, comercial y de servicios y se reflejan en todos los niveles de la economía.

Los límites se pueden dar si el mecanismo no se maneja adecuadamente, respetando lo establecido en la legislación estatal, corrompiendo la relación laboral en perjuicio de los trabajadores en particular y de los sectores productivos en general, por ello es importante contar con un reglamento que norme la actividad de las empresas de Terceización y que permita operar exclusivamente a las empresas profesionales y no a quien sin tener la experiencia profesional en recursos humanos se dedique a administrar nómina.

Es importante que exista el involucramiento directo de los responsables de la política laboral: Ministerio de Trabajo: dictando el reglamento; Empresarios públicos y privados: contratar a empresas profesionales con experiencia y solvencia financiera; Trabajadores: presentar sus solicitudes en empresas serias.

4.- Qué modalidades de Terceización existen en el mercado laboral ecuatoriano?

La Terceización puede ser eventual, ocasional, de temporada, a plazo fijo, por honorarios profesionales y por hora.

5.- De qué forma la legislación ecuatoriana lo prevé?

La Constitución, en su artículo 35 habla de la solidaridad a que están obligados el empleador como el intermediario. El Código del Trabajo, en su artículo 100 reconoce la Terceización al hablar de las utilidades.

6.- Cuáles son los derechos de un trabajador tercerizado?

Los derechos del trabajador tercerizado son los mismos que los de un trabajador fijo, lo único a lo que no podría acogerse es a ser parte de un sindicato, pero igual tiene todos los derechos y deberes de cualquier trabajador. Reciben utilidades de la empresa tercerizadora, y si es vinculada recibe de los dos.

ANEXO No. 4
ENTREVISTA AL INGENIERO RAÚL MENDIZÁBAL
EX PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE LA PEQUEÑA
INDUSTRIA DE PICHINCHA

1.- Qué es para usted la Tercerización Laboral?

Fundamentalmente es conseguir que empresas u organismos independientes presten servicios a terceros, en cuanto a la utilización de mano de obra, servicios administrativos, contables, etc., sin que exista de por medio con la empresa contratista ningún vínculo laboral o social, quedando para la tercerizadora estas obligaciones.

2.- Cuáles son los derechos de un trabajador tercerizado?

Son todos aquellos contemplados en el Código del Trabajo, existió un caso de Jurisprudencia por el cual los estibadores de muelle demandaron de las empresas acereras el cumplimiento de tales responsabilidades.

3.- Cuáles son las obligaciones de un trabajador tercerizado?

Todas aquellas que indica el Código del Trabajo, son similares a las de cualquier trabajador.

4.- Qué clase de contrato suscribe el trabajador tercerizado con la tercerizadora?

Se suscriben contratos permanentes de trabajo, o contratos específicos en atención a circunstancias particulares cuando los trabajadores se encuentran formando parte de su base de datos.

5.- Qué clase de contrato suscribe la empresa tercerizadora con la empresa tomadora de servicios?

Se suscribe un contrato de prestación de servicios, por tiempo definido con un valor establecido global o periódicamente que puede liquidarse mensualmente.

6.- Cuáles son las obligaciones de la empresa tercerizadora frente al tomador de servicios y a sus trabajadores?

Las obligaciones que se deriven del contrato suscrito entre las partes, las principales obligaciones son: garantizar la calificación del trabajador, su permanencia y honradez; y, la asunción de las responsabilidades socio-laborales.

7.- Cuáles son las obligaciones del tomador de servicios frente al tercerizador y al personal que éste le proporciona?

Las obligaciones que se deriven del contrato suscrito entre las partes, entre ellas: la fidelidad de retomar y devolver al trabajador sin incluirlo en su nómina permanente; y, cancelar en la empresa tercerizadora los valores correspondientes a la contratación y ubicar los servicios del trabajador dentro del campo para el cual fue contratado.

8.- Cómo operan los procesos de contratación laboral y mercantil?

Se da a través de una contratación directa, empleando las disposiciones del Código del Trabajo.

La contratación mercantil se da a través de un contrato de aceptación mutua entre las partes con los condicionamientos de función, tiempo y valor económico.

9.- Existe alguna limitación en cuanto al porcentaje de contratación de personal tercerizado?

No estoy muy seguro, pero creo que es un 15%, como en el caso de los contratos de trabajo eventuales.

10.- Cuál es el límite entre la legalidad e ilegalidad de la Tercerización?

La Tercerización es una figura no solamente legal, sino necesaria, en otros países, la Tercerización es una actividad inclusive de especialización, hay empresas que tienen áreas de capacitación, entrenamiento, lo que da la posibilidad a otras empresas de obtener recursos eficientes, profesionales. Habiendo empresas que cuentan con equipos y maquinaria de producción.

La Tercerización es saludable, sobre todo en aquellas empresas en que la actividad sindical ha sido activa, poniendo en riesgo la actividad empresarial.

El trabajo debe ser de un interés mutuo y libre, ambos deben tener la libertad de rescindir el contrato, sin que exista ningún tipo de resarcimiento

retroactivo ni futuro. La transacción debe ser parte de la personería de los contratantes, con esto la inversión extranjera será mayor.

11.- Considera que la Tercerización podría constituir una amenaza a los derechos de los trabajadores?

No es la finalidad de la Tercerización, ésta tiene otros aspectos como la capacitación técnica. El evitar responsabilidades laborales es objetivo de empresas con un grado alto de ilegalidad. Mas, por lo general, la Tercerización es necesaria.

12.- A su criterio, la Tercerización Laboral ha sido un mecanismo propicio para responder a los problemas de desempleo y a las exigencias de un mercado cada vez más competitivo?

La Tercerización no ha sido, debería ser. La Tercerización es esporádica, difícil, no ha tenido una respuesta económica, por no tener una planificación correcta de las necesidades de Tercerización. Su rol todavía se encuentra incompleto, porque hace falta tecnificación e investigación, aquí, la Tercerización es más comercial.

13.- Considera necesario regular a la Tercerización Laboral ? Por qué?

Todas las actividades, dentro del campo empresarial y comercial deben estar definidas y regularizadas para que se puedan cumplir objetivos claros y específicos y sean realmente un apoyo al empleo y a la producción.

ANEXO No. 5
ENTREVISTA AL LICENCIADO FAUSTO DUTÁN
EX DIRIGENTE SINDICAL

1.- Qué es para usted la Tercerización Laboral?

Es el traslado de una obligación de una empresa hacia un tercero contratista que en la mayor parte de los casos simplemente ha tenido como objetivo no asumir las responsabilidades principales.

2.- Cuál es su diagnóstico respecto del desenvolvimiento, alcances y límites de este mecanismo?

La tendencia actual del sistema capitalista es desconstituir las grandes empresas y sustituirlas por empresas pequeñas y especializadas, esta tendencia económica desgraciadamente ha ido acompañada de una política laboral denominada “flexibilización” que tiene como objetivo básicamente afectar los derechos laborales como: organización sindical, contratación colectiva y huelga. Estos derechos no sólo forman parte del Código del Trabajo sino que son parte de los Convenios Internacionales de la OIT. La Tercerización se inscribe en esta estrategia.

En la mayor parte de los casos las empresas tienden a tercerizar determinadas áreas en el sector público, por ejemplo, la guardianía, alimentación, limpieza que puede ser justificada ya que la actividad fundamental está en la empresa principal, no se justificaría en estos casos la Tercerización si sólo se plantearía como objetivo el acelerar un proceso de privatizaciones. Sólo el ahorro justifica el empleo de la Tercerización.

En el sector privado, la Tercerización se ha dirigido a un acto tendiente a no asumir responsabilidades, trasladar éstos al contratista, que en la mayor cantidad de los casos no se han cumplido, por ejemplo en la construcción determinadas áreas como la albañilería están bajo la responsabilidad del contratista negando la posibilidad de que estos trabajadores tengan acceso a la estabilidad, seguridad social y a las remuneraciones de carácter legal. Esto sucede también en las floricultoras, en áreas como la recolección de flores en que se contrata a un tercero y éste a su vez subcontrata a varios trabajadores que aparentemente no tienen relación con el contratista principal. Esta es la tendencia mundial que persigue disminuir costos, incrementar ganancias con el sacrificio de los trabajadores, por eso es que las últimas conferencias de la OIT han analizado el como proteger a esos trabajadores, llegando incluso a señalar la posibilidad de que ellos puedan organizarse, tener derecho a las remuneraciones legales y en el caso ecuatoriano algunas reformas legales señalan la obligación de las empresas principales de pagar las utilidades correspondientes a estos trabajadores.

La posibilidad de una reglamentación es correcta, porque no existe un reglamento que exija que los derechos contemplados en la ley se cumplan.

3.- Considera que la Tercerización podría constituir una amenaza a los derechos de los trabajadores? En caso se responder afirmativamente: Qué se puede hacer para precautelarlos ? Enumere los derechos que a su criterio se menoscaban con la Tercerización.

Si, como manifesté anteriormente la Tercerización constituye una amenaza a los derechos de los trabajadores, mismos que podrían precautelarse empleando las reformas laborales tendientes a proteger a los trabajadores tercerizados.

Los principales derechos que se vulneran son el respeto al derecho de estabilidad; de contratación colectiva, entre otros.

El derecho a la estabilidad porque el contratista por lo general realiza los contratos con los obreros sin garantizar ningún tipo de estabilidad, y por el contrario se ha comprobado que, en muchos casos se firma dos o más contratos de prueba, o por año que se van renovando, sin que se pueda reclamar estabilidad, antigüedad, ni jubilación patronal por haber trabajado 25 años ininterrumpidamente. Existen varios mecanismos para rehuir de esta responsabilidad porque muchas veces los contratistas son parte de la misma empresa principal.

La contratación colectiva y algunos pagos remunerativos a que están obligados las empresas como el pago de horas suplementarias o la semana integral. En la construcción se viola la prohibición del trabajo de menores y mujeres, pese a lo riesgoso de esta actividad.

4.- Cuáles son las obligaciones de la Compañía Tercerizadora frente al tomador de servicios y a sus trabajadores?

La empresa tercerizadora tiene responsabilidad solidaria si es que la empresa principal no asume sus obligaciones. Si la tercerizadora no asume sus obligaciones, debería haber corresponsabilidad de la empresa principal

5.- El trabajador tercerizado bajo la dependencia de quien está?

Formalmente, bajo la dependencia del subcontratista, pero realmente debería estar bajo la dependencia del empresario directo.

6.- Cuál es el límite entre la legalidad e ilegalidad de la Tercerización?

Se están cometiendo muchas ilegalidades en la Tercerización que van desde el incumplimiento de los derechos laborales hasta el incumplimiento en el pago de las remuneraciones.

7.- A su criterio, la Tercerización Laboral ha sido un mecanismo propicio para responder a los problemas de desempleo y a las exigencias de un mercado cada vez más competitivo?

Desgraciadamente no existe en el país una política de Estado que tienda a resolver el problema de empleo, y en lugar de cumplir con lo que la Constitución ordena como es la obligación del Estado de dar empleo se ha evidenciado lo contrario, principalmente por dos aspectos: el aumento del subempleo y desempleo; y, los migrantes.

Entonces, la afirmación de que la Tercerización ayuda a resolver estos problemas es una falacia. Así como se dijo que el trabajo parcial, la contratación por horas, o, el trabajo compartido contribuirían a disminuir el desempleo, se demostró que estas formas no lo hicieron.

En consecuencia el desempleo no debe ser combatido por el lado de disminuir los derechos de los trabajadores, sino cambiando la estructura económica del país, buscar finalidades productivas en vez de finalidades especulativas, volver los ojos a la vocación agrícola del país, redistribuir la tierra y brindar apoyo financiero, con créditos preferenciales para los campesinos, apoyar a la pequeña industria, a áreas de la construcción que absorben mano de obra masiva. Junto con ello es importante capacitar a los trabajadores y hacer que se respeten las leyes.

8.- Como ex dirigente sindical, está usted de acuerdo con la Tercerización Laboral ? Por qué?

No estoy de acuerdo porque es un instrumento que ha legitimado la evasión de responsabilidades principales, irrespetando a las leyes constitucionales, laborales y convenios internacionales.

ANEXO No. 6
ENTREVISTA AL DOCTOR GEOVANNY CABRERA
SECRETARIO GENERAL DEL SINDICATO DE
TRABAJADORES DE ANDINATEL

1.- Qué es para usted la Tercerización Laboral?

La Tercerización Laboral es una forma de contratación de personal que no consta en la relación de dependencia de la persona natural o jurídica a favor de quien presta sus servicios lícitos y personales.

2.- Cuál es su diagnóstico respecto del desenvolvimiento, alcances y límites de este mecanismo?

Se nota demasiada limitación respecto de los derechos de los trabajadores, desconociendo algunos de estos y su desenvolvimiento favorece a quien usufructúa de su contratación.

3.- Cuáles son los derechos de un trabajador tercerizado?

Indiscutiblemente que no son los mismos que los que goza un trabajador en relación de dependencia de un empleador directo.

4.- Considera que la Tercerización podría constituir una amenaza a los derechos de los trabajadores? En caso de responder afirmativamente: Qué se puede hacer para evitar esta práctica? Enumere los derechos que a su criterio se menoscaban con la Tercerización.

Constituye una amenaza y debería establecerse una normativa clara que limite esta práctica contractual, no se reconocen beneficios como la estabilidad, utilidades, etc.

5.- Cuáles son las obligaciones de la Compañía Tercerizadora frente al tomador de servicios y a sus trabajadores?

Dotar a quien lo requiera de personal calificado, profesional, ética y moralmente.

6.- El trabajador tercerizado bajo la dependencia de quien está?

Desde el punto de vista contractual está bajo la dependencia de quien lo contrata, y laboralmente de quien presta sus servicios.

7.-Cuál es el límite entre la legalidad e ilegalidad de la Tercerización?

La legalidad se da por la posibilidad contractual autorizada por la ley y la ilegalidad en el desconocimiento de derechos.

8.- A su criterio, la Tercerización Laboral ha sido un mecanismo propicio para responder a los problemas de desempleo y a las exigencias de un mercado cada vez más competitivo?

No ha sido un mecanismo para combatir el desempleo y tampoco a la exigencia de un mercado competitivo, por los bajos salarios y abusos en los que se ha incurrido.

9.- Como dirigente sindical, está usted de acuerdo con la Tercerización Laboral por qué?

No estoy de acuerdo con la Tercerización a no ser que se establezcan normas que limiten los abusos en los que estas empresas tercerizadoras están incurriendo.

BIBLIOGRAFÍA

1. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, tercera edición actualizada y ampliada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1992.
2. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Tomo II, tercera edición actualizada y ampliada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1992.
3. CABANELLAS, Guillermo, Tratado de Derecho Laboral, Tomo II, Contrato de Trabajo, Ediciones El Gráfico Impresores Buenos Aires.
4. GONZALEZ CH., Guillermo, Derecho del Trabajo, cuarta edición, Editorial Temis, Bogotá 1976.
5. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Trabajo en Régimen De Subcontratación, Informe V (2A).
6. PINTO M., Sergio, A Terceirização e o Direito do Trabalho, quinta edición, Editora Atlas, Sao Paulo, 2001.
7. ROBALINO B., Isabel, Manual de Derecho Del Trabajo, Fundación Antonio Quevedo, Quito – Ecuador, 1994.
8. RODRIGUEZ P., Eduardo, Derecho Usual, Décimo sexta edición, Editorial Temis, Bogotá, 1973.
9. TRUJILLO V., Julio C., Derecho Del Trabajo, Tomo I, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1986.
10. VELA M., Carlos, Derecho Ecuatoriano Del Trabajo, Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca 1983.

11. WALKER L., Francisco, Nociones Elementales de Derecho del Trabajo, Quinta edición, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1957.
12. ZAVALA E., Jorge, Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Edino, 1999.

Cuerpos legales

1. Constitución Política del Ecuador.
2. Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.
3. Código del Trabajo Ecuatoriano.
4. Código Civil Ecuatoriano.
5. Ley para la Transformación Económica del Ecuador, del Registro Oficial No. 34, de 13 de marzo del 2000.
6. Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, del Registro Oficial No. 144, de 18 de agosto del 2000.
7. Ley de Mercado de Valores, del Registro Oficial No. 367, de 23 de julio de 1998.
8. Reglamento para el Funcionamiento de las Oficinas Privadas de Colocaciones, publicado en el Registro Oficial No. 285, de 27 de marzo de 1998.
9. Reglamento para la Contratación Laboral por Horas, publicado en el Registro Oficial No. 305, de 12 de abril del 2001.
10. Resolución No. 193-2000-TP del Tribunal Constitucional, publicada en el Registro Oficial No. 234 de 29 de diciembre del 2000.
11. Convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Agencias Privadas de Colocación.

12.Recomendación 188 de la Organización Internacional del Trabajo.

Páginas web

1. BRONSTEIN S., Arturo, La Intermediación Laboral en las normas de la OIT,
www.mtps.gob.pe/revista/num_6-98/rev6_3_1.htm
2. BOZA P., Guillermo, Una Nueva Figura en la Intermediación Laboral,
http://www.mtps.gob.pe/revista/num_6-98/rev6-3-2.htm
3. D`AURELIO, L., Fraude laboral por medio de Cooperativas de Trabajo y Servicios,
<http://www.aal.org.ar/pon99.asp>
4. GUANTER, S., SÁNCHEZ, J., Nuevas tendencias de la Intermediación en el mercado de trabajo: iniciativa privada y nuevas tecnologías,
<http://www.ceveal.com/intermediacion.htm>
5. LUCENA, H., Un marco explicativo de la flexibilización laboral y de sus aplicaciones en Venezuela,
<http://utal.org/movimien12.htm>
6. MOLAS, S., El tercero en el Art. 29 de la L.C.T. Formas lícitas y fraudulentas de intervención,
<http://www.aal.org.ar/pon99.asp>
7. MONZA, A., El trabajo en el mundo. El fin puede esperar,
<http://www.sht.com.ar/archivo/mundo/esperar.htm>
8. PEREZ, G., La Intermediación fraudulenta a través de empresas de servicios eventuales y las multas de la Ley 24.013,
<http://www.aal.org.ar/pon99.asp>

9. TOKMAN, V., y MARTÍNEZ, D., La agenda laboral en la globalización: Eficiencia económica con progreso social,
<http://www.oit.org.pe/spanish/260ameri/publ/docutrab/dt-94/index.shtml>
10. Debe existir la Intermediación Laboral?
www.actualidadlaboral.org/docs/biblioteca/intermediacion.htm
11. Lo estable seduce más,
<http://www.factum.com.uy/encuesoc/finsem/2001/efs01022a.html>
12. Propuesta de la Delegación del PIT-CNT en la JUNAE y del Equipo de Representación de los Trabajadores en el BPS, Anteproyecto de Ley de Regulación del Trabajo en régimen de subcontratación y de empresas suministradoras de mano de obra,
http://www.redsegsoc.org.uy/2_V4-Anexo-Temporarios.htm
13. Real Decreto No. 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las Agencias de Colocación sin fines lucrativos y los Servicios Integrados para el empleo,
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rd735-1995.t2.html
14. Tercerización: Uso de “Services” y Contratos de “Outsourcing”,
http://www.gestion.com.pe/html/2001/11/22/11/1_i.htm
15. <http://www.oit.org>
16. <http://www.mintrabajo.gov.co/intermed.htm>
17. http://www.mtps.gob.pe/revista/num_6-98/rev6_2htm

Otros

1. Resolución No. 179-TP, del caso signado con el No. 24-2001-TC del Tribunal Constitucional, de 11 de septiembre del 2001.
2. Proyecto de Reglamento para el Funcionamiento de las Empresas de Tercerización Profesional (ETP) y las Oficinas Privadas de Colocaciones (OPC)
3. Oficio No. 0138 S UGTE, de 22 de abril de 1998, dirigido al Licenciado Ramiro Lovato, Jefe de Asuntos Internacionales (E) del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, suscrito por el Presidente de la Unión General de Trabajadores del Ecuador.
4. Oficio No. 220-AIT-98, de 2 de octubre de 1998, dirigido al Doctor Michel Hansenne, Director General de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, suscrito por el Jefe de Asuntos Internacionales del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos.
5. Contratos de trabajo de Tercerización.
6. Apuntes de Derecho Laboral del Dr. Jaime Velasco Dávila, Universidad de las Américas.
7. Entrevistas.