



## CAPÍTULO CUARTO

### LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA

En la mayor parte de los países de América Latina, la década de los noventa fue un periodo de reformas económicas. En algunos de ellos, la reforma del mercado laboral estuvo orientada hacia la flexibilización de las relaciones contractuales. La idea principal detrás de este empeño era que el mercado laboral debía operar con la suficiente flexibilidad para acompañar la esperada reestructuración del aparato productivo, en donde la externalización de las relaciones de trabajo ha ocupado un papel fundamental.

Si bien es cierto que el contexto económico mundial de las últimas décadas sirvió de marco para el advenimiento y creciente importancia cuantitativa de la externalización de las relaciones laborales, ello no quiere decir que se trate de un esquema de reciente aparición. En efecto, hay algunos estudiosos que han ubicado hacia fines del siglo XIX los primeros vestigios de estas formas de organización empresarial, cuando la especialización de las empresas se presentaba como una necesidad en la creciente organización fabril. Asimismo, hay quienes sitúan el tema hacia los años cincuenta del siglo pasado cuando las empresas buscaron recurrir a servicios externos para minimizar costos y “prevenir” contingencias laborales; y ya hacia los años noventa, encontramos con mayor normalidad esquemas de este tipo implementados en varios grupos de empresas, las cuales muchas veces actuaban bajo la coordinación de un mismo mando. Aunque ha sido precisamente en los años recientes, sobre todo en los ochenta, cuando pareciera haberse presentado una eclosión de este fenómeno. A esta situación habría que agregar el impulso dado al tema por medio de políticas públicas, las cuales en buena medida apoyaron y

fomentaron de manera directa o indirecta este tipo de organización empresarial.<sup>137</sup>

A diferencia de lo que ha ocurrido en México, diversos países de América Latina han reformado su legislación laboral para darle un marco jurídico a las relaciones laborales triangulares. Entre los que podemos señalar se encuentran Perú, Chile, Uruguay, Argentina, Colombia (*infra* apartado I) y, finalmente, en Ecuador (*infra* apartado II), en donde la legislación se distingue diametralmente de los otros países estudiados en la medida en que a través de un mandato constitucional, “elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador”.

## I. LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN

Perú, Chile, Uruguay, Argentina y Colombia son algunos de los países de América Latina que han adoptado una regulación en materia de subcontratación.

### 1. Perú

Perú cuenta con dos leyes en la materia, la primera, la Ley 27626 que regula la actividad de las empresas especiales de servi-

<sup>137</sup> Como se verá más adelante, en México existe el sistema de subcontratación industrial (SSI) promovido por el gobierno federal a través de la Secretaría de Economía. En la página oficial de esta dependencia federal ([www.economia.gob.mx/?P=7518](http://www.economia.gob.mx/?P=7518)) se puede leer que la “subcontratación industrial es una operación mediante la cual una empresa (contratista) solicita a otra empresa (subcontratista) que realice, bajo determinadas especificaciones, la transformación, fabricación, acabado adicional de materiales o piezas, ensambles o subensambles para su integración a un producto final que será utilizado o comercializado por el contratista”. Se trata, se agrega, de un sistema de vinculación electrónica de oferentes y demandantes de productos y procesos industriales y conforma una red de información, para los interesados en este tipo de relaciones empresariales. Por ejemplo en el programa para la subcontratación industrial se encuentran inscritas 1,900 empresas.

cio y de las cooperativas de trabajadores, y la segunda, que regula los servicios de tercerización.

*A. Ley 27626. Regula el comportamiento de las empresas especiales de servicio y de las cooperativas de trabajadores*

Dicha Ley tiene por objeto regular la intermediación laboral del régimen laboral de la iniciativa privada, así como proteger adecuadamente los derechos de los trabajadores (artículo 1o.).

La intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria, sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización. Los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa (artículo 3o.).

La intermediación laboral será nula de pleno derecho cuando haya tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de derechos colectivos de los trabajadores que pertenecen a la empresa usuaria (artículo 4o.).

Por otra parte, establece que los trabajadores, bajo modalidad temporal, no podrán exceder del 20% de los trabajadores de la empresa usuaria. Ese porcentaje no será aplicable a los servicios complementarios o especializados (artículo 6o.).

Los trabajadores y socios trabajadores, cuando fueren destacados a una empresa usuaria, durante la prestación de sus servicios tienen derecho a percibir los beneficios y remuneraciones que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores (artículo 7o.).

En el artículo 11 esta Ley señala tres conceptos respecto de las empresas de servicios:

- Servicios temporales. Personas jurídicas que contratan con terceras denominadas usuarias para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante el destaque

de sus trabajadores para desarrollar las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia.

- Servicios complementarios. Personas jurídicas que destacan su personal a empresas usuarias para desarrollar actividades accesorias o no vinculadas al giro de negocios de éstas.
- Servicios especializados. Personas jurídicas que brindan servicios de alta especialización en relación con la empresa usuaria que los contrata. En este supuesto la empresa usuaria carece de poder de dirección.

Las empresas de servicios o las cooperativas, cuando suscriban contratos de intermediación laboral, deberán conceder una fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados en la empresa usuaria (artículo 24). En caso de que la fianza no sea suficiente para salvaguardar los derechos de los trabajadores, entonces la empresa usuaria será solidariamente responsable de cubrir los adeudos que se tengan con los trabajadores destacados.

### *B. Ley 29245. Regula los servicios de tercerización*

La Ley 29245 regula los casos en que procede la tercerización, los requisitos, los derechos y las obligaciones, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de desvinculación empresarial (artículo 1o.).

El artículo 2o. de la Ley otorga una definición de tercerización como la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquéllas asuman por su cuenta los servicios prestados y el riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. La aplicación de esta forma de contratación no restringe los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

En los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora se desplace hacia otras entidades de la empresa principal para realizar su trabajo especializado, no debe afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores; situación que constará por escrito en los contratos de éstos (artículo 4o.).

Cuando los contratos de tercerización representen una simple provisión de personal, originarán que los trabajadores desplazados a la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro y demás sanciones aplicables (artículo 5o.).

La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora, es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado hasta por un año posterior a la culminación de su desplazamiento.

## 2. Chile

Por su parte, Chile cuenta con la Ley 20.123 que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios.

Esta Ley agrega al libro I del Código del Trabajo, el siguiente título VII: “Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios”, además de realizar distintas modificaciones a la legislación vigente para regular la materia.

En el artículo 183-A se establece una definición de trabajo en régimen de subcontratación; señala que es aquel realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se de-

sarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.

Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o periodo durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal (artículo 183-B).

Si la empresa principal hiciere efectivo el derecho a ser informada (artículo 183-C), responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o periodo durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena. Igual responsabilidad asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos (artículo 183-D).

La empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera que sea su dependencia (artículo 183-E).

El artículo 183-F señala las definiciones necesarias para comprender los alcances de esta Ley:

- Empresa de servicios transitorios. Persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros, trabajadores para cumplir tareas de carácter transitorio u ocasional, así como la selección, la capacitación y la formación de trabajadores, además de otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.
- Usuaria. Persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales.
- Trabajador de servicios transitorios. Aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla.

Toda empresa de servicios transitorios deberá constituir una garantía permanente a nombre de la dirección del trabajo. El monto de la garantía se ajustará cada doce meses, considerando el número de trabajadores transitorios que se encuentren contratados en dicho momento. La garantía estará destinada preferentemente a responder, en lo sucesivo, por las obligaciones legales y contractuales de la empresa con sus trabajadores transitorios, devengadas con motivo de los servicios prestados por éstos en las empresas usuarias, y luego las multas que se le apliquen por infracción a las normas del Código (artículo 183-J).

El director del trabajo podrá, por resolución fundada, ordenar la cancelación de la inscripción del registro de una empresa de servicios transitorios, en los casos enumerados en el artículo 183-M del Código.

La puesta a disposición que se haga de los trabajadores de servicios transitorios a una usuaria por una empresa de servicios transitorios, deberá constar por escrito en un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios (artículo 183-N), que deberá indicar la causal invocada para la contratación

de servicios transitorios. Si falta el contrato escrito de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondiera aplicar conforme a este Código.

El contrato de trabajo de servicios transitorios es una convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios transitorios se obligan recíprocamente a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa y a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido (artículo 183-R).

Si el trabajador continúa prestando servicios después de expirado el plazo de su contrato de trabajo, éste se transformará en uno de plazo indefinido, pasando la usuaria a ser su empleador y contándose la antigüedad del trabajador, para todos los efectos legales, desde la fecha del inicio de la prestación de servicios a la usuaria (artículo 183-T).

La usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo, dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la empresa de servicios transitorios. Además, el trabajador de servicios transitorios quedará sujeto al reglamento de orden, seguridad e higiene de la usuaria, el que deberá ser puesto en su conocimiento mediante la entrega de un ejemplar impreso (artículo 183-X).

La usuaria deberá cumplir íntegramente con las condiciones convenidas entre el trabajador y la empresa de servicios transitorios relativas a la prestación de los servicios, tales como duración de la jornada de trabajo, descansos diarios y semanales, naturaleza de los servicios y lugar de prestación de los mismos.

Cuando la usuaria contrate a un trabajador de servicios transitorios por intermedio de empresas no inscritas en el registro que para tales efectos llevará la dirección del trabajo, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, además de las sanciones administrativas correspondientes (artículo 183-AA).

La usuaria será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a las empresas de servicios transitorios en favor de los trabajadores de éstas. No obstante lo anterior, será de responsabilidad directa de la usuaria el cumplimiento de las normas referidas a la higiene y seguridad en el trabajo (artículo 183-AB).

Asimismo, las trabajadoras contratadas bajo este régimen gozan del fuero maternal señalado en el Código, cesando éste de pleno derecho al término de los servicios en la usuaria (artículo 183-AE).

Sin embargo, en Chile, en donde durante 2006 el trabajo externalizado cubría a alrededor del 35% de la población asalariada, la interpretación que de la legislación ha hecho la Corte Suprema, le ha restado facultades fiscalizadoras importantes a la Dirección del Trabajo. Después de un largo proceso de inspección, la dirección del trabajo a fines de 2007 decretó irregularidades en la forma como se estaba desarrollando la externalización en Corporación Nacional del Cobre (Codelco). La orden fue que la empresa debía internalizar alrededor de 4,800 trabajadores subcontratados. Las cortes de apelación acogieron los alegatos de Codelco en el sentido de que la dirección del trabajo se había excedido en sus atribuciones, en tanto no estaba facultada para decidir la legalidad de los contratos en una subcontratación laboral. Finalmente, la Corte Suprema sostuvo que los fiscalizadores incurrieron en actuaciones arbitrarias e ilegales que afectaban la garantía constitucional contemplada en el artículo 19, núm. 3, inciso 4o. de la Constitución chilena en la medida en que se arrogaron facultades propias y excluyentes de los tribunales del trabajo;

que además de constatar hechos han llegado a una conclusión jurídica consistente en establecer la existencia de contratos de trabajo simulados, para lo cual han procedido a interpretar contratos, facultad que es propia del ente jurisdiccional y no de un ente administrativo y que si bien este último puede interpretar la ley, no le es posible dar por establecidas relaciones laborales; que el órgano fiscalizador debe ejercer sus facultades cuando en sus funciones fiscalizadoras se

encuentren frente a infracciones evidentes, claras, precisas y determinadas a las normas laborales, debiendo limitarse a constatar situaciones fácticas, que indubitadamente configuren infracciones a las leyes laborales...

Dejando desde el plano institucional en suspenso la implementación de la ley de subcontratación luego del fallo de la Corte Suprema.<sup>138</sup>

### 3. *Uruguay*

En Uruguay se cuenta con la Ley 18.099, la cual establece los derechos de los trabajadores ante los procesos de descentralización empresarial.

Todo patrono<sup>139</sup> o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad provisional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación con esos trabajadores. Esta responsabilidad queda limitada a las obligaciones devengadas durante el periodo de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra (artículo 1o.).

Los deudores solidarios de obligaciones laborales pueden establecer por contrato la forma en que las obligaciones asumidas se dividan entre ellos. Dichos pactos o contratos no son oponibles a los acreedores, quienes podrán demandar indistintamente a cualquiera de los codeudores solidarios por el total de las obligaciones (artículo 2o.).

<sup>138</sup> Echeverría Tortello, Magdalena, *La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores*, Chile, Dirección del Trabajo, 2010, pp. 137-145.

<sup>139</sup> Referencia de la ley.

Se establece la prohibición de emplear las modalidades de contratación de subcontratación, intermediación o suministradores de mano de obra, para remplazar trabajadores que se encuentren amparados al subsidio por desempleo debido a la causal de suspensión parcial o total de trabajo o en conflicto colectivo, pero sin perjuicio de las disposiciones especiales que rigen los servicios esenciales (artículo 3o.).

De igual manera, se impone la obligación de informar al trabajador, previamente y por escrito, sobre sus condiciones de empleo, su salario y, en su caso, de la empresa o institución para la cual prestará servicios (artículo 4o.).

Asimismo, se cuenta con la Ley 18.251 relativa a la responsabilidad laboral en los procesos de descentralización empresarial.

El artículo 1o. establece los conceptos generales de esa Ley:

- **Subcontratista.** Existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumpla dentro o fuera del mismo.
- **Intermediario.** Es el empresario que contrata o interviene en la contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero. No entrega directamente los servicios u obras al público, sino a otro patrono o empresario principal.
- **Empresa suministradora de mano de obra.** Agencia de empleo privada o empresa suministradora de mano de obra es la que presta servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona física o jurídica (empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución.

En las definiciones de subcontratista e intermediario no se comprenden las obras o los servicios que se prestan de manera ocasional. El concepto de obra o servicio ocasional no incluye el trabajo zafral o de temporada, el que será regido por las normas generales (artículo 2o.).

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

Las obligaciones previsionales respecto del trabajador contratado comprenden las contribuciones especiales de seguridad social (patronales y personales) (artículo 7o.).

#### 4. *Argentina*

Por su parte, Argentina cuenta con la Ley 20.744 relativa al régimen del contrato de trabajo.

Esta Ley regula, en lo general, a los contratos de trabajo. Podemos encontrar la regulación de la subcontratación. Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, son considerados empleados directos de quien utilice su prestación.

En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social (artículo 29).

El empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquélla por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectúe a la em-

presa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la Seguridad Social y depositarlos en término. El trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la Convención Colectiva, será representado por el sindicato y beneficiado por la obra social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria (artículo 29 bis).

La responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que prestan servicios, no podrá delegarse en terceros. El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la Seguridad Social (artículo 30).

Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o de conducción temeraria (artículo 31).

Los trabajadores contratados por contratistas o intermediarios tendrán derecho a exigir al empleador principal solidario, para el cual dichos contratistas o intermediarios presten servicios o ejecuten obras, que retengan, de lo que deben percibir éstos, y les hagan pago del importe de lo adeudado en concepto de remuneraciones u otros derechos apreciables en dinero provenientes de la relación laboral (artículo 136).

## 5. Colombia

En Colombia se cuenta con el Decreto 24, de 1998, por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las empresas temporales. El artículo 1o. establece una serie de definiciones fundamentales:

- Empresa de servicios temporales. Aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de ésta el carácter de empleador.
- Trabajadores de la empresa de servicios temporales. Son de dos categorías: de planta y en misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales y trabajadores en misión aquellos que envía la empresa de servicios temporales a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratados por éstos. La empresa de servicios temporales tendrá siempre el carácter de empleador con respecto tanto a los de planta y en misión.

La seguridad social integral (salud, pensiones y riesgos profesionales) respecto de los trabajadores en misión, es responsabilidad de la empresa de servicios temporales, sin perjuicio de las obligaciones que por ley y otras disposiciones legales complementarias le están asignadas a las empresas usuarias en esta misma materia (artículo 4o.).

De la reglamentación legal sobre empresas de servicios temporales están excluidas las empresas que prestan servicios diferentes al envío de trabajadores en misión, como las de suministro de alimentación y las que realizan labores de aseo (artículo 5o.).

La empresa de servicios temporales deberá otorgar una garantía ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y cumplir con

las obligaciones administrativas que se contemplan en los artículos 8-12 del Decreto en comento.

Según el artículo 13, los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o. del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiera remplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis meses prorrogables hasta por seis meses más.

Queda prohibido a la empresa usuaria contratar la prestación de servicios temporales con una expresa que no cuente con la autorización expedida por la Subdirección de Servicios y Gestión de Empleo (artículo 16).

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a través de la Subdirección Técnica de Servicios y Gestión de Empleo, mediante resolución motivada, autorizará el funcionamiento de las empresas de servicios temporales que cumplan con los requisitos exigidos en la Ley (artículo 17).

El artículo 19 establece las causas de multas que serán impuestas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a través de los funcionarios competentes de las direcciones regionales a las personas o empresas:

- a) que desarrollen la actividad de empresa de servicios temporales sin la correspondiente autorización;
- b) que contraten servicios temporales con empresas no autorizadas para desarrollar esta actividad;

c) cuando incumplan con cualquiera de las obligaciones contenidas en el presente decreto y en la Ley, siempre y cuando no sean causal de suspensión o cancelación.

La Subdirección de Servicios y Gestión de Empleo de la Dirección Técnica de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sancionará con suspensión de la autorización de funcionamiento a la empresa de servicios temporales y sus sucursales o agencias en los casos enumerados en el artículo 20.

La Subdirección de Servicios y Gestión de Empleo de la Dirección Técnica de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cancelará la autorización de funcionamiento de la empresa de servicios temporales en los casos enumerados en el artículo 21.

## II. LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUBCONTRATACIÓN

### *Ecuador*

En la región destaca la regulación constitucional ecuatoriana que prohíbe la subcontratación. Al respecto, en los considerandos del Mandato Constituyente número 8 se señala:

Que, la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral generalizada y la contratación por horas, constituyen modalidades de relación laboral que vulneran los derechos del trabajador y los principios de estabilidad, de pago de remuneraciones justas, de organización sindical y contratación colectiva.

Que, muchas empresas intermediarias, tercerizadoras y otras que actúan al margen de la ley, en complicidad con ciertas empresas usuarias, han vulnerado sistemáticamente los derechos de los trabajadores, pagándoles remuneraciones y prestaciones sociales inferiores a

las que por ley estaban obligados e incluso han deshumanizado el trabajo, convirtiendo a la fuerza del trabajo en simple mercancía.

Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador (artículo 1o.).

El artículo 2o. de este mandato prohíbe la contratación del trabajo por horas.

Se podrán celebrar contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria (artículo 3o.).

En los contratos a que se refiere el artículo anterior, la relación laboral operará entre los prestadores de actividades complementarias y el personal por ésta contratado en los términos de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio (artículo 4o.).

La remuneración pactada en el contrato de trabajo que se suscriba entre la empresa que se dedica a actividades complementarias y cada uno de sus trabajadores, en ningún caso se pactará una remuneración inferior a la básica mínima unificada o a los mínimos sectoriales, según la actividad o categoría ocupacional (artículo 5o.). Dichos contratos de trabajo obligatoriamente deben celebrarse por escrito y registrarse dentro de los 30 días subsiguientes a su celebración, ante el Ministerio de Trabajo y Empleo.

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

Las empresas de actividades complementarias y las usuarias no pueden entre sí, ser matrices, filiales, subsidiarias ni relacionadas,

ni tener participación o relación societaria de ningún tipo (artículo 60.).

La usuaria del sector privado que contrate a una persona jurídica, vinculada para el ejercicio de las actividades complementarias, asumirá a los trabajadores como su personal de manera directa y será considerada para todos los efectos como empleador del trabajador, vínculo que se regirá por las normas del Código del Trabajo.

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

Se podrá contratar civilmente servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros, que serán prestados por personas naturales, o jurídicas con su propio personal y que contarán con la adecuada infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera. La relación laboral será directa y bilateral entre los prestadores de servicios técnicos especializados y sus trabajadores.

Alrededor de la legislación de América Latina se han identificado de manera sistematizada los aspectos más trascendentes de los fenómenos triangulares en las relaciones laborales, identificando así:<sup>140</sup>

- las actividades en las que suele operar la subcontratación;
- los requisitos exigibles para que operen la subcontratación, la intermediación y el suministro de mano de obra;

<sup>140</sup> Cfr. Ermida Uriarte, Óscar y Colotuzzo, Natalia, *Descentralización, tercerización, subcontratación*, Lima, OIT, Proyecto FSAL, 2009, pp. 41-67.

- las modalidades de las relaciones triangulares, la determinación de la figura de empleador;
- los instrumentos normativos que regulan las relaciones triangulares;
- la presencia o ausencia de definición legal en materia de subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra;
- el tipo de responsabilidad adjudicada al empleador que contrata con intermediarios, subcontratistas y empresas suministradoras de mano de obra;
- la existencia y alcance temporal de la responsabilidad patronal;
- el fraude como fundamento de la responsabilidad patronal; el establecimiento de la obligación de contralor del empleador respecto al cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social por parte del subcontratista, intermediario o suministrador de mano de obra;
- la retención de los pagos a efectos de evitar el incumplimiento de los créditos laborales.

En el caso de México, si bien es cierto que la Ley Federal del Trabajo ha permanecido inmutable desde los años setenta en materia de derechos sustantivos,<sup>141</sup> también es verdad que la jurisprudencia ha desempeñado un papel muy importante en la materia, ante la inmovilidad del legislador, tema que se tratará en las páginas siguientes.

<sup>141</sup> Excepción hecha de las reformas en materia de capacitación y adiestramiento y en materia del trabajo en las universidades.