

## **INTRODUCCIÓN:-**

Etimológicamente la palabra trabajo proviene del latín trabis, que significa traba, dificultad, impedimento el cual nace por la necesidad de evolución y desarrollo del hombre por y para el surgimiento de su familia y el suyo propio; el trabajo es considerado como un factor de producción, que consiste en el intercambio de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades humanas, este hecho social crea la necesidad de su regulación; es por ello que surge dentro del Derecho la rama del Derecho del Trabajo, que lo podemos definir como un conjunto de teorías y normas destinadas a proteger al débil económicamente y a regular las relaciones contractuales entre patrono y trabajador.

En el mundo actual, podemos constatar que a pesar de la normativa vigente que busca la protección de los trabajadores, estos siguen siendo el elemento vulnerable en la relación laboral, más aún en una corriente que ha tomado tanta fuerza, como es la de las Tercerizadoras, circunstancia nueva a la cual se enfrentan hoy en día los trabajadores sin que exista normas claras que garanticen los tan frágiles derechos de los mismos; por lo que cada vez se hace más necesario que se busque la manera adecuada de proteger a la clase trabajadora, para que no sufran abusos; un paso importante para lograrlo es empezar a analizar las circunstancias diarias a la que se enfrentan los trabajadores con las Tercerizadoras, pues a pesar de ser tan necesario contar con una normativa actualizada, aún no se ha encontrado la manera de hacerlo, incluso porque como vemos con el paso del tiempo el mercado de la intermediación laboral o tercerización actualmente se ha expandido de tal forma que ha llegado a abarcar áreas como la banca, la comercial, la industrial y la de servicios, con lo que se hace más necesario que se encuentre una solución a esta problemática.

## CAPÍTULO 1

### 1. Derecho Laboral

En cuanto a las definiciones jurídicas del Derecho Laboral, se han dado un sin número de ellas, pero para tener una idea clara basta mencionar solo algunas, la primera dice:

Esta nueva rama de las Ciencias Jurídicas abarca el conjunto de normas positivas y doctrinas referentes a las relaciones entre el capital y la mano de obra, entre empresarios y trabajadores, en los aspectos legales, contractuales y consuetudinarios de los dos elementos básicos de la economía; donde el Estado, como poder neutral y superior, ha de marcar las líneas fundamentales de los derechos y deberes de ambas partes en el proceso general de la producción.<sup>1</sup>

De dicha definición podemos decir que Guillermo Cabanellas establece que el derecho del trabajo tiene por contenido principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores, de unos y otros con el Estado, en lo referente a trabajo subordinado y también en lo relativo a las consecuencias jurídicas mediatas e inmediatas, derivadas de la actividad laboral dependiente.

Una segunda definición que nos da Rafael Alfonso Guzmán, de lo que podemos entender de Derecho Laboral dice:

Es el conjunto de preceptos de orden público regulador de las relaciones jurídicas que tienen por causa el trabajo por cuenta y bajo la dependencia ajena con objeto de garantizar a quien lo ejecuta su pleno desarrollo como persona humana y a la comunidad la efectiva integración del individuo en el cuerpo social y la regulación de los

---

<sup>1</sup> Cabanellas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. 121

conflictos entre los sujetos de esas relaciones.<sup>2</sup>

Cabe mencionar el hecho de que este concepto Rafael Caldera lo resume como “el conjunto de normas jurídicas que regulan al trabajo como hecho social”<sup>3</sup>

Otra de ellas es la que nos da Mario de la Cueva; señala que el derecho del trabajo es la norma que se propone realizar la justicia social, en el equilibrio de las relaciones entre el trabajador y el capital.

### **1.1 Fundamento de las Normas Laborales:**

Su fundamento se encuentra en la idea de respeto a la dignidad de los trabajadores, es decir su objetivo es alcanzar el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre la clase trabajadora y los empleadores; por lo tanto se puede pensar que el trabajo es objeto de protección jurídica, que dependerá de la clase de trabajo que se llegue a realizar y considerando al trabajador.

Se busca preservar la integridad del trabajador, vista como la necesidad de respeto a su persona y no menos importante el hecho de proporcionarle los medios necesarios para su protección física al momento de realizar su actividad laboral, al igual que dotar de cursos de capacitación para mejorar su desempeño en el trabajo, incluso se ha llegado a mencionar el facilitar la elevación del nivel cultural, social y material, propios y de su familia.

Cabe decir que la Carta Magna, es decir la Constitución de la República del Ecuador, que recopila las normas fundamentales de nuestro país, incluso ha dado una sección para establecer algunos de los tantos derechos que tienen los trabajadores; por lo mismo, concluimos que a más del Código del Trabajo, la Constitución ha visto la necesidad de brindar protección a los trabajadores, garantizando el cumplimiento de sus derechos; pues aún en la actualidad son considerados el elemento vulnerable en la relación laboral

---

<sup>2</sup> y <sup>3</sup> GUZMAN, Calera. Derecho Laboral. Conceptos. [http:// www.hotmail.com/derecholaboral](http://www.hotmail.com/derecholaboral)

### 1.2.1 Breve referencia Histórica

Para conocer de manera clara lo que ha sido la historia laboral, he considerado importante hacer mención de datos no sólo del Ecuador, sino de América Latina, que han marcado los cambios en lo laboral. En cuanto al desarrollo mismo de la Legislación Laboral en América Latina, se ha lo dividido en seis grandes períodos:

El primero de ellos, en el siglo XIX y comienzos del presente, es el de la regulación laboral de conformidad con las normas civiles del arrendamiento de servicios. Hacia principios de siglo se abre un segundo período, con la adopción de las primeras leyes obreras<sup>4</sup>.

Estos son los dos primeros períodos, luego viene un tercer período, en el que se da la formulación de la doctrina sobre el deber que tiene el Estado de legislar para proteger al trabajador, que se expresa en la Constitución mexicana de 1917; este período se extiende hasta comienzos de los treinta; en el período cuarto, se hace visible la consolidación y codificación, se inicia en 1931 con la Ley Federal del Trabajo de México y el Código de Trabajo de Chile, y concluye treinta años después, en 1961 con el Código de Trabajo de Paraguay. El quinto llega a la profundización de las garantías laborales, que concluye hacia 1974 con la Ley de Contrato de Trabajo de la Argentina.

Por último, en la segunda mitad de los setenta, inicia una fase de retroceso y vaivenes, que comienza con la Ley 95 de Panamá; en la que se dan reformas que buscan recortar las garantías obtenidas en períodos anteriores. .

Sin embargo, hay que notar que muchas veces estas últimas han sido objeto de revisiones recientes de las propias constituciones políticas, por lo que habría que preguntarse por qué motivos hasta hace poco se consideraba que debían seguir vigentes, mientras que hoy se piensa que constituyen “un freno que afecta la

---

<sup>4</sup> y <sup>5</sup> Bronstein. Derecho Laboral y su evolución .<http://www.hotmail.com/derecholaboral>

búsqueda de la competitividad internacional a ultranza, por lo que deberían desaparecer”<sup>5</sup>.

Al margen de ciertos antecedentes anecdóticos, como las leyes de Indias del período colonial, o la regulación del trabajo en los imperios indígenas precolombinos, el punto de partida de la regulación laboral en América Latina, como en Europa, fueron las normas civiles sobre el arrendamiento de servicios. Hacia la segunda mitad del siglo pasado estas normas habían sido recogidas en códigos civiles, en su mayoría inspirados en el muy liberal Código de Napoleón.

Sin embargo, ya de aquella época datan algunas disposiciones que se interesan en el trabajo subordinado, por ejemplo en el Código de Minas de la Argentina, del año 1886, que prohibía el trabajo subterráneo de mujeres y de niños impúberes, o en el Código de Policía del Ecuador, que fijaba tasas de salarios mínimos<sup>6</sup>.

Pero ya haciendo referencia a leyes específicas enfocadas a la protección del trabajador, se puede mencionar a la que se adoptaba en Guatemala en 1906, que era una ley enfocada a los accidentes del trabajo, y en 1909 se menciona otra referente a la jornada de ocho horas en Cuba; mientras que en el años de 1914 se hablaba de una ley que incluía disposiciones referentes a la jornada de ocho horas, del empleo de obreros nacionales por contratistas públicos, del descanso dominical y el trabajo de menores.

Con poca posterioridad surgen las leyes sobre la jornada de ocho horas en el Uruguay (1915) y en el Ecuador (1916), y de los accidentes del trabajo en la Argentina (1915), Colombia (1915), Cuba (1916) y Brasil (1919).

El acontecimiento más importante de esta época fue la adopción, en 1917, de la Constitución de México, cuyo artículo 123 incluía un vasto catálogo de garantías sociales entre las que figuraban la jornada de ocho horas, protección

---

<sup>6</sup> Bronstein. Derecho Laboral y códigos. <http://www.hotmail.com/derecholaboral>

de menores y mujeres, descanso semanal, descanso por maternidad, salario mínimo, igualdad de remuneración, protección del salario, derechos sindicales y protección contra el despido injustificado. A no dudar la Constitución mexicana ejerció gran influencia, dos años más tarde, en los miembros de la Comisión de Legislación Social Internacional que elaboraron la Parte XIII del Tratado de Versalles, origen de la Organización Internacional del Trabajo<sup>7</sup>.

Hay que mencionar que el impacto de dicha Constitución fue incalculable, no tanto por su contenido, sino por su mensaje político; antes de la Constitución de México, otros países ya habían creado leyes que consagraban algunos de los principios, pero desde el momento en que dichos principios de legislación social se incorporaban en una Constitución esto quería decir algo más: “significaba que la formulación de una legislación para proteger al trabajador formaba parte de los deberes del Estado, y que el cumplimiento de ese deber estaba íntimamente vinculado al tipo de Estado que la Constitución había concebido”.<sup>8</sup>

Dicho mensaje fue el que se esparció desde México hacia todo el resto de América Latina, sirviendo de inspiración al resto de legislaciones que se dieron con el paso del tiempo, con lo que podemos deducir que el proceso formativo de la legislación laboral se aceleró en los años veinte.

En el año 1928 una publicación de la OIT presentaba una recopilación ya bien constituida de leyes sociales que para ese momento estaban en vigencia en América Latina. En los años treinta varios países de América Latina ya estaban listos para llevar a cabo lo que fueron el Código de Trabajo de Chile y la Ley Federal del Trabajo de México, ambos en 1931 y que fueron de indiscutible influencia en las leyes laborales adoptadas posteriormente en otros países de la región.

Luego vinieron varias leyes promulgadas a partir de 1931 en el Brasil, pero que fueron codificadas en 1943, la Ley del Trabajo de Venezuela, de 1936, el Código de Trabajo del Ecuador de 1938 y la Ley General del Trabajo de Bolivia en 1939;

---

<sup>7 y 8</sup> Bronstein. Análisis del Derecho Laboral. [www.hotmail.com/derecholaboral](http://www.hotmail.com/derecholaboral)

también surgieron los códigos del trabajo de de varios países como : Costa Rica (1943), Nicaragua (1945), Guatemala y Panamá (1947); al mismo tiempo la legislación laboral alcanzaba un importante desarrollo en países como Argentina, Cuba, Perú y el Uruguay, sin que en ellos fuese codificada. En 1950 se adoptó el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, luego se dieron los de la República Dominicana en 1951, de Honduras en 1959 y de Paraguay en 1961.

En cuanto a la etapa de profundización laboral, podemos decir que comenzó en 1965, con una importante reforma laboral en Colombia, y continuó con la adopción en Chile de dos leyes, sobre protección contra el despido injustificado en 1966 y sindicación campesina en 1967, le siguieron una nueva Ley Federal del Trabajo, en México (1970), un nuevo Código del Trabajo en Panamá en 1971, el Reglamento de la Ley del Trabajo de Venezuela en 1973, que amplió la protección de leyes anteriores, las leyes laborales adoptadas entre 1970 y 1974 en el Perú por el régimen militar populista de Velasco Alvarado, y finalmente las de Argentina sobre contrato de trabajo, en 1974.

La fase actual, de cuestionamientos y vaivenes se inició hace algo más de veinte años, con la adopción de la Ley 95, en Panamá, o aún más allá, con la creación en el Brasil, en el año de 1966 del Fondo de Garantía del Tiempo de Servicios (FGTS), con lo que se dio un importante retroceso en protección de la estabilidad laboral del trabajador. Luego constatamos el retorno de varios países a un régimen constitucional luego de largas dictaduras, iniciando con el Ecuador en 1979; en 1980 en el Perú, 1982 en Bolivia y Honduras, 1983 en Argentina, 1985 en el Brasil y Uruguay, 1986 en Guatemala, 1989 en Paraguay, 1990 en Chile, con lo que se dio la revisión de las constituciones políticas de varios países, que llevó a abrir nuevos espacios a la libertad sindical y a la autonomía colectiva; con respecto al trabajador individual las constituciones adoptaron una postura garantista, cabe mencionar entre los países que adoptaron reformas constitucionales en las que se reafirmaba dicha postura figuran Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Perú .

Su fuerza garantista se refleja por ejemplo en los veintidós incisos del art. 102 de la Constitución de Guatemala o en la lista de treinta y cuatro garantías sociales en la

del Brasil, o aún en las muy detalladas normas sobre trabajo a domicilio, trabajo doméstico o protección contra el despido injustificado de Honduras o El Salvador; esta reafirmación del garantismo debería llamar la atención si se piensa que coincidió con el tiempo de lucha contra la legislación laboral; sin embargo, se explica por el hecho de que las reformas constitucionales buscaban dotar de una nueva legitimidad al Estado, apenas salido de regímenes autoritarios o militares. De ahí que dicha postura que brindaba garantías puede haber reflejado una especie de pacto tácito o expreso, a través del cual la sociedad civil por así decirlo rechazaba o incluso expulsaba al demonio del autoritarismo mediante un acuerdo político, que incluía tanto compromisos de defender la democracia como una reafirmación de las garantías sociales.

En cuanto a la ulterior constitución del Perú, adoptada en 1994 en condiciones bien diferentes de las anteriores, vemos que demuestra una victoria del neoliberalismo en la medida en que de ella desaparecieron garantías sociales que figuraban en la Constitución precedente de 1979.

Pero refiriéndonos específicamente al Ecuador podemos decir, que quizás inspirado por la reforma colombiana, nuestro país revisó parcialmente su Código de Trabajo en 1991, mediante la adopción de la ley N° 133. La misma que cubrió distintos temas, pero se enfocó esencialmente en el contrato de trabajo, en la indemnización por despido intempestivo y las relaciones colectivas. Con respecto al contrato de trabajo, se estableció que dicho contrato, de duración determinada tendrá un tiempo mínimo de duración de un año, lo cual en apariencia simula ser una disposición rígida, pero a pesar de ello, permitió los contratos llamados eventuales, ocasionales o de temporada, que pueden tener una duración menor, ajustada a la causa que les dio origen.

En materia de despido intempestivo (sin preaviso) se aumentó las indemnizaciones debidas al trabajador, pues la indemnización mínima es igual a tres meses de salarios, pero las debidas en caso de despido con preaviso (desahucio) siguen siendo moderadas (aproximadamente una semana de salarios por cada año de servicios, además de la cesantía o compensación por tiempo de servicios). Entre otras de las disposiciones que se contemplaron, están la posibilidad de celebrar contratos de

aprendizaje en la industria, para la enseñanza de oficios, y se derogaron las prohibiciones del trabajo nocturno de la mujer, al igual que la que se refiere a su contratación para trabajar fuera del país. En lo que se refiere a las relaciones colectivas se incluyeron nuevas disposiciones sobre la negociación de los contratos colectivos, el trámite de los conflictos colectivos y el ejercicio de la huelga.

En el mismo tiempo, se regulaba en el Ecuador el contrato de trabajo de maquila por una ley aparte, para adaptarlo a las necesidades específicas de dicha actividad, que como se sabe es muy dependiente de una demanda externa a menudo imprevisible y que exige cumplimientos dentro de plazos que llegan a ser angustiosos.

### **1.3 Referencia a la Normativa: Legislación vigente**

En primer lugar podemos mencionar las normas que constan en el considerando que dio lugar al Decreto Ejecutivo N° 2166, referente a la Tercerización Laboral, que se encuentra en el Registro Oficial N° 442, del jueves 14 de Octubre del 2004. Entonces se menciona algunos artículos: el numeral 3 del artículo 23 de la Constitución Política de la República que dice:

“Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole”<sup>9</sup>

El numeral 11 del artículo 35 de la Carta Magna que establece la responsabilidad laboral solidaria de la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio aunque el contrato se efectúe por intermediarios; dicho artículo dice: “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”<sup>10</sup>.

---

<sup>9 y 10</sup> Constitución Política de la República del Ecuador. Edición julio 2003. pag 35

El segundo inciso del artículo 41 del Código del Trabajo señala igual solidaridad, acumulativa y electiva que se imputara a los intermediarios que contraten personal para que presten servicios en labores habituales a un empleador por lo que es indispensable la presente reglamentación; dicho artículo dice:

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. 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<sup>11</sup>.

### **1.3.1 Código del Trabajo y la Constitución de la República del Ecuador**

En cuanto a las normas del Código del Trabajo vigentes vale mencionar el artículo 36, según el cual “los trabajadores tercerizados podrán demandar el pago de sus derechos a los empleadores o representantes de la sociedad de intermediación laboral o tercerizadora, en virtud de la solidaridad establecida”<sup>12</sup> en este artículo.

En el artículo 352, que hace referencia a la Tercerización; dicho artículo dice así: “Otras modalidades del trabajo que se regulen por leyes especiales quedarán sujetas a éstas preferentemente y las disposiciones generales de este código se aplicarán en forma supletoria en todo aquello que no se hallare en oposición con dichas leyes especiales”<sup>13</sup> el mismo que se encuentra en debate actualmente y que fue enviado por la Comisión de lo Laboral y Social.

En cuanto a los artículos 19, 20, 34, 41 numerales 19 y 34; 44, están siendo tramitados por el Congreso Nacional, es decir, se encuentra todavía en debate dichos artículos que se refieren a la reformatoria al Código del Trabajo que norma el funcionamiento de las empresas tercerizadoras. Cabe mencionar que la Constitución del Ecuador consagra dentro del capítulo IV, que trata los Derechos Económicos,

---

<sup>11 y 13</sup> Código del Trabajo y Reglamentos. Edición julio 2003, pag 25-26

<sup>12</sup> MARTINEZ, Lizandro. Intermediación Laboral. El Mercurio. Cuenca (28/01/06) 6A

Sociales y Culturales, una sección para los derechos de los trabajadores, la que consta de dos artículos que llegan a cubrir todos los principios generales acerca de esta rama del Derecho; por su trascendencia procedo a analizarlos:

El artículo 35 está conformado por varios numerales, el primer de ellos señala la ubicación del derecho del trabajo, dentro de nuestro ordenamiento jurídico vigente, llegándolo a considerar como un derecho social por esencia, pues su naturaleza misma lo enmarca dentro de éste ámbito, porque es al Estado a quien le corresponde garantizar y hacer respetar los derechos fundamentales y los del trabajo. El segundo numeral nos dice que el Estado propenderá a eliminar la desocupación y subocupación, si bien estamos frente a un principio Constitucional de cumplimiento obligatorio, en la práctica poco o nada se ha hecho para solucionar el problema del desempleo, pues no se han llegado a aplicar políticas para terminar con estos problemas. El tercero habla de que el Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, y adoptará las medidas para su ampliación y su mejoramiento. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua dice que intangible “es lo que no puede o no debe tocarse”<sup>14</sup>. Desde la interpretación gramatical de la norma, se podría concluir que, una vez consagrado un derecho, éste no podría modificarse o reformarse, lo que nos colocaría frente a una especie de derechos absolutos, no modificables ni aún por reforma legal.

De ser cierta esa forma de entender la norma constitucional, el país no podría reformar la ley para adaptarla a las exigencias que plantearán el TLC y la apertura comercial, con grave riesgo para la subsistencia de las fuentes de trabajo, por lo que cabe una comprensión más razonable del principio, debe entenderse que son intangibles únicamente los derechos laborales básicos, consagrados por la ley, y no los que provienen de los contratos individuales y colectivos, que son esencialmente modificables en función de las circunstancias económicas y de las exigencias del entorno<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua

<sup>15</sup> CORRAL B, Fabián. El Comercio. (8/4/2005)

En cuanto al cuarto, que contiene unas de las principales garantías de los trabajadores que es el hecho de la irrenunciabilidad de los derechos de la clase trabajadora, y que toda estipulación en contrario, es decir que implique su renuncia será nula. El quinto se refiere a que será válida la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de los derechos y sea celebrado ante la autoridad administrativa o juez competente. En el sexto numeral se habla de los casos de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, en los cuales se aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores, es decir se aplica el principio in dubio pro operario.

Los numerales 3, 4, 5 y 6 son los que recogen los principios fundamentales del Derecho Laboral, por lo que el Estado al otorgar a estos principios el carácter de fundamentales y consagrarlos en la Constitución, lo que busca es garantizar el respeto de los mismos y llegar a regular o equilibrar la posición privilegiada del empleador frente al trabajador, sabiendo que este segundo como es evidente se encuentra en desventaja frente al empleador.

En el séptimo nos dice que la remuneración laboral será inembargable, salvo para el pago de pensiones alimenticias; en el octavo encontramos que los trabajadores participarán en las utilidades líquidas de las empresas, de conformidad con la ley, en el noveno se garantiza el derecho de organización de los trabajadores. En el numeral décimo se reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga y el de los empleadores al paro; en el número once se consagra el hecho de que la persona por quien se realice la obra, o se preste el servicio será responsable del cumplimiento de las obligaciones laborales, en el número doce se garantiza la contratación colectiva, señala también que todo derecho constante en un contrato colectivo debe respetarse individualmente, por más que dicho instrumento haya mejorado las condiciones constantes en la ley.

El numeral trece se refiere a que los conflictos colectivos de trabajo serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje, y finalmente en el numeral catorce se habla de que 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 especie, inclusive lo que reciba por los trabajos extraordinarios y suplementarios. El artículo 36, menciona que el Estado proporcionará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado en igualdad de derechos y oportunidades (igual remuneración por trabajo de igual valor).

Pero no se puede dejar de lado otros artículos que aunque constan en otras secciones también buscan la protección de los trabajadores, como es el artículo 50, que protege a los niños y adolescentes de la explotación en condiciones laborales, el artículo 243 que nos dice que serán objetivos de la economía, eliminar la indigencia, reducir el desempleo y subempleo, mejorar la calidad de vida de los habitantes, y la distribución equitativa de la riqueza; mientras en el artículo 244 se menciona que al estado le corresponde incentivar el empleo y el mejoramiento de los salarios, para aumentar la productividad, y dar subsidios a quienes los necesiten. Estos preceptos favorecen a los trabajadores, pues se los considera el elemento más vulnerable de la relación laboral.

### **1.3.2 Definición de Trabajador, empleador y Trabajo**

En cuanto a las definiciones de trabajador, han surgidos varias, pero vale mencionar las más concretas entre las cuales están las siguientes:

Trabajador es quien trabaja; todo aquel que realiza una labor socialmente útil. Laborioso o aplicado al trabajo. Obrero; el que realiza una tarea manual. Jornalero, todo el que cumple un esfuerzo físico o intelectual, con objeto de satisfacer una necesidad económicamente útil, aun cuando no logre el resultado. La parte retribuida en el contrato de trabajo<sup>16</sup>.

También se puede decir que trabajador “se considera a la persona física que presta a otra, sus servicios personales por virtud de un contrato ya expreso o tácito”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua

<sup>17</sup> Ochoa, Guillermo. Compendio del Contrato Individual del Trabajo en el Ecuador, 38

Otra de las definiciones importantes que encontramos es la que nos da el Código del Trabajo en su artículo 9 que dice: Trabajador es 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”<sup>18</sup>. Pero no sólo es básico conocer claramente los conceptos que se dan de trabajador, sino también lo que se entiende por empleador; de ahí que se dan las siguientes definiciones: El otro elemento que “interviene en el contrato de trabajo es el empleador, al que también se lo llama empresario, patrono, dador de trabajo, dador de empleo, etc.”<sup>19</sup>.

El Código del Trabajo nos da otra definición: “la persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quién se presta el servicio, se denomina empresario o empleador”<sup>20</sup>. Hay que mencionar que en el marco del contrato laboral, pueden intervenir en calidad de empleador las personas naturales o físicas, entidades públicas o semipúblicas y cualquier otro tipo de persona jurídica.

En cuanto al término patrono se dice que es “quien emplea remuneradamente y con cierta permanencia a trabajadores subordinados a él”<sup>21</sup>. Así como es necesario conocer las concepciones de trabajador y empleador, tanto o más lo es mencionar las del trabajo; incluso sería interesante mencionar algunas de las denominaciones con las que se conoce al Derecho del Trabajo, entre las que se destacan: Derecho Social, Derecho Obrero, Derecho Industrial, El nuevo Derecho y Legislación del Trabajo, aunque son términos que pueden llegar a limitar el contenido de esta disciplina.

Pero ya hablando del Trabajo, se puede decir que “en los siglos XX – XXI trabajo puede definirse como todo esfuerzo humano aplicado a la producción de bienes económicos”<sup>22</sup>. Se considera trabajo a la actividad consciente y voluntaria del hombre que busca la satisfacción de sus necesidades materiales, intelectuales o de creación. “Es el esfuerzo humano, físico o intelectual, aplicado a la producción y obtención de la riqueza; es toda actividad susceptible de valoración económica por la

---

<sup>18</sup> y <sup>20</sup> Código del Trabajo, 2003. 203

<sup>19</sup> Ochoa Guillermo, Compendio del Contrato Individual del Trabajo en el Ecuador, 38

<sup>21</sup> y <sup>23</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua

<sup>22</sup> César Belaunde, Economía política

tarea, el tiempo o el rendimiento”<sup>23</sup>.

Una vez que ya conocemos las definiciones de estos dos sujetos que intervienen en la relación laboral, no hay que olvidar que en el Código del Trabajo se encuentran establecidos las obligaciones que les corresponden cumplir a estos dos elementos, en cuanto a las obligaciones del empleador las encontramos en el artículo 42, las obligaciones del trabajador en el artículo 45 del mismo código, incluso encontramos las prohibiciones que se imponen al empleador y al trabajador; con lo que se busca que estemos frente a un panorama más claro, pues se establece específicamente lo que se puede o no hacer por parte de cada uno de los sujetos de la relación laboral, claro está buscando la protección del elemento que se encuentra en desventaja en la relación laboral, que es el trabajador.

---

<sup>23</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua

## CAPITULO 2

### 2.1 Las Tercerizadoras:

En la actualidad la tercerización laboral se ha llegado a convertir en una actividad muy común en nuestro medio, “se trata de empresas que intermedian en la provisión de personal a otras compañías y entidades (principales o receptoras) para la ejecución de distintas tareas; en algunos casos se trata de labores de tipo eventual u ocasional, no habituales dentro de las actividades propias del empleador”<sup>23</sup>. Pero en otros casos dichos empleados proporcionados por las tercerizadoras se dedican a realizar tareas que se encuentran en la línea de la empresa, es decir, que son esenciales para la misma; pero vale decir que es justo en esta dimensión donde las industrias y otro tipo de empresas no contratan directamente personal, sino en lugar de ello han creado tercerizadoras vinculadas con esas empresas, como una forma de evasión de los derechos de los trabajadores; dicha circunstancia se trata de justificar por varios empresarios, al decir que se recurre a este comportamiento como un medio para reducir costos, aunque con ello se vean afectados los beneficios establecidos en la Ley a favor de los trabajadores.

Cabe mencionar que también los tercerizadores se manifiestan con respecto a la aplicación de la tercerización en el país, del tema trata el Presidente de la Asociación de Tercerizadoras del Austro, Eugenio Fernández; y dice

“Toda intermediación laboral ilegal es peligrosa, porque si no hay control de las autoridades de Trabajo y de Seguridad Social, empleados y usuarios resultan perjudicados: no les afilian al IESS, no les cancelan décimos y no respetan los derechos fundamentales. Ahora las autoridades de Trabajo son quienes deben ejercer el control”<sup>24</sup>

También nos dice que desde hace 10 años, el gremio de los tercerizadores han venido solicitando que se regule la intermediación laboral en nuestro país, pues se veía la

---

<sup>23</sup> NAVAS ALVEAR, Marco. Las Tercerizadoras <http://www.derechoecuador.com>

<sup>24</sup> FERNANDEZ, Eugenio. Tercerizadoras en el Ecuador. El Comercio. Cuenca (26/01/2006)

necesidad de que se realice dicha regulación, pues en un futuro podría afectar a varios sectores; se llegó a hablar con el Ministerio de Trabajo y el IEES para llegar a realizar un control, incluso se aprobó un código de ética de aplicación para las tercerizadoras autorizadas; en el cual se describe el comportamiento de las tercerizadoras frente a las empresas usuarias y trabajadores, se menciona entre los parámetros no ofrecer comisiones irrisorias para ganar clientes; y finalmente que se cumpla con leyes laborales, tributarias, seguridad social, etc. En lo que se refiere al porcentaje que se cobra nos dice que depende de la negociación, pero en general bordea el 7% al patrono.

Otro punto muy importante al que se refiere Eugenio Fernández, es el hecho de que los trabajadores tercerizados rotan cada seis meses y por lo mismo llegan a perder ciertos beneficios, como el Fondo de Reserva, a lo cual acota que si bien los trabajadores pierden ciertos beneficios ( Fondo de Reserva, que se genera luego del primer año de trabajo), ellos conocen esta situación y la aceptan, a demás casi en la generalidad de los casos ganan un sueldo mayor del mínimo que establece la ley, por lo cual se compensa de cierta manera.

Finalmente habla de que, lo que se busca es que no existan empresas que estén vinculadas, que se llegue a dar un control estricto a las empresas legales y no permitir que las que siguen trabajando de manera ilegal sigan aprovechándose tanto de los trabajadores como de la sociedad en general; para lo cual sugiere que los trabajadores para asegurarse que una tercerizadora es legal, deben acudir al Ministerio de Trabajo, pues allí se exhibe las listas de las tercerizadoras que actúan de acuerdo a nuestra ley, es decir que son legales.

### **2.2.1 Concepto de Tercerizadora.**

En cuanto al concepto de las Tercerizadoras, se las ha definido como las “personas jurídicas que brindan servicios permanentes u ocasionales en actividades no vinculadas a la actividad principal de la empresa usuaria; se las denomina empresas de servicios complementarios”<sup>25</sup>; con lo que quedarían excluidas las empresas

---

<sup>25</sup> NAVAS ALVEAR, Marco. Regulación de las Tercerizadoras a debate. <http://www.derechoecuador.com>

vinculadas, que proveen personal para actividades principales de las empresas receptoras. Una pregunta que surge en la ejecución diaria de este tipo de contratos es la siguiente: ¿hay diferencia entre intermediación laboral y tercerización? , al respecto responde el Director Regional del Trabajo del Austro, Lizandro Martínez lo siguiente:

“Ese es un debate amplio que se ha dado en el Consejo Nacional del Trabajo, muchos dicen que tercerizar servicios no tiene nada que ver en el ámbito laboral; no tiene por qué estar en el Reglamento. Es una materia civil manifiestan otros...”<sup>26</sup> Pero a pesar de esa confusión, el artículo 25 del Reglamento a la Ley de Servicio Civil, habla de los “Contratos de tercerización. Los contratos de tercerización o intermediación de servicios, podrán ser celebrados por la autoridad nominadora de las instituciones....”<sup>27</sup>

Este es el caso para la empresa pública, pero y ¿para la privada? a pesar de que le corresponde al Congreso Nacional la interpretación de dicha ley, en este artículo se dice tercerización o intermediación, con lo que podemos entender que ambos términos se refieren a lo mismo; pero según la ley reformativa al código de trabajo, mediante el cual se regula la actividad de intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios, se llega a dar ciertas definiciones a estos términos, que son los siguientes:

La intermediación Laboral, se la denomina así a “aquella actividad consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, natural o jurídica, llamada usuaria, que determina sus tareas y supervisa su ejecución”<sup>28</sup> y, Tercerización de Servicios Complementarios se denomina a “aquella que realiza una persona jurídica constituida de conformidad con la Ley de Compañías con su propio personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa.”<sup>29</sup> La relación laboral operará de manera exclusiva entre la empresa tercerizadora de servicios complementarios y el personal que ha sido por ésta contratado en los términos que establece la

---

<sup>26</sup> MARTINEZ, Lizandro. Intermediación Laboral. El Mercurio.6<sup>a</sup>

<sup>27</sup> Reglamento a la Ley de Servicio Civil

<sup>28</sup> y <sup>29</sup> R.O. 23 de junio de 2006 Suplemento

Constitución Política de la República y la Ley.

Si bien es de suma importancia tener a la mano una definición de tercerizadora, hay que considerar otros aspectos, como lo es qué áreas abarca la tercerización, al respecto se puede decir que actualmente el mercado de la intermediación laboral o tercerización abarca muchas áreas como el bancario, el comercial, el industrial y el de servicios; también hay que mencionar que se puede tercerizar todo tipo de personal, desde un gerente hasta llegar a un mensajero, pero este fenómeno se da más en los niveles medios, incluso hay ejemplos de compañías que han deseado tercerizar todo su personal, lo cual no puede darse con las normas que actualmente regulan la tercerización, ya que nos dice que la empresa usuaria puede mantener bajo el sistema de intermediación laboral no más del 50% del total de los trabajadores que la empresa usuaria requiera contratar para su operación y funcionamiento pero este porcentaje no se aplicará en el caso de iniciación de un primer período (no mayor de 270 días desde su inscripción en el Registro Mercantil o de la suscripción del primer contrato) de actividades en usuarias nuevas; antes de dicha normativa se podía llegar hasta el extremo de tercerizar el 100% de los trabajadores.

### **Breve análisis de Contratos.**

En cuanto a este tipo de contratos encontramos que en la Ley Reformativa al Código de Trabajo en el R.O. 23 de Junio de 2006 Suplemento, se habla de la obligación que se realice el contrato escrito, es decir que se requiere dos contratos: un contrato mercantil de intermediación laboral celebrado por escrito entre la empresa de intermediación laboral y la usuaria; así como un contrato de trabajo celebrado por escrito entre la empresa de intermediación laboral y cada uno de los trabajadores intermediados; también se menciona el hecho de que el contrato mercantil tendrá la duración del tiempo que lleguen a pactar las partes, en cuanto al contrato de trabajo durará el mismo tiempo que el mercantil, a menos que las partes acuerden otro plazo

Se menciona igualmente que se agregarán los contratos inscritos de los trabajadores asignados y la garantía de fiel cumplimiento de las obligaciones laborales. Y que una copia del Contrato firmado debidamente se lo deberá depositar en el Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos dentro de los treinta días siguientes al de su firma. Es importante conocer un ejemplo de contrato entre una empresa usuaria y la tercerizadora, es decir, en este caso es entre el “Contratante” y la empresa que se la denominará T.

### **CONTRATO No. 13**

Contrato que celebra la “Empresa Contratante” con la Empresa T, (Asesores Laborales y Colocación de Personal): Para la prestación de Servicios de Personal

#### **Primera: Comparecientes:**

Comparecen a la celebración del presente contrato por una parte la empresa Contratante, representado por el señor YY, a quién en adelante se lo denominará **el contratante** o simplemente la Entidad; y, por otra parte el Señor XX, en su calidad de Gerente General de la Empresa T, a quien en lo posterior se la denominará **el contratista**, convienen en celebrar el presente contrato de conformidad con las siguientes cláusulas:

#### **Segunda: Objeto del Contrato:**

El Contratista se obliga para con la empresa Contratante a prestar el servicio de Administración y/o Provisión de Personal constante en 6 Ingenieros Civiles, 4 Contadores, 7 Oficinistas, de conformidad a los detalles y especificaciones constantes en la propuesta presentada, así como a las siguientes características:

El Contratista proveerá personal necesario y capacitado solicitado por parte de la Jefatura de Recursos Humanos de la Entidad, para que éste se desempeñe bajo las órdenes de la empresa T. La Entidad se reserva la facultad de aceptar o negar al personal seleccionado por el Contratista, sin que la negativa ocasione costo

alguno. El personal seleccionado por el Contratista no tendrá ninguna relación de dependencia laboral con la empresa Contratante ya que la relación laboral será única y exclusivamente con el Contratista, el cual asume toda la responsabilidad patronal respecto a su personal.

El Contratante podrá solicitar al Contratista en cualquier momento la terminación del servicio o el cambio de una o más personas que presten sus servicios en virtud de este contrato; para el efecto, comunicará por escrito su resolución al contratista, quien cumplirá de manera inmediata la disposición recibida, sin que este pedido ni las acciones que se lleven a cabo para este objeto causen ninguna responsabilidad económica para el Contratante. Es prohibido al Contratista efectuar cambios, cancelar o contratar personal sin que haya una solicitud previa y por escrito del señor Jefe de Recursos Humanos. Igualmente le está prohibido ofrecer o asegurar estabilidad a las personas que presten servicios en la Entidad contrate.

### **Tercera: Precio Y Forma De Pago:**

3.01.- La cuantía referencial de este contrato es de **CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO VEINTE Y TRES DOLARES CON SESENTA Y DOS CENTAVOS**; en virtud de que la Entidad pagará mensualmente al Contratista de acuerdo a las planillas remitidas por los días y horas efectivamente trabajados por su personal.

3.02.- El Contratista faculta el descuento de la tasa de servicios correspondiente, de acuerdo a la Ordenanza Provincial vigente, valor que será retenido mensualmente en base a la factura presentada por el Contratista.

Toda planilla por los servicios prestados es provisional; es decir, de existir errores en favor o en contra de la Entidad, se tramitará el pago de dicha planilla, cuyos valores serán reajustados en el próximo mes previa su justificación.

3.04.- Luego de suscrito el contrato y previa la presentación de las garantías correspondientes, el Contratante, se obliga a pagar mensualmente al Contratista el salario y beneficios adicionales de Ley, para las personas contratadas en base de este contrato, más el **8,50 de recargo por el valor del ingreso total de cada trabajador**, correspondiente al costo por la presentación del servicio que se contrata.

3.06.- El Contratista remitirá mensualmente hasta el día 30 de cada mes a la Entidad, el rol de pagos y toda la documentación necesaria para el pago al personal contratado; la parte Contratante las aprobará u observará en el plazo de cinco días, luego de lo cual la Entidad cancelará al Contratista el valor correspondiente dentro de los diez días subsiguientes, para el respectivo pago a sus trabajadores.

**Cuarta: Plazo:**

4.01.- El plazo de duración del presente contrato rige **a partir del 5 de enero del 2.005 por un lapso de 6 meses.**

**Quinta: Garantía:**

5.01.- El Contratista debe contar con una póliza de fidelidad que ampare al Contratante por los perjuicios que le ocasionasen los trabajadores contratados hasta por un monto máximo de **DOSCIENTOS DOLARES** por cada trabajador.

5.02.- La Entidad notificará por escrito al Contratista de la acción u omisión de sus trabajadores que le hubieren causado perjuicio, adjuntando la documentación de soporte necesaria, en el plazo de cinco días desde que se conoció el particular. El Contratista notificará y gestionará el pago de inmediato a la aseguradora, debiendo cumplir el pago en un plazo de quince días.

Si por cualquier causa la Compañía de Seguros no pagase el siniestro, deberá hacerlo el Contratista en su lugar, de modo que la Entidad tenga la total garantía del cumplimiento de esta obligación.

5.03.- Además todos los trabajadores que laboren en Empresa T en virtud de este contrato, estarán amparados por una Póliza de Vida y Asistencia Médica que cubra los riesgos de muerte accidental, invalidez total y permanente, hasta por un monto de **MIL DOLARES (US \$ 1000,00) por cada uno.**

**Sexta: Obligaciones del Contratista:**

6.01. Son obligaciones del Contratista las siguientes

1.- Prestar el servicio contratado con puntualidad, eficiencia y responsabilidad observando las leyes aplicables a su actividad.

2.- Asumir todas las obligaciones para los empleadores contempladas en el C. del Trabajo, en la Ley de Seguro Social Obligatorio y las demás normas del Derecho Laboral y Social. Igualmente hará conocer a sus trabajadores, los reglamentos y demás disposiciones de carácter administrativo que dicte la Entidad, que será obligatorio.

3.- Efectuar periódicamente pruebas psicotécnicas de evaluaciones de personal, sin costo adicional para la Entidad.

4.- Enviar máximo hasta el 30 de cada mes a la Entidad, la documentación necesaria para el pago del personal previsto, la Entidad lo aprobará u observará en el plazo de cinco días desde la fecha de entrega.

5.- Atender y resolver los reclamos laborales que formulen los trabajadores, la Entidad no reconocerá ninguna organización como Asociación, Sindicato, Comité de Empresa o similares que formen los trabajadores de la Compañía T, ni se someterá a sus posiciones, pliegos de peticiones, reclamos, medidas de hecho, etc., pues ninguna relación laboral asume por este contrato con los trabajadores de la empresa Contratista

ni a título de responsabilidad solidaria de empleadores por no existir los presupuestos legales.

6.- Entregar a la Entidad copia de todas las planillas de pago de las remuneraciones del mes inmediato anterior de los servidores que laboren en la empresa Contratista, en virtud de este contrato.

7.- Presentar a la Entidad copia auténtica de las planillas de pago de aportes al IESS, por el personal que el Contratista provea. En todo caso, la falta del pago de aportes al IESS respecto a los mencionados trabajadores, es causa suficiente para que la Entidad dé por terminado unilateralmente el contrato.

8.- Pagar a sus trabajadores los valores que la Entidad le entregue por concepto de remuneraciones, sin realizar descuentos que no estén contemplados en la ley.

**Séptima: Obligaciones de la Entidad Contratante:**

7.01.- En virtud de este contrato, Contratista asume las siguientes obligaciones:

1.- Comunicar por escrito al Contratista cualquier novedad sobre la prestación del servicio del personal contratado.

2.- La Entidad tratará los aspectos relacionados con este contrato, con el ejecutivo de servicios que el Contratista designará con este objeto. A falta de esta designación, lo relativo a este contrato se tratará directamente con el Representante de la Contratista.

3.- Notificar al Contratista si el trabajador que éste pretende contratar ha laborado antes en la Entidad y el tiempo de la relación laboral con dicho empleador.

4.- Informar los movimientos, cambios, suspensiones, etc. del personal del contratista hasta el día 22 de cada mes a fin de que pueda registrar esos hechos. Si por falta de información el contratista efectuase pagos a su personal, éstos serán cubiertos por la Entidad.

5.- Es responsabilidad de la Entidad mantener los niveles de seguridad de conformidad con la ley en los lugares de prestación de servicio, así como proveer al personal que proporcione el contratista de los elementos de seguridad necesarios además de las instrucciones suficientes para el desempeño de sus actividades.

6.- La Entidad proveerá el transporte que se requiera para los trabajadores que cumplan labores para la Entidad de acuerdo a los horarios y más condiciones determinadas.

7.- Si la Entidad decide unilateralmente, prescindir de los servicios del personal de la empresa Contratista antes del vencimiento del plazo, la Entidad se obliga a pagar a la Contratista todos los costos y valores que esta empresa haya pagado a sus trabajadores por la terminación anticipada y unilateral del servicio contratado.

8.- Entregar hasta el 28 de cada mes, el reporte mensual de trabajo del personal tercerizado, para que el Contratista proceda con la elaboración de roles de pago, facturas y planillas.

**Octava: Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato:**

8.01.- De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 68 de la Ley de Contratación Pública, para respaldar el fiel cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajere a favor de terceros relacionados con el mismo, el Contratista entregará a la Entidad una de las garantías estipuladas en el Art. 73 de la mencionada ley, por un monto equivalente al 5% del valor máximo del presente contrato. Esta garantía es incondicional, irrevocable y de cobro inmediato. El Contratista se obliga a renovar esta garantía con cinco días hábiles de anticipación a su vencimiento, caso contrario será ejecutada.

8.02.- La Entidad devolverá al Contratista esta garantía al finalizar el contrato y después de que se haya firmado el acta de entrega-recepción del servicio prestado.

**Novena: Prohibición de ceder el Contrato:**

El Contratista no podrá ceder la ejecución de este contrato, ni aún parcialmente. La contravención de esta prohibición es causa suficiente para que la Entidad lo dé por terminado unilateralmente y haga efectiva la garantía de fiel cumplimiento.

**Décima: Terminación Anticipada del Contrato:**

10.01.-Este contrato podrá terminar anticipadamente por las siguientes causas:

1.- Por mutuo acuerdo de los contratantes.

2.- Por declaración unilateral de la Entidad en los siguientes casos:

a) Quiebra del Contratista;

b) Si el contratista no renueva con o por lo menos cinco días de anticipación a su vencimiento la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.

c) Si el Contratista cediera en todo o en parte los derechos u obligaciones que nacen de este contrato.

d) Por incumplimiento del Contratista. En este caso, se notificará por escrito al Contratista esta decisión, concediéndole quince días para que rectifique el incumplimiento, sino se subsanan las causas alegadas, terminará el contrato.

3.- Por sentencia ejecutoriada que declare la resolución del contrato.

4.- Por disolución de la Compañía Contratista; y,

5.- Por cualquiera de las causales determinadas en la Ley de Contratación Pública.

**Décima Primera: Derecho de Repetición:**

11.01.- El Contratante, ejercerá el derecho de repetición contra el contratista, consagrado en el Art. 10 del Decreto N° 2.166 publicado en el registro oficial No. 442 del jueves 14 de octubre del 2004, cuando el caso corresponda.

**Décima Segunda: Juramento:**

12.01.- El Contratista declara bajo juramento que no se encuentra incurso en ninguna prohibición legal para suscribir este contrato y asume toda la responsabilidad derivada de cualquier infracción al respecto.

**Décima Tercera: Controversias:**

13.01- En caso de controversias las partes se someten a la competencia de los Tribunales de Cuenca y al procedimiento establecido en el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado y Prestación de Servicios Públicos.

13.02.- Para este efecto las partes señalan su domicilio en la ciudad de Cuenca y para constancia firman este contrato en cuatro ejemplares de igual tenor, a los cinco días del mes de enero del 2005.

EMPRESA CONTRATANTE

**"EL CONTRATISTA"**

A continuación un modelo de contrato celebrado entre la empresa tercerizadora y la trabajadora, inscrito en la Inspectoría del Trabajo del Azuay; y forma parte del expediente que se encuentra en el Tribunal Contencioso Administrativo N° 3 de nuestra ciudad.

**CONTRATO PLAZO FIJO Contrato N°: 287**

En la Ciudad de Cuenca al 05 Enero 2005 , comparecen a la celebración del presente contrato el trabajador (a) y el empleador cuyos nombres y especificaciones se indican a continuación, de una manera libre y voluntaria bajo las siguientes cláusulas que se detallan a continuación.

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>Empresa</b>           | Empresa T                      |
| <b>Representante:</b>    | X X                            |
| <b>Trabajador:</b>       | CORDERO MARIA                  |
| <b>Cédula:</b>           | 010140040-6                    |
| <b>Cargo:</b>            | TECNICO EN EDUCACION Y CULTURA |
| <b>Lugar de Trabajo:</b> | CUENCA                         |
| <b>Fecha de Entrada:</b> | 05 Enero 2005                  |
| <b>Duración Contrato</b> | 364                            |
| <b>Fecha de Término:</b> | 04 Enero 2006                  |

### **Primera-Antecedentes:**

Empresa T es una Compañía Privada de Colocaciones legalmente autorizada para funcionar como tal, cuyo objeto principal es la contratación, intermediación o dotación de personal a terceros.

### **Segunda:**

Dando cumplimiento a su objeto social empresa T celebró un contrato civil de servicios de dotación de personal con el CONTRATANTE, a quien y para efectos de este contrato se le denominará CLIENTE, obligándose a proporcionarle personal dentro de las condiciones estipuladas en el mencionado contrato. Con los antecedentes antes expuestos la COMPAÑÍA contrata los servicios personales del trabajador (a), para que desempeñe sus funciones en conformidad con la ley, Reglamentos Internos del Empleador y del Cliente, declarando el trabajador (a) conocerlos y aceptarlos.

### **Tercera-Remuneración:**

El empleador se compromete a pagar al trabajador (a) por los servicios prestados una remuneración convenida y en la forma que se encuentra detallada en las especificaciones iniciales, más todos los beneficios sociales, bonificaciones y remuneraciones adicionales de ley.

**Cuarta-Jornada:**

El trabajador (a) se obliga a prestar sus servicios por jornadas de trabajo, las máximas diarias y semanal, en conformidad con la ley, en los turnos y dentro de los horarios establecidos por el Cliente o Empleador, pudiendo ser modificados las veces que requiera la COMPAÑÍA y/o CLIENTE, con autorización del trabajador y previo al trámite de ley. Si por circunstancias del trabajo a realizarse, caso fortuito o fuerza mayor, fuere necesario que el trabajador (a) deba laborar sábados o domingos o en horas suplementarias que excedan la jornada máxima diaria, las partes aceptan someterse a lo dispuesto en los arts. 52 y 55 del Código del Trabajo. Para los efectos de esta cláusula se tomará en cuenta si las funciones que deba cumplir el trabajador (a) son de confianza o dirección según el Art. 58 del mismo Código.

**Quinta-Lugar de Trabajo:**

El trabajador (a) deberá prestar sus servicios en las oficinas o demás dependencias determinadas por la COMPAÑÍA.

**Sexta-Duración:**

El presente contrato rige por el tiempo señalado en las especificaciones iniciales, contados desde la fecha de su celebración. Cualquiera de las partes podrá dar por terminado este contrato previo trámite de ley, o de la misma manera previo Visto Bueno en los casos de los arts. 172, 173 del Código de Trabajo y otros de ley, con el procedimiento determinado en el Art. 618 del mismo Código.

**Séptima-Acuerdo:**

En todo lo que no estuviere previsto en el presente contrato, las partes declaran incorporadas disposiciones de la ley de la materia, en especial relativas a las obligaciones del empleador y el trabajador (á) y las prohibiciones correspondientes.

**Octava-Domicilio:**

Para caso de juicio se someten a los Jueces competentes del lugar en que este contrato ha sido celebrado.

Para constancia de lo antes estipulado las partes luego de haber leído y entendido las cláusulas y efectos de este instrumento, suscriben en tres ejemplares de igual contenido, y valor ante el señor Inspector de Trabajo que certifica.

TRABAJADOR

LA COMPAÑIA T

Este contrato ha dado pie a un sin número de problemas, pues en base del mismo la trabajadora antes mencionada dedujo la acción de Amparo Constitucional, y que siguiendo con dicho proceso, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3 con sede en Cuenca, resolvió aceptar el recurso de amparo constitucional; se suspende los efectos del acto de cesación impugnado, se dispone igualmente el reintegro de María Cordero, al cargo que desempeñaba, a demás se ordena que se cancele los valores dejados de percibir, dicha resolución se dio luego de varios análisis por parte de los ministros jueces del Tribunal Contencioso, los mismos que se basan en varias consideraciones para justificar dicha resolución como las siguientes:

Primera: El Tribunal es competente para conocer y resolver sobre la presente causa, de acuerdo a lo previsto en el art. 95 de la Constitución Política de la República y el art. 46 de la Ley Orgánica de Control Constitucional. Segunda: Que se han observado las solemnidades previstas para el procedimiento, por lo que se declara su validez. Tercera: La vinculación de la recurrente con la tercerizadora no es aspecto de debate. En la misma se hacen dos precisiones: 1.- El artículo 119 de la Constitución, establece que las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y que tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común. 2.- De conformidad con la norma constitucional citada, el Gobierno Provincial del Azuay, como entidad pública que es, debió observar el precepto señalado y adecuar su actuación en los preceptos constitucionales y legales aplicables, por tanto si la Constitución Política de la República, como norma suprema del Estado, establece que las relaciones de las

instituciones comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del art. 118, con sus servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública, salvo las de los obreros, que se regirán por el derecho del trabajo, disposición que está en relación con el precepto contenido en el literal b) del art. 4 de la LOSCA, no podía válidamente contar con los servicios de la recurrente, a través de una tercerizadora, porque además la disposición contenida en el art. 8 de las Normas de Restricción del Gasto Público, establece la prohibición de contratar personal con empresas tercerizadoras, para la ejecución de labores permanentes.

Cuarta: A pesar de la suscripción del contrato, con la tercerizadora para la provisión de personal, en actividades técnicas, no puede ser un contrato de trabajo, pues esta forma de vinculación sólo está prevista para los obreros; incluso el art. 35 numeral 9, apartado uno, establece que las relaciones de las instituciones, como el Gobierno Provincial, debe ser reguladas por las leyes de la Administración Pública. Quinta: La cesación abrupta, violenta, afecta los fundamentales derechos constitucionales, como el derecho de defensa, consagrado en el numeral 10 del art. 24 de la Constitución, el derecho del trabajo, en el art. 35, el derecho de los servidores públicos, en el art. 124 de la misma.

Sexta: La vinculación de la recurrente mediante la tercerizadora, en caso de ser la misma admisible conlleva responsabilidad solidaria. Séptima: La excepción de falta de derecho de la actora, para formular este recurso, no cabe, pues un documento (contrato) no puede estar sobre la aplicación de la Constitución y la ley. Octava: Para que el recurso de amparo sea admisible, deben concurrir simultáneamente los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítima de una autoridad pública, b) que esta viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, Convenio o Tratado Internacional y c) Que de modo inminente amenace causar grave daño.

Novena: Para llegar a la consecuencia que expresa el Tribunal, se ha considerado que la Legislación Constituyente, en salvaguardia de los derechos constitucionales, dictó el precepto contenido en el art. 18 de la Constitución, que establece que en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más

favorezca su efectiva vigencia, que ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución, que las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Luego de analizar los argumentos del Tribunal, que los llevó a tomar esa resolución, podemos constatar que todavía nos encontramos frente a un panorama incierto en cuanto a las tercerizadoras, pues a pesar de estar frente a varias normas que justifican dicha resolución, no podemos dejar de lado, el hecho de que la regulación de las tercerizadoras presenta varios vacíos, lo que da lugar a que se presenten confusiones y conflictos al momento de resolver dichas situaciones; cabe mencionar que la resolución del Tribunal Tercero se encuentra en apelación, lo que demuestra la falta de seguridad en cuanto a dicho tema.

Pero si bien es importante conocer el contenido de un contrato, de estas características, también resulta indispensable recurrir a casos en los que estos contratos sólo demuestran que los trabajadores se ven disminuidos en sus garantías; un caso de ellos es el que se da con la Categ (Corporación para la Administración Temporal Eléctrica de Guayaquil), con la que es usual que grupos de 29 trabajadores roten entre empresas de intermediación laboral, información que ha sido confirmada por el Ministerio de Trabajo; es más, se aclara que el grupo de tercerizados no puede ser mayor de 29 personas, pues el Código del Trabajo en el artículo 450, establece que con 30 trabajadores se faculta a los mismos a constituir asociaciones profesionales o sindicatos, y esto es justo lo que no desean que pase las empresas contratantes de personal tercerizado como es el caso de la Categ; pero también se suman los temores de que se demande estabilidad laboral y otros beneficios como pago de fondos de reserva, décimos, entre otros. Razón por la cual los contratos se renuevan cada 180 días (no más de un año).

Según datos del Ministerio del Trabajo de los “108 contratos que ha realizado la Categ (2004-2005), a través de las tercerizadoras Benavis, Citmarsa, Roumit, Stadyx y Walit, 60 han sido renovados cada cinco y seis meses, mientras 48 son rotados entre una y otra tercerizadora”<sup>30</sup>, aunque el gerente de la empresa

sostiene que ahora no incurren en la rotación de personal. Debido a estas y más circunstancias mencionadas se vio la necesidad de ciertas reformas, que constan en el Registro Oficial del 23 de junio del 2006, de la Ley reformativa del Código del Trabajo en el que se establece que los trabajadores tendrán derecho al fondo de reserva, así también que se prohíbe el hecho de rotar a los trabajadores entre las empresas de intermediación laboral.

Al respecto se le hizo la siguiente pregunta al Presidente de la Asociación de Tercerizadoras del Austro, Eugenio Fernández V: “el Ministerio de Trabajo denunció la rotación de personal; ustedes dicen que eso no está prohibido. ¿Otra mancha al tigre o qué? A lo que respondió Fernández, la estabilidad no emana de un contrato. El buen empleado, no es despedido por el empleador..”<sup>31</sup>, también es cierto que varias empresas cambian de tercerizadoras, pero este criterio fue previo a la Ley reformativa al Código de Trabajo, antes mencionado, según el cual está prohibida esta situación.

### **2.2.2 Regularización de la Tercerización**

Este tema se encuentra previsto en artículos tanto de la Constitución como del Código del Trabajo, si bien esta normativa ha establecido el principio constitucional de la solidaridad acumulativa y electiva a favor de los trabajadores, en caso de que se viole sus derechos; se manifiesta la importancia de una regulación que permita prevenir dichas violaciones y de que se llegue a afirmar de forma adecuada este principio constitucional. En la práctica el problema se da porque la mayor parte de estas empresas actúan al margen del control que el Ministerio de Trabajo debería ejercer sobre estas, como lo establece el régimen legal de nuestro país, pero al momento se ha establecido más control por parte de este ministerio a las empresas para que funcionen sólo las que hayan sido previamente autorizadas y cumplan con los requisitos de ley.

Según datos del Ministerio del Trabajo, “se estableció que en nuestro país existen 4.000 empresas tercerizadoras de las cuales sólo 920 estarían regularizadas, en

---

30 EL UNIVERSO.com/economía/ (06/02/2006)

31 FERNANDEZ, Eugenio. Las Tercerizadoras. El Mercurio 6A

Cuenca funcionan unas 60 de manera legal y existen más de 12 mil contratos bajo esta modalidad.”<sup>32</sup> Con estas cifras nos queda claro que a pesar de que se ha tratado de reglamentar la actividad de la tercerización, aun hoy no se lo ha logrado de manera satisfactoria; teóricamente lo que se busca con las reformas a la normativa existente es garantizar los mismos beneficios que tienen los empleados de las empresas principales en los contratos por tercerización, también abarca el tema de remuneraciones, beneficios y condiciones de trabajo, como seguridad social, reconocimiento de utilidades, etc.

Lo curioso es que el tema fue por mucho tiempo abandonado y se llegó a retomar por exigencia de los Estados Unidos bajo el argumento de que los empresarios nacionales no lleguen a hacer competencia desleal reduciendo los costos por el desconocimiento de los beneficios a sus trabajadores mediante el recurso de la tercerización. Para tener una idea más clara del panorama que se presenta en la actualidad en cuanto a las tercerizadoras, considero importante recurrir a cuadros que nos brinda el Ministerio de Trabajo, más específicamente la unidad de Investigación y Estadística, que se encarga de recopilar, procesar y analizar datos estadísticos a nivel nacional para determinar cuantitativamente la información en cuanto a la oferta, demanda, colocados, tercerizadoras:

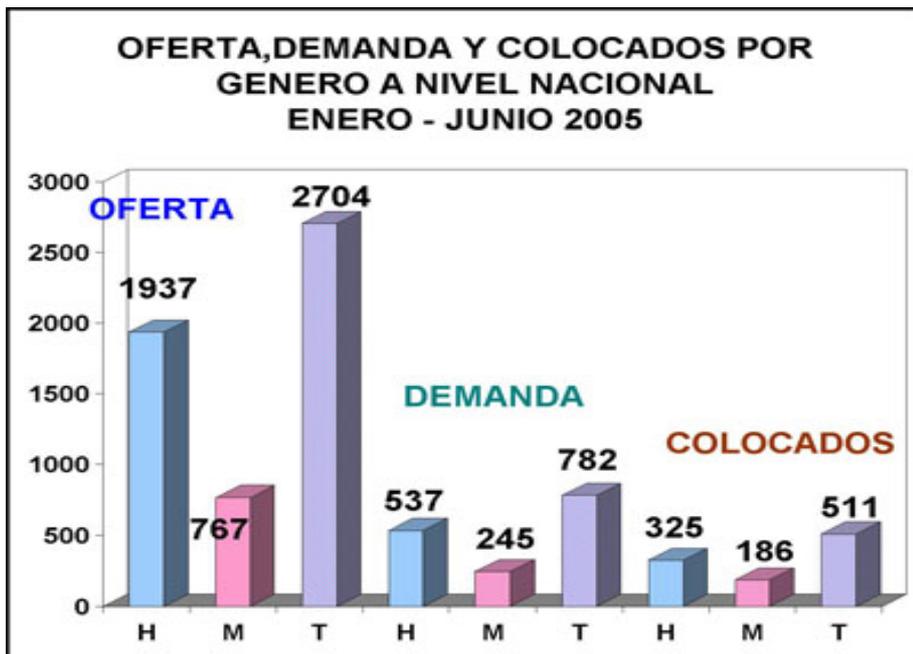
**1.-** De los 2.704 inscritos en los servicios Públicos de Colocaciones, 511 se han logrado ubicar, lo que representa el 18% de la oferta, este fenómeno se desprende por la alta oferta que ha tenido el Azuay en el mes de junio, por encontrarse en proceso de selección de personal para el Proyecto Masar.

**2.-** De las 782 plazas de trabajo requerido por el sector productivo han sido ocupadas 511 nivel nacional, lo que significa el 65% por diferentes razones.

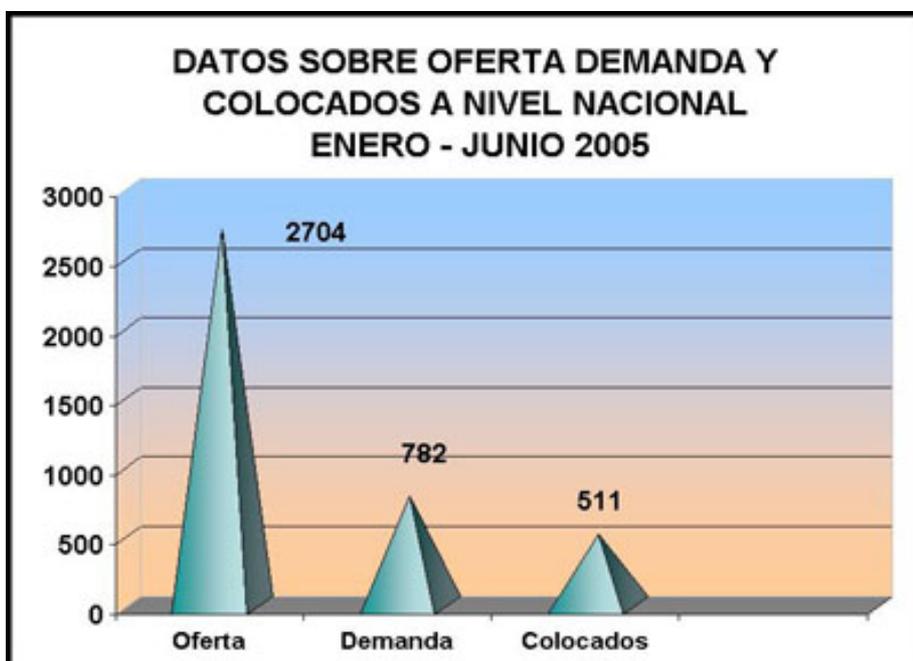
**3.-** Oferta, Demanda y Colocados por género a nivel nacional enero-junio 2005.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Boletines informativos. Las Tercerizadoras. [http://www.hoy.com.ec/\(05/01/2006\)](http://www.hoy.com.ec/(05/01/2006))



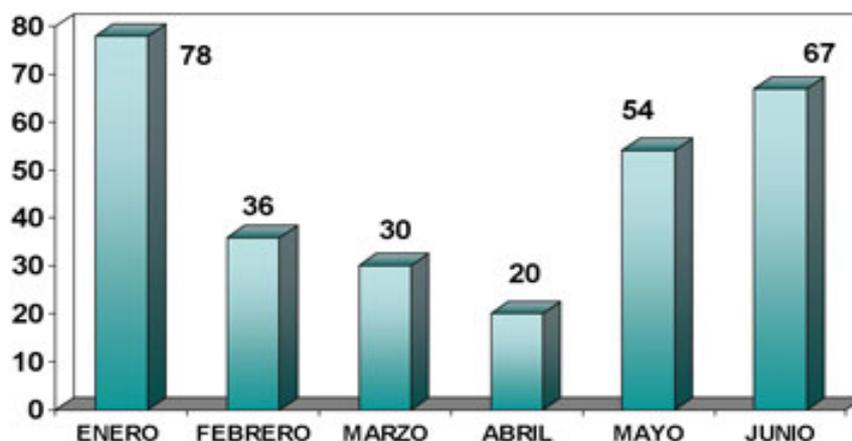
4.- Oferta Demanda y Colocados a nivel nacional enero – junio 2005<sup>33,34</sup>



33 y 34 Ministerio del Trabajo. La Oferta de tercerizados, Demanda y Colocados <http://www.mintrab.gov.ec/>  
 MinisterioDe Trabajo /Area%20Empleo

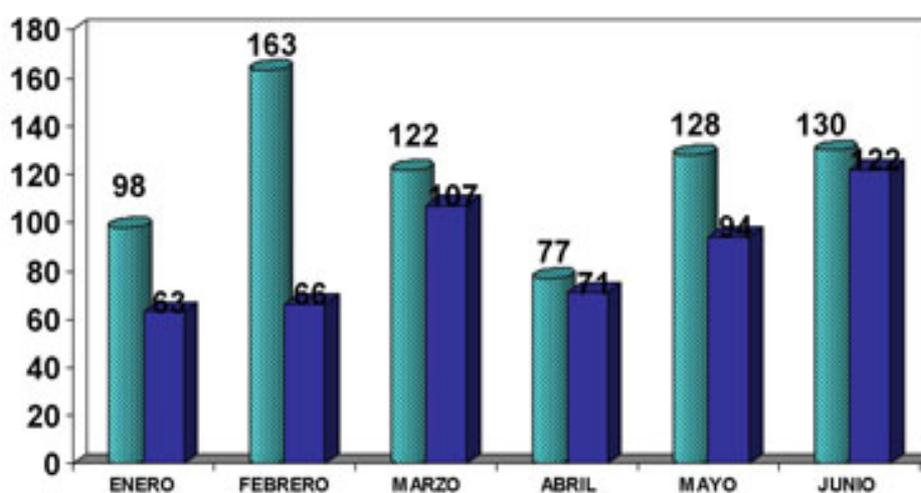
5.- Autorizaciones de funcionamiento de Tercerizadoras enero-junio 2005”<sup>35</sup>

**AUTORIZACIONES DE FUNCIONAMIENTO  
DE TERCERIZADORAS  
ENERO - JUNIO 2005**



6.- Autorizaciones Laborales y Certificaciones de no requerir autorización laboral a extranjeros enero – junio 2005”<sup>36</sup>

**AUTORIZACIONES LABORALES Y  
CERTIFICACIONES DE NO REQUERIR  
AUTORIZACION LABORAL A EXTRANJEROS  
ENERO - JUNIO 2005**



<sup>35</sup> y <sup>36</sup> Ministerio del Trabajo: Unidad de Investigación y Estadísticas. <http://www.mintrab.gov.ec/MinisterioDeTrabajo/Area%20Empleo>

El Ministerio de Trabajo también nos proporciona información en cuanto al Registro de las Tercerizadoras, es decir a continuación menciono dichos requisitos:

- Solicitud dirigida al Ministro de Trabajo y Empleo (Formato)
- Certificado de Votación.
- Copia de la escritura de constitución de la sociedad en la que conste el objeto social, que se deberá ser exclusivo para servicios de Tercerización.
- Copia de Registro Único de Contribuyentes (RUC).
- Nombramiento del Representante Legal debidamente registrado ante la autoridad
- Cédula de Identidad del Representante Legal.
- Cédula de Inscripción en el IESS.
- Certificado actualizado de existencia legal de la Sociedad, emitido por la Superintendencia de Compañías, o por la autoridad competente según el caso.
- Escritura del dominio del inmueble a nombre de la Sociedad Tercerizadora o contrato de arrendamiento a favor de la Sociedad de Servicios de Tercerización en la que funcionen sus oficinas principales.
- Declaración Juramentada en la que conste, no tiene ni tendrá vinculación entre los socios de la Empresa Tercerizadora y la Empresa Usuaria (Actualizada)
- Comprobante de pago de la especie valorada emitida por la Dirección Financiera del Ministerio de Trabajo y Empleo en el IESS.

Incluso se hace la advertencia de que la veracidad de los documentos, previo al otorgamiento del permiso de funcionamiento, serán de absoluta responsabilidad del Representante Legal de la Empresa Tercerizadora. De igual manera se mencionan los requisitos Administrativos para el Registro de las personas naturales dedicadas a la Tercerización en Actividades Agrícolas (no bananeras, no florícolas), y son los siguientes:

- Solicitud Dirigida al Ministro de Trabajo y Empleo (Formato).
- Copia de Registro único de Contribuyentes (RUC).
- Cédula de Identidad del Solicitante.
- Número Patronal del IESS. Cédula de Inscripción.

-Contrato Civil o Mercantil, en el que constará el Sistema de Dirección, control y supervisión personal, contraído entre la empresa Tercerizadora y la usuaria, debidamente legalizada, elevado a escritura pública.

-Comprobante de pago de la especie valorada emitida por la Dirección Financiera del Ministerio de Trabajo y Empleo.

A continuación se incluye los pasos que se deben seguir para el trámite:

1.-Acercarse el Representante Legal o la Persona Interesada a la Unidad de Colocaciones para empezar con el trámite.

2.- Retirar la Solicitud de la Unidad de Colocaciones.

3.- Si la Sociedad esta Constituida desde algún tiempo se tiene que reformar el objeto social, sí no esta conformada como tercerizadora legalizada en la Superintendencia de Compañías. Adjuntar los requisitos anteriormente descritos ya sea para Sociedades de Intermediación o Personas Naturales.

4.- Dirigirse a la Unidad de Colocaciones para que la persona encargada revise la documentación, si la carpeta esta completa se ingresa a la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos.

5.-La Dirección sumilla a la Unidad de colocaciones, entrega el comprobante de pago de la especie.

6.-Con el comprobante Dirigirse al Décimo piso (Matriz Quito), ventanilla de pagaduría a realizar el pago correspondiente.

7.-Luego, de haber pagado la especie dejar en la unidad de colocaciones para adjuntar a la documentación, registrar en el sistema de Tercerizadoras, entonces se envía la autorización de funcionamiento para que el Ministro de Trabajo y empleo firme, con lo cual se aprueba el funcionamiento.

### **2.2.2 Mención del proyecto de Ley con respecto a las Terciarizadoras.**

Para analizar correctamente el tema de las tercerizadora no se puede dejar de mencionar lo que nos dice Lisandro Martínez Andrade director regional del Trabajo del Austro, que hay que recordar que el Decreto que se dictó con normas referentes a la Tercerización de Servicios fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad, la que fue solicitada tanto por los trabajadores como los empleadores, pero del cual todavía no ha surgido ningún pronunciamiento.

Según el Abogado Laborista Patricio Ortiz Tobar la tercerización no existe desde el punto de vista legal, pues si no hay una ley que trate el tema de la tercerización, mal puede haber un Reglamento, incluso considerando que el Código del Trabajo a lo que se refiere es a la intermediación, y que según el Abogado Ortiz no es lo mismo que la tercerización, es decir “la intermediación es una figura que se utiliza para contratar personal por tercerizadoras. Y una vez contratado, el personal empieza a tener relación directa con el beneficiario directo de su trabajo.”<sup>37</sup>, pero en cuanto a “la tercerización, que no está consagrada en ley alguna pero que se está dando de hecho en este país, es la aparición de una compañía que está lucrando todos los meses del trabajo del obrero, de casos que conozco, por ejemplo en el Consejo Provincial se acostumbraba a contratar choferes por \$ 270 al mes, pero la tercerizadora que les ubicaba en esta entidad les pagaba \$ 170”<sup>38</sup>.

A lo cual hay que acotar que este criterio era válida pues en su momento era real el hecho de no existir ley alguna con respecto a las Tercerizadoras, pero al momento esto ya no es así, pues en el R.O. del 23 de junio del 2006 se incluye la Ley Reformatoria al Código de Trabajo, la que se refiere de manera amplia a las tercerizadoras, requisitos, prohibiciones, sanciones, derechos de los trabajadores, etc. Es más se le consultó al Abogado Ortiz sobre el hecho de que a pesar de ser considerada ilegal la tercerización, los contratos que se hacen bajo esta modalidad son inscritos en el Ministerio del Trabajo, ¿cómo se puede entender esa contradicción? a lo que responde que se amparaban en el que reglamento que regía en ese tiempo, pero un reglamento es un facilitador para la aplicación de la ley, por lo que se requería en primer lugar la existencia de dicha ley.<sup>21</sup>

Finalmente el Abogado responde a la siguiente cuestionante: “¿de qué manera la tercerización viola al Código del Trabajo? Desde el punto de vista de que el trabajador está prestando un servicio, y por ese servicio el beneficiario del trabajo paga determinada cantidad de dinero, y viola el Código del Trabajo desde el momento en que la tercerizadora se retiene una parte de ese dinero

---

<sup>37</sup> y <sup>38</sup> MARTINEZ, Lisandro. El Mercurio, Cuenca (28/01/06)6A

para sí, se considera una violación al Código pues al momento se encuentra prohibido que al trabajador se le cobre cualquier suma de dinero por parte de la tercerizadora o de la empresa usuaria disminuyendo la remuneración del Trabajador.”<sup>39</sup>. Dicha situación ha sido prohibida por la actual ley, es decir el hecho de que se pague concepto de pago por reclutamiento, selección, capacitación, colocación o formación.

---

<sup>39</sup> MARTINEZ, Lisandro. El Mercurio, Las Tercerizadoras. Cuenca (28/01/06) 6A

## CAPITULO 3

### 3.1 Otras Legislaciones:

Es importante el hecho de considerar no solo nuestra legislación vigente, sino también la de otros países para así analizarlas e incluso adoptar aquellos aspectos que resulten beneficiosos para el gremio de los trabajadores; más aún si se trata de un tema como el de las tercerizadoras, que todavía resulta nuevo, en cuanto al hecho de que muchos países como el Ecuador todavía no tienen bien definido su marco legal, es decir que todavía está en formación su normativa.

#### 3.2.1 Legislación Española:

Al referirnos a la legislación española, considero indispensable referirme a la ley 14 del primero de junio de 1994, la que se refiere a la regulación de las empresas de trabajo temporal, en la que se menciona que la “contratación de trabajadores con la finalidad de cederlos con carácter temporal a otras empresas para hacer frente a ciertas necesidades, ha sido por tradición prohibida por las normas laborales”<sup>40</sup>, incluso se lo llegó a considerar como “tráfico ilegal de mano de obra”<sup>41</sup>, de igual manera se la asimiló con la intermediación laboral, porque se pensó que ambas figuras llegaban a atentar contra los derechos fundamentales de los trabajadores.

Sin embargo, desde finales de la década de los sesenta, los países centrales de la unión Europea, teniendo ratificado, al igual que España, el Convenio 96 de la OIT, han venido regulando la actividad de las empresas de trabajo temporal por entender que su actuación, cuando se desarrolla de forma controlada, lejos de perjudicar a los trabajadores por ellas contratados pueden canalizar un volumen importante de empleo cuya especialización e inmediatez en la respuesta, sobre todo en el sector servicios, no puede ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales<sup>42</sup>

---

<sup>40, 41 y 42</sup> Lex Consultor: Legislación Española, Regulación de las empresas de Trabajo Temporal. <http://www.lexjuridica.com.doc>

La Ley 14/94, de 1 de junio, que reguló por primera vez en el ordenamiento español la actividad de las empresas de trabajo temporal, tuvo como fundamento el homologar la regulación de estas instituciones con las ya existentes en algunos países de la unión europea, así como garantizar los derechos laborales y la protección social de los trabajadores contratados para ser cedidos por parte de las empresas de trabajo temporal. Luego surgen normas posteriores como la Ley 31/1995, de 8 de noviembre en la que se trata la prevención de riesgos laborales, de igual manera se establece que la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad, salud de los trabajadores y las obligaciones de información en materia de riesgos laborales.

Transcurridos algunos años desde la regulación de las empresas de trabajo temporal en este país, se hizo visible el incremento de esta actividad a la vez que los derechos laborales y la protección social de los trabajadores fue disminuyendo. Según el consejo económico y social la gran aceptación de la contratación a través de este medio, se debe no sólo al hecho de ser una manera más flexible de contratación, sino de los menores costos salariales que se derivan de este tipo de contratación, siendo esta la principal motivación para su utilización.

Pero se sintió la necesidad de realizar ciertas modificaciones en la ley 14/1994, de algunos de sus artículos, con el objetivo de garantizar al trabajador de este tipo de empresas una mayor seguridad jurídica en su relación laboral con la empresa usuaria; hay que destacar la modificación del artículo 11 de la Ley 14/1994, que busca asegurar al trabajador que presta sus servicios a través de una empresa de trabajo temporal una retribución que al menos resulte igual que la del trabajador de la empresa usuaria, sin perjuicio de que por convenio colectivo de las empresas de trabajo temporal se llegaran a establecer retribuciones superiores, en cuyo caso serían aplicables estas últimas.

Es importante mencionar el concepto que nos da la legislación española en su artículo primero de lo que se entiende por empresa de trabajo temporal:

Es aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La

contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.<sup>43</sup>

En su artículo segundo la misma ley habla de la autorización administrativa, en la que se establece que las personas físicas o naturales que pretenden llevar a cabo esta actividad deberán obtener autorización administrativa previa, para lo cual deberán cumplir con los requisitos establecidos para ello, como por ejemplo:

- a) Disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social,
- b) Dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de empresa de trabajo temporal,
- c) Carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social<sup>44</sup>, a demás de otros requisitos.

Vale indicar que dicha autorización tendrá la validez de un año, y que se puede prorrogar por dos periodos sucesivos, siempre que se la solicite con anterioridad. Se menciona en el artículo 3 la Garantía financiera, es decir que las empresas de trabajo temporal deberán constituir una garantía, a disposición de la autoridad laboral que conceda la autorización administrativa que podrá consistir en:

- a) Depósito en dinero efectivo o en valores públicos en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales,
- b) Aval o fianza de carácter solidario prestado por un Banco, Caja de Ahorros, Cooperativa de Crédito, Sociedad de Garantía Recíproca o mediante póliza de seguros contratada al efecto.<sup>45</sup>

Al referirse en el mismo artículo a la Seguridad Social, nos dice que la garantía constituida será devuelta cuando “la empresa de trabajo temporal haya cesado en su actividad y no tengan obligaciones indemnizatorias, salariales o de Seguridad Social pendientes, extremos que deberán acreditarse ante la autoridad laboral

---

<sup>43, 44 y 45</sup> Lex Consultor: Legislación Española, Garantía Financiera. <http://www.lexjuridica.com/doc>

que conceda la autorización administrativa”<sup>46</sup>.

En cuanto al registro, la autoridad laboral que, concedió la autorización administrativa, deberá llevar un Registro de las Empresas de Trabajo Temporal, en el que se inscribirán las empresas autorizadas, con los datos de la identificación de la empresa, nombre de quienes tengan cargos de dirección o de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, domicilio, ámbito profesional y geográfico de actuación, número de autorización administrativa y vigencia de la misma. De igual manera se inscribirá la suspensión de actividades que se acuerde por la autoridad laboral conforme a lo previsto en la Ley así como el cese en la condición de empresa de trabajo temporal.

En el artículo 6 se pone de manifiesto que el contrato de puesta a disposición es celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria” teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél”<sup>47</sup>; dicho contrato se formalizará por escrito en los términos que establezca el reglamento. En lo que se refiere a las Exclusiones, las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos:

- a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria,
- b) Para la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente,
- c) Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que pretenda cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en la ley,
- d) del estatuto de los trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor, o cuando en los dieciocho meses anteriores a dicha contratación los citados puestos de trabajo hubieran estado cubiertos durante un periodo de tiempo superior a trece meses y medio, de forma continua o discontinua, por trabajadores puestos a disposición por empresas de trabajo

---

<sup>46</sup> y <sup>47</sup> Lex Consultor. Legislación Española. Normativa. <http://www.lexjuridica.com/doc>

temporal,

e) Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal<sup>48</sup>

El artículo 9 habla de la Información a los representantes de los trabajadores en la empresa, esta deberá informar a los representantes de los trabajadores sobre cada contrato de puesta a disposición y motivo de utilización, en los diez días siguientes a la celebración, en el mismo plazo se deberá entregar una copia básica del contrato de trabajo o de la orden de servicio, en su caso, del trabajador puesto a disposición, que le deberá entregar la empresa de trabajo temporal.

En el artículo 10 trata la forma y duración del contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias, a lo que dice que podrá concertarse dicho contrato por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición, los mismos que deberán formalizarse por escrito, en los términos que reglamentariamente se determinen, y registrarse en la Oficina de Empleo en el plazo de los diez días siguientes a su celebración.

En el artículo 11 encontramos la importante referencia a los derechos de los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias, en el que se menciona que “tendrán derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo”<sup>49</sup>. Dicha remuneración deberá incluir, en su caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias los festivos y las vacaciones, siendo responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador. A tal efecto la empresa usuaria deberá consignar dicho salario en el contrato de puesta a disposición del trabajador; cuando el contrato se haya concertado por tiempo determinado el trabajador tendrá derecho además, a recibir una indemnización económica a la

---

<sup>48</sup> y <sup>49</sup> Lex Consultor. Legislación Española. <http://www.lexjuridica.com/doc>

finalización del contrato de puesta a disposición equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio.

En el artículo 12 se encuentran las obligaciones de la empresa; entre las cuales se mencionan las salariales y de seguridad social en relación con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de la empresa usuaria; se menciona de igual manera que las empresas de trabajo temporal están obligados a “destinar anualmente el 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias, sin perjuicio de la obligación legal de cotizar por formación profesional”<sup>50</sup>. La empresa de trabajo temporal deberá asegurarse de que el trabajador, previo a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesarias para el puesto de trabajo a desempeñar, de no ser así deberá proporcionar dicha formación, con medios propios o concertados, durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición, pero que será anterior a la prestación de servicios. En este mismo artículo se aclara que será nula toda cláusula que pretenda obligar al trabajador a pagar a la empresa de trabajo temporal cualquier cantidad por concepto de gasto de selección, formación o contratación.

El artículo 16 establece las obligaciones de la empresa usuaria entre las que se encuentran:

1. Previo a la prestación de servicios, la empresa usuaria deberá informar al trabajador sobre los riesgos de su trabajo así como las medidas de protección y prevención contra los mismos.
2. Esta empresa es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social.
3. La empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado

incumpliendo lo dispuesto en los artículo 6 y 8 de la presente Ley.<sup>51</sup>

En cuanto a los derechos de los trabajadores en la empresa usuaria, los encontramos en el artículo 17 de la misma ley, y son los siguientes:

1. Los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho a presentar a través de sus representantes (de la empresa usuaria) reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral.
2. Tendrán derecho a utilizar transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el tiempo del contrato de puesta a disposición<sup>52</sup>.

El capítulo V se refiere a las infracciones y sanciones, en su artículo 19 se menciona las infracciones de las empresas de trabajo temporal:

**Infracciones leves:**

- a) No cumplir, en los términos que reglamentariamente se determine, el contrato temporal o contrato de puesta a disposición.
- b) No incluir en la publicidad de sus actividades u ofertas de empleo la identificación de la empresa de trabajo temporal, el número de autorización.
- b) No entregar a la empresa usuaria la copia básica del contrato de trabajo a la orden de servicio de los trabajadores puestos a disposición de la misma, así como la restante documentación que esté obligada a entregar

**Infracciones graves.**

- a) No formalizar por escrito los contratos de trabajo o contratos de puesta a disposición previstos en esta Ley.
- b) No remitir a la autoridad laboral competente, la información a que se refiere el artículo 5 de esta Ley o no comunicar la actualización anual de la garantía financiera.

---

<sup>50,51,52</sup> Lex Consultor. Legislación Española, referencia al Trabajo Temporal. <http://www.lexjuridica.com/doc>

- c) Formalizar contratos de puesta a disposición para los supuestos distintos de los previstos en la ley o para la cobertura de puestos de trabajo respecto de los que no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos.
- d) No destinar a la formación de los trabajadores el 1 por 100 de la masa salarial (art. 12.2).
- e) Cobrar al trabajador en concepto de selección, formación o contratación.
- f) La puesta a disposición de trabajadores en ámbitos geográficos para los que no se tiene autorización administrativa de actuación.

**Infracciones muy graves:**

- a) No actualizar el valor de la garantía financiera cuando haya obtenido una autorización administrativa indefinida.
- b) Formalizar contratos de puesta a disposición para la realización de trabajos que por su peligrosidad para la seguridad se determinen.
- c) No dedicarse exclusivamente a la actividad de trabajo temporal.
- d) La falsedad documental u ocultación en la información sobre sus actividades facilitadas a la Autoridad Laboral.
- e) Ceder trabajadores con contrato temporal a otra empresa de trabajo temporal o a otras empresas para su posterior cesión a terceros.

En el artículo 20, se habla de las Infracciones de las empresas usuarias que son:

**Infracciones leves:**

- a) No cumplir, en los términos el contrato de puesta a disposición.
- b) No facilitar los datos relativos a la retribución total establecida en el convenio colectivo aplicable para el puesto de trabajo en cuestión, a efectos de su consignación en el contrato de puesta a disposición.

**Infracciones graves:**

- a) No formalizar por escrito el contrato de puesta a disposición.
- b) Formalizar contratos de puesta a disposición para los supuestos distintos de

los previstos en el apartado 2 del artículo 6 de esta ley o para la cobertura de puestos de trabajo respecto de los que no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos.

c) Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio por los trabajadores puestos a su disposición de los derechos establecidos en la ley (art 17) .

d) La falta de información al trabajador en los términos previstos en la ley.

e) Formalizar contratos de puesta a disposición para la cobertura de puestos, en los doce meses anteriores, hayan sido objeto de amortización por despido improcedente despido colectivo o por causas objetivas, o para la cobertura de puestos que en los dieciocho meses anteriores hubieran estado ya cubiertos por mas de trece meses y medio, por trabajadores puestos a disposición.

### **Infracciones muy graves:**

a) Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal.

Luego de revisar la legislación española lo que podemos decir es que, lo que se ha buscado es encaminar esta actividad que ha ido creciendo; una muestra de esta realidad se hace visible en la siguiente gráfica<sup>53</sup>:



<sup>53</sup> Empresas Temporales. <http://www.mtas.es/estadisticas/BEL/MLR/mlrg3.gif>

Si bien esta corriente de las tercerizadoras se ha venido dando ya hace algún tiempo, es ahora cuando se ha hecho posible llegar a encaminar esta actividad, de tal manera que resulte una ventaja para los trabajadores, y no una manera de vulnerar sus derechos. Por lo mismo vemos que en varios países se ha dado ya el fenómeno de la tercerización, otro ejemplo de ello se da en el vecino país de Argentina, en el que encontramos empresas tercerizadoras importantes (de servicios de call center) entre las que vale mencionar: Teleperformance, Teletech, Atento, Actionline y Telecom; vale decir también que debido a la crisis laboral, se vio en aumento la participación de personal altamente capacitado en los call centers y la salida de la convertibilidad ubicó el costo por hora de atención un 30% 40% debajo de lo que se paga en Europa o Estados Unidos.

Las principales empresas enfocadas en la tercerización de call Centers invirtieron millones de dólares para comenzar a operar y tienen un presupuesto de alrededor de \$ 125.000 por mes en telefonía, datos, equipamiento y software; por ejemplo Teleperformance destinó \$ 1 millón en 1998 para iniciar sus operaciones y desembolsa \$ 250.000 anuales en tecnologías de la información, Teletech gasta aproximadamente \$ 100.000 mensuales en servicios de telecomunicaciones, Atento invirtió \$ 1,4 millones para montar infraestructura local.

### **3.3 LA OIT (Organización Internacional del Trabajo):**

Es un organismo especializado de las Naciones Unidas que procura fomentar la justicia social, los derechos humanos y laborales internacionalmente reconocidos; fue creada en 1919 con el propósito de adoptar normas internacionales que contribuyan al mejoramiento de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores y estableciera condiciones adecuadas de desarrollo de las empresas. Su fundación encontró su motivación, en gran parte, a una preocupación humanitaria, pues se veía la situación de los trabajadores, a los que se explotaba sin consideración alguna, por su salud, su vida familiar y su progreso profesional y social, que resultaba cada vez menos aceptable. Esta preocupación queda claramente reflejada en el Preámbulo de

la Constitución de la OIT, en el que se afirma que “existen condiciones de trabajo que entrañan injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos”<sup>54</sup>.

En 1944, la inclusión de la Declaración de Filadelfia en su Constitución amplió el mandato normativo de la organización para dar cabida a asuntos de carácter general relacionados con la política social, los derechos humanos y civiles.

Las normas de la OIT revisten la forma de convenios o recomendaciones. Los primeros son tratados internacionales sujetos a la ratificación de los Estados Miembros de la organización. Las recomendaciones no son instrumentos vinculantes, pero recogen directrices que pueden orientar la política y la acción sociales nacionales. La Conferencia Internacional del Trabajo, que se reúne una vez por año, y otros órganos de la OIT, suelen adoptar documentos de diferente fuerza jurídica a la de los convenios y las recomendaciones. Puede tratarse de códigos de conducta, resoluciones y declaraciones. Por lo general, se entiende que estos documentos surten un efecto normativo pero no se considera que forman parte del sistema de normas internacionales del trabajo de la OIT.

Las Normas Internacionales del Trabajo “constituyen la columna vertebral de la OIT”<sup>55</sup>, con su creación lo que se ha buscado es que se conviertan en derecho positivo en cada uno de los Estados, que a su vez se verían incorporadas a su legislación interna; los convenios luego de ratificados están sujetos a un único sistema de control, con el que se verifica que los Gobiernos ratificantes han armonizado su legislación y con la letra y el espíritu de los convenios. Esta organización ha “adoptado (hasta 2004) más de 181 convenios y de 111 recomendaciones sobre varios temas”<sup>56</sup>

La Constitución de la OIT establece que al elaborar normas internacionales del trabajo se "deberá tener en cuenta aquellos países donde el clima, el desarrollo incompleto de la organización industrial u otras circunstancias particulares hagan

---

<sup>54, 55 y 56</sup> Las Normas de la OIT. <http://www.ilo.org/publish/spanish/standars/norm/index.htm>

esencialmente diferentes las condiciones de trabajo"<sup>57</sup>. El hecho de que se disponga por la Constitución, que se han de establecer normas de aplicación general, ha conferido una serie de peculiaridades al sistema de normas internacionales (OIT).

### **Normas Internacionales del Trabajo por Tema:**

1. Libertad sindical, negociación colectiva y relaciones de trabajo
2. Trabajo forzoso
3. Eliminación del trabajo infantil y protección de los niños y los menores
4. Igualdad de oportunidades y de trato
5. Consultas tripartitas
6. Administración e inspección del trabajo
7. Política y promoción del empleo
8. Orientación y formación profesionales
9. Seguridad del empleo
10. Salarios
11. Horas de trabajo
12. Seguridad y salud en el trabajo
13. Seguridad social
14. Protección de la maternidad
15. Política social
16. Trabajadores migrantes
17. Gente de mar
18. Pescadores
19. Trabajadores portuarios
20. Pueblos indígenas y tribales
21. Categorías específicas de trabajadores
22. Convenios sobre los artículos finales

### **Las Funciones de este Organismo Internacional:**

La promoción de la Declaración de la OIT relativa a los principios y

---

<sup>57</sup> Legislación Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org/publish/spanish/standars/norm/index.htm>

derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en 1998, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo es la expresión del compromiso de los gobiernos y de las organizaciones de empleadores y de trabajadores de respetar y defender los valores humanos fundamentales - valores de vital importancia para la vida de todos los seres humanos en el plano económico y social. La Declaración abarca 4 áreas:

- La libertad de asociación y la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva;
- La eliminación del trabajo forzoso u obligatorio;
- La abolición del trabajo infantil
- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La OIT formula normas internacionales del trabajo, que revisten la forma de convenios y de recomendaciones, por las que se fijan unas condiciones mínimas en materia de derechos laborales fundamentales: libertad sindical, derecho de sindicación, derecho de negociación colectiva, abolición del trabajo forzoso, igualdad de oportunidades y de trato, así como otras normas por las que se regulan condiciones que abarcan todo el espectro de cuestiones relacionadas con el trabajo. Presta asistencia técnica, principalmente en los siguientes campos:

- Formación y rehabilitación profesionales;
- Política de empleo;
- Administración del trabajo;
- Legislación del trabajo y relaciones laborales;
- Condiciones de trabajo;
- Desarrollo gerencial;
- Cooperativas;
- Seguridad social;
- Estadísticas laborales, y seguridad y salud en el trabajo.

Fomenta el desarrollo de organizaciones independientes de empleadores y de trabajadores, y les facilita formación y asesoramiento técnico. Dentro del sistema de las Naciones Unidas, la OIT es la única organización que cuenta

con una estructura tripartita, en la que los trabajadores y los empleadores participan en pie de igualdad con los gobiernos en las labores de sus órganos de administración.

### **3.3.1 La postura de la OIT frente a las Tercerizadoras.**

Para aclarar la postura que tiene la OIT frente a las tercerizadoras, es indispensable mencionar aquellas referencias que hace dicho organismo sobre las tercerizadoras, las que se encuentran de manifiesto en los siguientes convenios:

- C34 Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933, (dejado de lado).
- C96 Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949
- C181 Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997; también es necesario mencionar la siguiente recomendación de la OIT:
- R188 Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997

En cuanto al Convenio C34, sobre las agencias retribuidas de colocación, vale decir que este convenio fue dejado de lado, es decir que este convenio fue revisado y sustituido en 1949 por el Convenio número 96, con lo que este último entró en vigencia, razón por la que el Convenio 34 no está ya abierto a la ratificación; su estatus actual es de instrumento superado.

Hablando ya del Convenio C96, que trata sobre las agencias retribuidas de colocación, que entró en vigencia en 1951, podemos decir que está formado por varios artículos en los que se pone de manifiesto conceptos de las agencias retribuidas de colocación como los siguientes (art. 1):

- a) Las agencias de colocación con fines lucrativos, es decir, toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador, con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto; esta definición no se aplica a los periódicos u otras publicaciones, a no ser que tenga por objeto exclusivo o principal el de actuar como intermediarios entre empleadores y trabajadores;

b) Las agencias de colocación sin fines lucrativos, es decir, los servicios de colocación de las sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, perciban del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera<sup>58</sup>.

En el mismo artículo se aclara que el presente Convenio no se aplica a la colocación de la gente de mar. El artículo segundo nos dice que todo miembro que ratifique este convenio, deberá indicar si acepta las disposiciones que prevén la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y la reglamentación de las demás agencias de colocación, o si acepta las disposiciones sobre la reglamentación de las agencias retribuidas de colocación, comprendidas las agencias de colocación con fines lucrativos.

En la parte segunda de este convenio se encuentran los artículos que se refieren a la Supresión Progresiva de las Agencias retribuidas de colocación con Fines Lucrativos y Reglamentación de las demás Agencias de colocación; en cuanto a la supresión de agencias retribuidas de colocación se establece que será la autoridad competente quien determine el plazo limitado dentro del cual deba suprimirse dicha agencia, y que durante dicho período estas agencias estarán sujetas a la vigilancia de la autoridad competente, así mismo sólo podrán recibir las retribuciones y gastos que consten en la tarifa que hay sido aprobada por la autoridad a que le corresponde; con lo que se busca eliminar los abusos relativos al funcionamiento de las agencias retribuidas con fines de lucro.

Mientras que con las agencias retribuidas de colocación sin fines lucrativos se deberá poseer una autorización de la autoridad competente y estarán bajo vigilancia de la autoridad correspondiente, no podrán percibir una retribución superior a la tarifa que haya sido aprobada por dicha autoridad, tampoco podrán colocar trabajadores en el extranjero sino de acuerdo con las condiciones fijadas por la legislación vigente y si la autoridad competente lo autoriza, cabe señalar que las

---

<sup>58</sup> Organización Internacional del Trabajo. Normas Internacionales. <http://www.oitandina.org.pe>

autoridades deben comprobar que dichas agencias realizan sus actividades a título gratuito.

En el apartado tercero, se encuentra el Reglamento de las Agencias Retribuidas de Colocación, que contiene cuatro artículos (10-14), que no hace más que mencionar de manera reiterativa las condiciones a las que se ven sujetas tanto las agencias retribuidas de colocación con fines de lucro y sin fines de lucro, que se menciona en párrafos anteriores, aunque cabe mencionar que también se hace alusión a que se deberán establecer sanciones penales que podrían incluso llegar hasta la cancelación de la licencia o autorización previstas en el convenio, por alguna infracción de las disposiciones de esta parte del convenio.

C181 Convenio sobre las agencias de empleo privadas, este Convenio entró en vigencia en el año 2000, pero en el 97 es cuanto la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo convocada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, procede a revisar el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949 y tomando en cuenta que el contexto con el que funcionan las agencias de empleo privadas es muy diferente de las circunstancias actuales, procedió a la adopción del presente Convenio:

En el artículo 1, en el numeral primero, nos dice que a efectos del presente Convenio, la expresión agencia de empleo privada se usa para 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<sup>59</sup>.

En el numeral segundo nos habla del término trabajadores en el que nos indica que comprende a los solicitantes de empleo; en el numeral tercero se establece que la expresión tratamiento de los datos personales de los trabajadores se refiere a la recopilación, almacenamiento, combinación y comunicación de los datos personales, o todo otro uso que pudiera hacerse de cualquier información relativa a un trabajador identificado o identificable.

El artículo tercero nos dice que el presente convenio se aplica para todas las agencias de empleo privadas, así como también a todas las categorías de trabajadores y en todas las ramas de actividad económica, pero no para la colocación de la gente de mar; con este convenio lo que busca es permitir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, así como la protección de los trabajadores vinculadas a estas.

En los siguientes artículos se habla de que las agencias deben actuar de conformidad con cada legislación, que los estados miembros deberán establecer sistemas de licencias y autorizaciones de dichas agencias; se habla también de que se darán las garantías necesarias para que los trabajadores gocen del derecho de libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva; se busca así mismo que no exista discriminación por razón alguna como raza, color, sexo, religión, edad, etc. No se deja de mencionar el hecho de que las agencias de empleo privadas no deberán cobrar a los trabajadores ningún tipo de honorario o tarifa. De igual manera se prohíbe que las agencias de empleo privadas recurran al trabajo infantil ni lo ofrezcan.

La autoridad competente deberá garantizar que existen mecanismos y procedimientos apropiados en los que colaboren, si es conveniente las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, para examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las agencias de empleo privadas.

---

<sup>59</sup> Organización Internacional del Trabajo. Declaración y Normas Internacionales del Trabajo. Normas <http://www.oitandina.org.pe>

Todo Miembro adoptará, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por agencias de empleo privadas previstas en este convenio gocen 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.

Los miembros deberán determinar y atribuir, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo privadas y de las empresas usuarias, en relación con:

- a) la negociación colectiva;
- b) el salario mínimo;
- c) el tiempo de trabajo y las demás condiciones de trabajo;
- d) las prestaciones de seguridad social obligatorias;
- e) el acceso a la formación;
- f) la protección en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo;
- g) la indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional;
- h) la indemnización en caso de insolvencia y la protección de los créditos laborales;
- i) la protección y las prestaciones de maternidad y la protección de prestaciones parentales.

En el artículo 15 se menciona que este Convenio no afecta a las disposiciones más favorables, aplicables en virtud de otros convenios internacionales del trabajo. El artículo 16 nos explica que este revisa el convenio sobre agencias retribuidas de colocación (revisado) 1949 y el convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933.

En cuanto a la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas R188, (1997) adoptada, con fecha diecinueve de junio de mil novecientos noventa y siete, esta recomendación contiene ciertas disposiciones generales como las siguientes que

complementan las del Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (en adelante "el Convenio"), y deberían aplicarse conjuntamente con ellas. En el apartado segundo se trata la protección de los trabajadores, se busca adoptar las medidas necesarias para prevenir y eliminar las prácticas de las agencias de empleo privadas que no sean conformes con los derechos de los trabajadores. Los trabajadores empleados por las agencias de empleo privadas, deberían ser informados de sus condiciones de empleo antes del inicio efectivo de su actividad, estas no deberían poner trabajadores a disposición de una empresa usuaria con el fin de reemplazar a sus trabajadores en huelga.

Ya específicamente hablando de las agencias de empleo privadas: a) Estas no deberían 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; b) deberían informar a los trabajadores migrantes, en la medida de lo posible en su idioma o en el que les resulte familiar, acerca de la índole del empleo ofrecido y las condiciones de empleo aplicables. Se debería también prohibir cualquier modo de discriminación, en cuanto las agencias publiquen anuncios de puestos de vacantes y ofertas; incluso se busca que se aliente a las agencias de empleo privadas a que promuevan la igualdad en el empleo a través de programas de acción positiva. Se busca que existan métodos justos y apropiados para la elección y selección del personal.

Respecto a los derechos y obligaciones establecidos en la legislación nacional relativos a la terminación del contrato de trabajo, las agencias de empleo privadas que presten los servicios mencionados en el Convenio no deberían: a) impedir que la empresa usuaria contrate a ese asalariado, o b) limitar la movilidad profesional de ese asalariado; c) imponer sanciones al asalariado que acepte un empleo en otra empresa.

## CONCLUSIONES

Ha sido muy importante el hecho de analizar la evolución que se ha venido dando en cuanto a la normativa que regula el funcionamiento de las Tercerizadoras, pues mediante esta se logra el que los trabajadores encuentren un respaldo legal para exigir a las tercerizadoras el cumplimiento de todos sus derechos, que en otros tiempos no se encontraban garantizados de manera apropiada, por lo que estas empresas que realizaban contratos bajo la modalidad de las tercerizadoras se aprovechaban de manera despiadada de esta situación. Pero en la actualidad se encuentran consagrados en una ley, con lo que se da mayor seguridad a los trabajadores, para que puedan emplearse bajo este sistema. Las reformas que se han venido dando han sido indispensables para que la clase trabajadora encuentre una alternativa en esta modalidad de trabajo y no como una forma nueva en que sus derechos y garantías se vean vulnerados.

Hay que mencionar el hecho de que incluso en leyes internacionales se busca que los trabajadores no sigan siendo el elemento vulnerable en la relación laboral, es decir lo que busca es que se cumplan todos los derechos de los trabajadores que se encuentran en las diferentes leyes internas.

Una vez que se vio la necesidad de regular la situación de estos trabajadores se han dado las reformas necesarias para que hoy en día los trabajadores y las tercerizadoras desarrollen sus actividades de mejor manera y bajo el control del Ministerio del Trabajo, que busca que las empresas funcionen únicamente bajo las autorizaciones que brindan las autoridades competentes y que desaparezcan a la vez aquellas que se mantienen al margen de la ley.

También es importante mencionar el hecho de que al momento se encuentra en elaboración el Reglamento que busca complementar la actual Ley Reformatoria del Código de Trabajo con respecto a la Tercerización, que al momento ya se encuentra en vigencia; Lisandro Martínez trata el tema, y se refiere al nuevo Reglamento de Ley, comentando que tratará temas como:

fondos de reserva, utilidades, contratos precarios, y exige la estructura básica de una oficina para funcionar. En el tema de fondos de reserva, habla de que la ley determina que el Seguro Social haga las reformas necesarias, para que los trabajadores contratados bajo esta modalidad de puedan recibir este beneficio desde el primer día que ingresen al trabajo.

En cuanto a las utilidades, el reglamento pretenderá que si la empresa usuaria obtiene mayor utilidad que la empresa intermediaria, el trabajador cobra con la usuaria; pero si la utilidad de la empresa intermediaria es mayor que la de la usuaria, el trabajador cobra con la intermediaria. Y finalmente refiriéndose al número de empleados que pueden ser contratados bajo este sistema, la ley permite sólo el 50% de los trabajadores, pero se prohíbe absolutamente el hecho de la rotación de una empresa a otra por parte de los empleados tercerizados.

## **BIBLIOGRAFIA**

- BERLAUNDE, César. Economía Política. [ 199-].
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Argentina. 2004. 422. Décimo séptima Edición.
- CODIGO DEL TRABAJO. Ecuador. 2003. 203.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ecuador. 2003. 203
- CORRAL, Fabián. El Comercio. Ecuador. 2005/04/08
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA
- MARTINEZ, Lisandro. El Mercurio. Las Tercerizadoras, análisis Legal. Ecuador. 28/01/06. 6ª
- FERNANDEZ, Eugenio. Las Tercerizadoras en el Ecuador. El Comercio. Ecuador. 26/01/2006
- EL UNIVERSO.com/economía/ 06/02/2006
- RAMOS, Xavier. El Universo. La Tercerizadora de Pacifictel en pugna, Ecuador. 06/02/2006
- OCHOA ANDRADE, Guillermo. Compendio Práctico del Contrato Individual del Trabajo en el Ecuador. Ecuador. 1996. 454. Primera Edición.
- REGISTRO OFICIAL del 23 de junio de 2006 Suplemento

### **Direcciones de Internet y Documentos Electrónicos**

- El Congreso Nacional: El Registro Oficial: Publicaciones del mes de Junio del 2006 [http://www.congreso.com/registro oficial](http://www.congreso.com/registro%20oficial) [Consulta 26 de junio del 2006]
- El Congreso Nacional: Las Comisiones de lo Laboral y Social: Reformas y Proyectos. [http://www.congreso.com/registro oficial](http://www.congreso.com/registro%20oficial) [Consulta 24 de enero del 2006]
- Diario La Hora: Judiciales. [http://www.dlh.lahora.com/paginas/judicial/junio 2006](http://www.dlh.lahora.com/paginas/judicial/junio%202006)
- NAVAS ALVEAR, Marco. La Regulación de las Tercerizadoras a debate. [http://www.derechoecuador.com/la regularización de las tercerizadoras](http://www.derechoecuador.com/la%20regularizaci%C3%B3n%20de%20las%20tercerizadoras)
- El Financiero: Empresas Tercerizadoras y el Mercado. Edición 586 del 25 de

- Abril del 2005 [www.elfinanciero.com/produccion](http://www.elfinanciero.com/produccion) [Consultado 03 de febrero del 2006]
- Las Tercerizadoras, conceptos y leyes. [Consultado 05 de mayo del 2006] [www.google.com](http://www.google.com)
  - Legislación Internacional del Trabajo. [http:// www.ilo.org/publish/spanish/Standard /norm/index.htm](http://www.ilo.org/publish/spanish/Standard/norm/index.htm)
  - GUZMAN, Calera. El Derecho Laboral, Conceptos y Elementos en la relación Laboral. <http://www.hotmail.com/derecholaboral/> [Consultado el 25 de enero del 2006]
  - Todos los Diccionarios. Conceptos jurídicos. [http://www.hotmail.com/diccionarios jurídicos](http://www.hotmail.com/diccionariosjuridicos) [Consultado el 25 de enero del 2006]
  - Diario Hoy: Boletines Informativos: Las Tercerizadoras. <http://www.hoy.com.ec/> [Consulta el 06 de Febrero del 2006]
  - Lex Consultor: Legislación Española en referencia al Trabajo Temporal. Ley 29/1999, modificación de la Ley 14/1994 <http://www.lexjuridica.com/doc> [Consulta 23 de Enero del 2006]
  - El Ministerio de Trabajo: Área de Empleo, La Unidad de Investigación y Estadísticas: [Consulta 23 de julio del 2006] [http:// www.Mintrab.gov.ec/MinisteiroDeTrabajo/Area%20Empleo](http://www.Mintrab.gov.ec/MinisteiroDeTrabajo/Area%20Empleo)
  - Relación entre Trabajadores y empleadores. [Consultado 05 de marzo del 2006] <http://www.monografias.com>
  - Las Empresas Temporales. <http://www.mtas.es/estadisticas/BEL/MLR/mlrg3.gif>
  - La Organización Internacional Andina. Declaración y Normas Internacionales del Trabajo. Normas Internacionales. <http://www.oitandina.org.pe> [Consulta 26 y 27 de Julio del 2006]

