

Política legislativa de la tercerización laboral en América Latina. Argumentos (necesidad) para su transformación

Apellidos: Morales

Nombres: Diego

Correo-e: dmorales@cels.org.ar

Otros/as autores/as

Gianibelli, Guillermo; López, Andrés

Título del resumen

Política legislativa de la tercerización laboral en América Latina. Argumentos (necesidad) para su transformación

Mesa

Mesa 30: A la búsqueda del trabajo perdido. Tercerización y subcontratación laboral: sobre el trabajo y su precarización

Introducción

Si bien el fenómeno de la tercerización laboral no es nuevo en Latinoamérica, no es posible afirmar que exista una valoración unívoca de ella en nuestra región. En los países de América Latina encontramos un arco de respuestas estatales muy disímiles que implican concepciones particulares respecto del significado y los impactos de la tercerización sobre los trabajadores, sus formas de organización para enfrentarla y las posibilidades de desarrollo de cada país y que, en ciertos casos, es diametralmente distinta una de otra.

Dicha variedad de respuestas estatales pueden explicarse por el contexto político de cada país y dan cuenta del estado de la correlación de fuerzas entre los trabajadores, sindicatos y el empresariado, con sus avances y retrocesos. Es decir, pensar en lo legislativo y realizar una reflexión al respecto implica pensar en el Estado no como un ente autónomo de la sociedad, o como una sumatoria de instituciones reguladoras de las relaciones sociales, sino implica pensar al Estado en el marco de las relaciones sociales, y por tanto relaciones de poder, correlaciones de fuerzas que de alguna manera delimitan las fronteras de posibles transformaciones.

Para realizar este análisis, le prestaremos atención al tipo de respuesta que da el Estado a través de sus legislaciones. Si bien esta es una de las posibles respuestas estatales, junto a otras medidas posibles como medidas tomadas desde los ámbitos ejecutivos competentes -como las dependencias abocadas al trabajo y la seguridad social a nivel nacional, provincial y/o municipal- así como la evolución de la jurisprudencia frente a las demandas realizadas por sectores trabajadores y sindicales, y qué precedentes han ido sentando en la

jurisprudencia, hemos elegido centrar nuestra descripción en las referencias legislativas en algunos países de Latinoamérica.

Un balance respecto de algunas de las legislaciones vigentes en la región nos permite advertir tendencias y criterios disímiles, que establecen mínimos y máximos en la regulación, y que determinan de alguna manera límites y posibilidades para los y las trabajadoras frente a la tercerización.

Al pensar en esta caracterización de las respuestas actuales en materia legislativa, es posible advertir la existencia de un amplio abanico de respuestas que van desde la habilitación o promoción de la tercerización (Chile, por ejemplo, del año 2007) hasta su prohibición (Venezuela, por ejemplo, del año 2012).

A la vez, es posible advertir cierta periodización de las normas que regulan la tercerización en América Latina. Así las regulaciones de Colombia y Argentina, por ejemplo, ancladas en respuestas de los años 90 o incluso anteriores, presentan ciertos rasgos similares, mientras que las leyes de Chile, Uruguay y México, del año 2006-2012, plantean formas de aceptar la tercerización de manera muy similar.

Sin embargo, es posible identificar una nueva característica de las regulaciones sobre tercerización en América Latina, a partir de la posición de algunos Estados y su relación con los actores económicos, y en este contexto, las normas de regulación de la tercerización del año 2012 de México y de Venezuela presentan notas muy diferentes, y ello se explica por las distintas miradas sobre el modelo económico de uno u otro país. El caso paradigmático de Ecuador que en su asamblea constituyente plasmo la necesidad de eliminar la tercerización (año 2008), pero hasta la fecha no ha podido volcar ese mandato en su Código de Trabajo, para tornarlo en una norma práctica y aplicable.

Asimismo, conviene advertir que si se observa las regulaciones de países como Colombia, Argentina, por ejemplo, entre ellas, no parecieran existir diferencias sustanciales, aunque en los hechos, en la práctica, los usos del sistema de tercerización en uno y otro país parecen ser significativos. Lo mismo ocurre si se comparan las legislaciones de México, Uruguay y Chile, entre ellas no hay diferencias, ero las prácticas empresariales en cada uno de esos países si parecieran ser diferentes, en cuanto a la incidencia de la tercerización en el mercado de trabajo.

Las respuestas legislativas en detalle

A continuación vamos a realizar una breve revisión de la legislación vigente en algunos países de América Latina teniendo en cuenta las fechas de las regulaciones normativas como criterio de presentación.

En el caso de **Colombia**, el Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 34 y 35 establece la regulación de la subcontratación y la intermediación laboral. La modificación de esta norma data del año 1965. La norma establece que “son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva”. (art. 34 primera parte)

Sin embargo, la empresa principal, “beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos de que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores”. (art. 34).

Es decir, la norma habilita la existencia del contratista independiente y lo define como empleador, pero establece la responsabilidad solidaria del beneficiario del trabajo o empresa principal, con relación a las prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores de la contratista. Sin embargo, se excluye la responsabilidad solidaria cuando la actividad desplegada no sea de las actividades normales de la empresa principal. Si son labores extrañas a las actividades normales, el principal no carga con la responsabilidad solidaria dispuesta en la primera parte del artículo.

Además, el Código Sustantivo de Trabajo define la modalidad de contratación a través de intermediarios. Considera como simple intermediario entre el trabajador y la empresa principal “aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.” (art. 35 párrafo 2).

También en los supuestos de contratación de trabajadores a través de esta modalidad, la norma exige que “el que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.”

La norma colombiana no establece límites para estos tipos de subcontratación o de intermediación, así como tampoco regula los derechos de los trabajadores contratados bajo esta modalidad. El Código se limita a establecer el tipo de responsabilidad del principal:

solidaria en los casos de subcontratación, del artículo 34, y directa en el caso de la contratación a través de intermediarios, del artículo 35.

También conviene indicar que la legislación colombiana prevé una regulación de las empresas de servicios temporales (EST), reguladas por la Ley 50 de 1990 y el decreto 4369/2006, que establecen la figura del “trabajador en misión”.

En el artículo 74 de la Ley se establece que las EST tienen dos categorías de trabajadores: los de planta y los de misión. “Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas. Los de misión son aquellos que la EST envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos”.¹

De conformidad con el decreto reglamentario de la Ley de EST, los trabajadores en misión deberán percibir el mismo salario y gozar de los mismos beneficios que los trabajadores de la empresa usaría que desempeñen la misma actividad. (artículo 6 decreto 4369/2006)

En el caso de **Argentina**, las normas que refieren a la tercerización laboral, se encuentran reguladas en la ley de contrato de trabajo, en los artículos 29 y 30 de aquella norma, donde definen las reglas de la subcontratación laboral, y conforme las modificaciones que se introdujeron en el año 1991 y del año 1998 a la ley de contrato de trabajo.

El artículo 29 de la ley establece que “los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social. Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas.”

En los supuestos de subcontratación o delegación, el artículo 30 de la ley de contrato de trabajo establece también la solidaridad en materia cumplimiento de obligaciones laborales de los trabajadores subcontratados, cuando no hayan realizado la supervisión (actividades

¹ Conviene consignar que la Ley 1429 de 2010, prohibió la contratación de esta modalidad a través de cooperativas de servicios. Por su parte, el 8 de junio de 2011, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2025/2011, en el que se estableció que el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones, es una actividad propia de las empresas de servicios temporales y que por tanto esta actividad “no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.”

de control) correspondiente de las obligaciones a cargo de las empresas contratistas con relación a los trabajadores que desarrollan actividades para la empresa contratante. Ello en tanto “Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos harán responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social”.

Por su parte, el artículo 29 bis de la ley de contrato de trabajo refiere a la situación de los trabajadores contratados a través de empresas de servicios eventuales. En ese caso “el empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquélla por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectúe a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la Seguridad Social y depositarlos en término. El trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la Convención Colectiva, será representado por el Sindicato y beneficiado por la Obra Social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria.

El Decreto No 1694/2006 regula el funcionamiento de las empresas de servicios eventuales, y de los contratos de trabajo celebrados en su seno, enuncia los tipos de servicios para los que pueden ser destinados los trabajadores eventuales. Dicha disposición no es taxativa ya que se agrega “en general cuando por necesidades extraordinarias transitorias deban cumplirse tareas ajenas al giro normal y habitual”. Establece los requisitos que las empresas de servicios eventuales deberán cumplir para que se proceda a su habilitación por parte del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; y provee de nuevas herramientas de control administrativo y judicial. Le otorga a la Autoridad Administrativa nuevos

instrumentos jurídicos que le permitan efectuar un adecuado control y seguimiento de la actividad en su totalidad. Crea el Observatorio de Buenas Prácticas, entre ambas empresas y las organizaciones sindicales, para recibir denuncias, intentar arribar a acuerdos, dar intervención a la autoridad de aplicación, etc. Asimismo, dispone que: a) las remuneraciones no pueden ser inferiores a los salarios efectivamente abonados; b) el período de suspensión permitido es de 60 a 45 días corridos y de 120 a 90 alternados; c) la duración máxima debe ser la “adecuada” (la Ley No 23013 establece un plazo máximo de seis meses); y d) los aportes y contribuciones de los trabajadores eventuales a la seguridad social deben realizarse de acuerdo a la legislación aplicable a la empresa usuaria (artículo 29 LCT).²

Existen actualmente en curso diversas propuestas legislativas que pretenden modificar el régimen vigente. Sin embargo, es importante remarcar, que en ningún caso se enfrenta a la tercerización o las desigualdades generadas por ella antes de que acontezcan, sino que se trata de ampliar responsabilidades, garantizando que aquellos trabajadores que iniciaran una acción judicial, una vez ocurrido el fraude o el desconocimiento de sus derechos, pudieran encontrar respuestas favorables a sus demandas por alguno de los empleadores que intervinieron directa o indirectamente en la relación.

En el caso de **Chile**, en el año 2007, entró en vigencia la ley 20.123, que regula trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, incorporándose al Código de Trabajo de Chile en los artículos 183 y siguientes.

La ley define a la relación de trabajo en régimen de subcontratación como aquel realizado, en virtud de un contrato de trabajo, por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, quien en razón de un acuerdo contractual, ejecuta obras o servicios por cuenta y riesgo propio y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas (art. 183 A).

De acuerdo a la ley, no existe limitación específica para el desarrollo del régimen de subcontratación, y, en todo caso, dependerá de las obras, faenas o servicios que la empresa que actuará como principal, necesite cumplir y quiera externalizar. Incluso, no existen límites específicos sobre la cantidad de empresas contratistas que puede tener a su servicio una misma empresa principal, ello dependerá también de las funciones que requiera cumplir y externalizar.

² Ver Ermida Uriarte, O., Colotuzzo, N., “Descentralización, Tercerización, Subcontratación”, OIT, 2009, nota 39, p. 44.

En otras palabras, la ley delega en la empresa principal la decisión de qué tipo de actividades del proceso productivo tercerizar, sean o no tareas habituales, así como con cuántas empresas tercerizar a través del régimen de subcontratación. Es más, no existe ningún caso en la que esté prohibida la subcontratación laboral.

A lo anterior se suma que, en la regulación que se introdujo en el Código de Trabajo, el régimen de subcontratación no estará sujeto a ningún plazo de duración, más allá del determinado en el contrato de trabajo que haya suscrito el trabajador con la empresa contratista o subcontratista.

De la lectura de la ley, tampoco aparece mención alguna sobre la necesidad de asegurar igual remuneración por igual tarea, entre aquellos trabajadores que llegan a través de contratistas o subcontratistas y aquellos que forman parte de la principal, así como tampoco hay referencias a los derechos sindicales de dichos trabajadores subcontratados.

Ahora bien, la normativa laboral vigente, establece dos tipos de responsabilidades para la empresa principal, la responsabilidad subsidiaria y la responsabilidad solidaria. La aplicación de una u otra, dependerá si la empresa principal ejerció o no el derecho de información, al pedirle informes a los contratistas y subcontratistas, sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales respecto de sus trabajadores. El mismo derecho tienen los contratistas respecto de sus subcontratistas (art. 183 C). En estos supuestos la responsabilidad de la empresa principal será subsidiaria. (art. 183 D)

En cambio, la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral, si en el caso no ejercido el derecho de información señalado en el párrafo anterior. (art. 183 B)

En todos los supuestos de responsabilidad, ya sea subsidiaria o solidaria, la responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal. (art. 183 B y 183 D)

La regulación en el caso de las empresas de servicios transitorios (EST), la ley establece que “las empresas de servicios transitorios no podrán ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con empresas usuarias que contraten sus servicios” (art. 183 F). Por otro lado, las EST deberán constituir un fondo de garantía para el pago de las obligaciones laborales, siendo su responsabilidad de carácter subsidiario. En lo que respecta a la salud y seguridad en el trabajo, las EST son responsables directas, al igual que en el caso de la subcontratación. (183 J)

Asimismo, la ley estipula una serie de circunstancias en las que podrá contratarse personal transitorio, (art. 183 Ñ) teniendo en cuenta que aquellas que “tengan por objeto encubrir una relación de trabajo de carácter permanente con la usuaria, se entenderán celebrados en fraude a la ley”.

En el caso de **Uruguay**, entre los años 2007 y 2008, se dictaron dos leyes vinculadas a los denominados procesos de descentralización empresarial. La ley 18.099, de febrero de 2007 y la ley 18.251 de enero de 2008, regulan la subcontratación, intermediación y las empresas sumistradoras de mano de obra.

En la ley 18.099, del año 2007, en su artículo 1, se definió que “Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, **será responsable solidario** de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad provisional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores. (...) La responsabilidad solidaria queda limitada a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra.”

La norma se dirigió entonces a establecer el nivel de responsabilidad, al que definió como solidario, en aquellos supuestos de empresas principales que utilicen subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra con relación al cumplimiento de las obligaciones laborales hacia los trabajadores contratados bajo esta modalidad.

La modificación de la ley 18.099, meses más tarde, por la ley 18.251, cambió aquella responsabilidad, en algunos supuestos, que referiremos seguidamente, y también incluyó una definición expresa de los conceptos de subcontratista, intermediario y empresa suministradora de mano de obra. Así, de acuerdo a la ley, a) existe subcontratación cuando un empleador, denominado contratista o subcontratista, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal del establecimiento, ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo; b) El intermediario es el empresario que contrata o interviene en la contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero. No entrega directamente los servicios u obras al público, sino a otro patrono o empresario principal; y c) la agencia de empleo privada o empresa suministradora de mano de obra es la que presta servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona física o jurídica (“empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución.” (art. 1 de la ley 18.251)

Más allá de la aclaración que introduce la ley sobre las definiciones antes mencionadas, lo cierto es que en la nueva ley del año 2008, no existe ninguna limitación a la tercerización. De hecho, los supuestos de actividades excluidas (art. 2 y 3 de la ley 18.251) se refieren a las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera ocasional o al proceso de distribución de productos que se seguirá rigiendo por los artículos 1° a 7° inclusive del Decreto-Ley N° 14.625, de 4 de enero de 1977. Cuestión que sugiere una habilitación amplia del derecho de las empresas a utilizar estas modalidades de subcontratación. Tampoco la legislación establece límites temporales para la contratación de trabajadores a través de esta modalidad.

Por otro lado, en lo que hace a la noción de "igual tarea igual salario" si bien define que los trabajadores deberán tener los mismos salarios y beneficios determinados en instancias tales como los convenios colectivos, no se expide sobre otros beneficios que reciban los trabajadores estables por negociaciones directas con la empresa principal³. Una de las protecciones que se establecen para los trabajadores tercerizados es que no pueden ser empleados para reemplazar trabajadores que se encuentren amparados al subsidio de desempleo, bajo suspensión o participando de conflictos colectivos "sin perjuicio de las disposiciones especiales que rigen los servicios esenciales".

La modificación del año 2008, como adelantamos señala dos tipos de responsabilidad, subsidiaria o solidaria, de la principal ante el incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de las subcontratistas, intermediarios o empresas de colocación de mano de obra. Así el tipo de responsabilidad dependerá en los casos en que la empresa usuaria o principal haya ejercido su facultad de requerir información a la empresa proveedora respecto de salarios, aportes patronales, beneficios sociales (facultad regulada en el art. 4 de la ley 18.251). En efecto, el artículo 6 establece que "Cuando el patrono o la empresa principal hiciera efectivo el derecho a ser informado establecido en el artículo 4° de la presente ley, responderá subsidiariamente de las obligaciones referidas en el artículo 1° de la Ley N° 18.099, de 24 de enero de 2007, con la limitación temporal allí establecida y el alcance definido en el artículo 7° de la presente ley. Cuando no ejerza dicha facultad será solidariamente responsable del cumplimiento de estas obligaciones."

Conviene aclarar también que el artículo 8 de la ley 18.251 también introdujo una modificación sobre el alcance temporal de la responsabilidad. Señaló que "la responsabilidad queda limitada a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra, por el personal comprendido en cualquiera de las modalidades de contratación referidas. Cuando se trate de obligaciones que se determinen en función de períodos mayores al de la subcontratación, intermediación o suministro, la cuantía máxima por la que responderá el patrono o el

³ Este punto plantea un avance respecto de la ley 10.449, donde sólo se exigía al empresario el pago de los salarios mínimos de la categoría, sin contar otras obligaciones tales como contribuciones de seguridad social (Gauthier, 2007)

empresario principal o la empresa usuaria no podrá exceder el equivalente de lo que se hubiera devengado si los operarios trabajasen en forma directa para el mismo". La legislación avanza respecto de regulaciones anteriores, deja muchos aspectos sin definir, lo que no sólo podría promover un aumento sin restricciones legales de la tercerización.

En el caso de **México**, la reforma de la ley federal del trabajo del año 2012, introdujo modificaciones al sistema de subcontratación e intermediación cuyo principal efecto sobre los derechos de los trabajadores tercerizados ha sido la regulación de estas formas de contratación laboral.

La ley define la figura del intermediario, como aquella persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrón (art. 12). Y agrega seguidamente que “no serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores (art. 13).

La figura del intermediario, de acuerdo a la ley, no se limita entonces a la mera intervención para la contratación de trabajadores para un tercero. También las considera habilitadas para contratar trabajadores que prestan servicios u obras en otra empresa, y en ese supuesto, la legislación establece que entre el intermediario (patrón) y la empresa existirá una responsabilidad solidaria ante el incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores que prestan servicios para el intermediario.

Para este último supuesto, la ley agrega en su artículo 14 que “Las personas que utilicen intermediarios para la contratación de trabajadores serán responsables de las obligaciones que deriven de esta Ley y de los servicios prestados. Los trabajadores tendrán los derechos siguientes: I. Prestarán sus servicios en las mismas condiciones de trabajo y tendrán los mismos derechos que correspondan a los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa o establecimiento...”. Sin embargo conviene tener en cuenta que la formula que asegura que los trabajadores que llegan “tendrán los mismos derechos que correspondan a los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa o establecimiento” resulta ser una formula opaca en tanto la expresión trabajos similares “tiene una amplia extensión y variados significados, que van desde las condiciones formales, tipo de contrato, horario de trabajo, antigüedad en el puesto, hasta otras más ambiguas como la productividad o las funciones que se realizan, con lo cual la posibilidad de que se dé en los hechos o que incluso se reclame ante los tribunales con éxito aquella igualdad de derechos, se esfuma”.⁴

4 Sanchez Castañeda, A., Reynoso Castillo, C, Palli, B, “La subcontratación laboral. Un fenómeno global. Estudio de legislación comparada”, ed. Unam, 2011, p. 143.

Además, en el artículo 15 A, la ley incorporó en el sistema jurídico mexicano la figura de la subcontratación de la siguiente manera: “El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas.”

Y agrega las condiciones que exige este tipo de contratación: “a) No podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo. b) Deberá justificarse por su carácter especializado. c) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante. De no cumplirse con todas estas condiciones, el contratante se considerará patrón para todos los efectos de esta Ley, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social. (art. 15 A, última parte)

Estas exigencias suponen una limitación a la subcontratación de mano de obra o servicios. Además define que la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones laborales será de la empresa contratante (patrón), no ya solidaria ni subsidiaria.

Sin embargo, la cuestión fundamental para establecer si estas exigencias constituyen una limitación a la subcontratación es la forma de aplicación de los requisitos previstos en el artículo 15 A. La ley sugiere que la evaluación sobre si recurrir al régimen de subcontratación o no, dependerá de cada empresa, que determinará de qué manera cumple con los requisitos.

Y esto se ve reforzado por dos aspectos más que agrega el artículo 15. En primer lugar, será la empresa contratante la que verifique que la empresa subcontratada cuenta con la documentación y con los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que derivan de las relaciones con sus trabajadores.⁵ En segundo lugar, la norma le exige a la empresa contratante que “deberá cerciorarse permanentemente que la empresa contratista, cumple con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, respecto de los trabajadores de esta última. Lo anterior, podrá ser cumplido a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables.” (art. 15 C). Conviene agregar que no existe aún una definición sobre las unidades de verificación.

⁵ La ley en el art. 15 B, establece que el contrato entre la empresa contratante y la subcontratista, deberá ser por escrito. Y “la empresa contratante deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato a que se refiere el párrafo anterior, que la contratista cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.” (art. 15 B, última parte).

Es posible afirmar entonces que más que una limitación a la subcontratación, las definiciones legales introducidas en el ordenamiento mexicano regularizaron el uso de la subcontratación laboral que dependerá en definitiva de las decisiones que adopten las empresas.

Conviene a su vez señalar, para analizar la regulación intermediación y la subcontratación que hemos mencionado, que la reforma introdujo nuevas formas de contratación y modalidades salariales atadas a la búsqueda de una mayor productividad.

Con relación a las nuevas formas de contratación, la reforma introdujo el contrato a prueba, contrato por capacitación inicial y contrato por temporada (que podrá suspenderse sin que medie ninguna obligación sea de prestar servicio o pagar salarios)⁶. Con relación a las modalidades salariales, se encuentra una nueva forma de fijar el salario, estipulando que puede fijarse por unidad de tiempo, por unidad de obra, por comisión, a precio alzado o de cualquier otra manera. Trabajador y patrón podrán convenir el monto, con la única condición de que no exceda la jornada máxima legal y se respeten los derechos laborales y de seguridad social. Por otro lado, la ley permite que se puedan “estudiar mecanismos y nuevas formas de remuneración que vinculen los salarios y, en general el ingreso de los trabajadores, a los beneficios de la productividad”⁷.

En el caso de **Venezuela**, la ley aprobada el 30 de abril de 2012, sobre protección del trabajo, prohíbe de manera expresa la tercerización, como modalidad de contratación laboral, a la que define como simulación o fraude tendiente a la no aplicación de la legislación laboral.

El artículo 47, establece que “A los efectos de esta Ley se entiende por tercerización la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. Los órganos administrativos o judiciales con competencia en materia laboral, establecerán la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en caso de simulación o fraude laboral, conforme a esta Ley”. Agrega en el 48 la prohibición de la tercerización y los efectos de esa prohibición: “Queda prohibida la tercerización, por tanto no se permitirá: 1. La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya

⁶ Texto disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125.pdf>

⁷ Ver http://www.stps.gob.mx/bp/micrositios/reforma_laboral/archivos/Cuadro%20comparativo%20LFT%20vs%20Reforma.pdf

ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma. 2. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante. 3. Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras. 4. Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil. 5. Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral. En los casos anteriores los patronos o patronas cumplirán con los trabajadores y trabajadoras todas las obligaciones derivadas de la relación laboral conforme a esta Ley, e incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal a los trabajadores y trabajadoras tercerizados o tercerizadas, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo.

El artículo 49 define a la modalidad laboral de contratista y la diferencia de la tercerización de la siguiente manera: “Son contratistas las personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encargan de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recursos propios, y con trabajadores y trabajadoras bajo su dependencia. La contratista no se considerará intermediario o tercerizadora. Y el artículo 50 establece, para los supuestos de contratistas, la determinación de las responsabilidades entre ésta y la principal. “A los efectos de establecer la responsabilidad solidaria del ejecutor o ejecutora de la obra o beneficiario del servicio, se entiende por inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el o la contratante; y por conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella. La responsabilidad del ejecutor o ejecutora de la obra o beneficiario del servicio se extiende hasta los trabajadores contratados y trabajadoras contratadas por subcontratistas, aun en el caso de que el o la contratista no esté autorizado o autorizada para subcontratar; y los trabajadores o trabajadoras referidos o referidas gozarán de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores empleados y trabajadoras empleadas en la obra o servicio. Cuando un o una contratista realice habitualmente obras o servicios para una entidad de trabajo en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexas con la de la entidad de trabajo que se beneficie con ella. Si se determina que la contratación de obras o servicios inherentes o conexos sirve al propósito de simular la relación laboral y cometer fraude a esta Ley, se considerará tercerización.”

Esta regulación es un antecedente fundamental para analizar las figuras del fraude y la simulación detrás de las figuras que habilitan la tercerización en la región, como la subcontratación, el trabajo temporal o la intermediación. La aplicación en los hechos de esta nueva ley determinará la capacidad para disputar desde los marcos normativos o leyes la realidad de la tercerización en Latinoamérica.

En una línea similar, **Ecuador** había introducido en su nueva constitución del año 2008 una definición acerca de la prohibición de la tercerización. La Asamblea Constituyente señaló que debe "contribuir a erradicar la injusticia laboral y la aberrante discriminación social, ocasionadas por el uso y abuso de los sistemas precarios de contratación laboral conocidos como tercerización de servicios complementarios, intermediación laboral y contratación laboral". El texto afirma que "la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral generalizada y la contratación por horas, constituyen modalidades de relación laboral que vulneran los derechos del trabajador y los principios de estabilidad, de pago de remuneraciones justas, de organización sindical y contratación colectiva".

Por eso, el artículo 1 del Mandato Constituyente N° 8 "elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo" estableciendo que la relación laboral será "directo y bilateral entre trabajador y empleador". El artículo 2 elimina y prohíbe la contratación laboral por horas, a fin de garantizar la jornada parcial gozando de estabilidad y teniendo derechos a todos los beneficios estipulados en el artículo 82 del Código de Trabajo. Los artículos 3, 4, 5 y 6 contemplan la contratación de personas naturales o jurídicas que estén autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Empleo como prestadores de servicios complementarios (vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza). Esta posibilidad está condicionada por una serie de requisitos y normas tales como: la responsabilidad solidaria de los beneficiarios directos de esos servicios; la garantía de un salario mínimo acorde al sector categoría ocupacional, la obligación por parte de la empresa de servicios complementarios de entregar al trabajador contratado el valor total de la remuneración que por tal concepto reciba de la usuaria.

Por otro lado, las empresas de servicios complementarios y las usuarias no pueden ser matrices, filiales, subsidiarias, ni estar relacionadas societariamente. Asimismo, la usuaria asumirá a los trabajadores como su persona de manera directa y será considerada empleador del trabajador. En el caso de que esta contratación se diera en el sector público, el funcionario que contrata a la empresa, asumirá a los trabajadores como directos y dependientes.

Asimismo, dentro de las "Disposiciones Generales", establece que en el caso de las empresas del sector estratégico público, podrán contratar empresas de servicios técnicos especializados, cuyos trabajadores tendrán relación directa y bilateral con éstas que se sujetarán a las disposiciones del Código de Trabajo. Entre las actividades factibles de contratación se encuentra contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas. En el caso de profesores de nivel primario, medio y superior serán contratados mediante la modalidad de jornada parcial.

Finalmente, el mandato establece las condiciones de transición de las situaciones actuales a las estipuladas por la Ley, en algunos casos deberán adecuarse de manera inmediata y en

otros casos da un plazo de 120 días, previendo incluso la reincorporación de trabajadores intermediados que hayan sido despedidos a partir de marzo de 2008⁸.

Más allá de esta definición constitucional, hasta la fecha no se ha concretado en normas de aplicación concreta. De hecho el código de trabajo vigente es del año 2005, por lo tanto anterior al mandato de la Asamblea Constituyente.⁹

Conclusiones

Este trabajo es parte de una investigación más amplia respecto de la tercerización laboral en la Argentina y América Latina, y que tuvo como fruto la publicación de un libro en septiembre pasado, producto del esfuerzo conjunto del área de economía y tecnología de Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), sede de Argentina y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)

El aspecto particular tratado en esta ponencia es una primera aproximación al estudio de **una** de las respuestas estatales posibles frente a la problemática de la tercerización laboral en Latinoamérica, que se refiere a la confección y aplicación de leyes laborales *ad-hoc*. La revisión de algunas legislaciones en cuestión, aun sin entrar en detalle, da cuenta de una compleja heterogeneidad normativa, con aciertos y desaciertos, puntos en común y diferencias sustanciales.

La variedad de respuestas que encontramos en los países de la región dan cuenta, a su vez, de la diversa valoración política que se tiene respecto de la tercerización en el mercado del trabajo en la América Latina. Mientras algunos modelos buscan limitar su expansión e incluso prohibirla, otros optan por regularla de formas más o menos amplia, favoreciendo su desarrollo.

Demás está decir que estas construcciones normativas se van entretejiendo con una *praxis* jurídico-laboral propia de cada país, que rara vez se condice con la letra de la ley y, menos aún, con el espíritu de la norma y la intención del legislador.

⁸ El mandato completo se encuentra disponible en http://www.hoy.com.ec/temas/temas2007/constituyente2007/mandato_tercerizacion.pdf

⁹ Un proyecto de código unificado presentado por organizaciones sindicales define que "Art. 11.- Proscripción de la intermediación.- Toda prestación de servicios, por una remuneración y bajo la dependencia jurídica del que paga la remuneración vincula jurídicamente a esta persona natural o jurídica con la que presta los servicios y queda proscrita toda forma de intermediación o tercerización que de ser empleadas para eximir a la persona que se beneficia de los servicios del trabajador no surtirá esos efectos y será sancionada por el Código Penal".

Se trata de una agenda de trabajo regional en la que incursionan ambas instituciones, con el objeto de realizar un estudio abarcativo y más acabado del fenómeno que nos incumbe. En esta agenda de trabajo se van definiendo diversas líneas de acción y metodologías que involucran a diversos actores, desde la academia, los líderes sindicales y los organismos de defensa de los derechos humanos.

Lo que se intenta es, mediante el análisis de la legislación comparada y de las prácticas jurídicas, aportar con propuestas innovadoras que incorporen un enfoque de derechos.

En todos los marcos normativos no es posible advertir una confluencia del derecho del trabajo con el derecho internacional de los derechos humanos, dejando de lado la concepción de que se trata de ámbitos del Derecho inconexos. El derecho internacional de los derechos humanos y su desarrollo en los países de la región, tiene elementos y experiencias interesantes que podrían desarrollarse para el abordaje de la tercerización. Por eso, esta ponencia nos exige repensar la utilización de los instrumentos y organismos de protección de los derechos humanos, a nivel mundial y regional, para darle una *vuelta de tuerca* a un fenómeno con implicancias globales y que tiene importantes repercusiones en las condiciones de vida de los trabajadores.