

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TEMA:

**LA TERCERIZACIÓN E INTERMEDIACIÓN, LA EMPRESA FUERA DE LA
EMPRESA, Y SU CONTROVERSIA EN LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA EN EL
DERECHO LABORAL**

AUTORA:

ABG. ROXANA ANDREINA LINARES BRICEÑO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO
ACADÉMICO DE:**

MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

TUTOR:

DR. JHONNY DAGOBERTO DE LA PARED DARQUEA

GUAYAQUIL, ECUADOR

2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por la **Abogada Linares Briceño Roxana Andreina**, como requerimiento para la obtención del Título de **Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal**.

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

f. _____
DR. JHONNY DAGOBERTO DE LA PARED DARQUEA

REVISOR

f. _____
DR. EFRAIN DUQUE RUIZ

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
DR. MIGUEL HERNENDEZ TERÁN

Guayaquil, a los 01 del mes de septiembre del año 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Linares Briceño Roxana Andreina

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **la tercerización e intermediación, la empresa fuera de la empresa, y su controversia en la instancia administrativa en el derecho laboral** previo a la obtención del Título de **Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 01 del mes de septiembre del año 2021

LA AUTORA

f. _____
Abg. Linares Briceño Roxana Andreina



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Linares Briceño Roxana Andreina

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **la tercerización e intermediación, la empresa fuera de la empresa, y su controversia en la instancia administrativa en el derecho laboral**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 01 del mes de septiembre del año 2021

LA AUTORA

f. _____
Abg. Linares Briceño Roxana Andreina



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN EN DERECHO PROCESAL**

INFORME DE URKUND

| URKUND | |
|----------------|---|
| Documento | FINAL ROXANA LINARES 18 07.docx (D110598633) |
| Presentado | 2021-07-19 15:59 (-05:00) |
| Presentado por | Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com) |
| Recibido | miguel.hernandez.ucsg@analysis.orkund.com |
| Mensaje | RV: Trabajo de Titulación Corregido Roxana Linares Mostrar el mensaje completo 3% de estas 60 páginas, se componen de texto presente en 5 fuentes. |

AGRADECIMIENTOS:

Agradezco a todos aquellos que han sido parte de mi proceso de aprendizaje, y en especial al
Abg. José Loayza Mendoza por quien siento gran admiración y aprecio.

DEDICATORIA:

A Dios, a mi familia, pero sobre todo a mi madre y a mi abuela materna.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| RESUMEN..... | X |
| ABSTRACT | XI |
| CAPÍTULO I..... | 1 |
| 1.1. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN. | 1 |
| 1.1.1 Objeto de estudio..... | 1 |
| 1.1.2 Campo de estudio..... | 1 |
| 1.1.3 Problema..... | 2 |
| 1.1.4 Premisa..... | 3 |
| 1.1.5 Objetivos..... | 4 |
| 1.1.6 Métodos teóricos..... | 4 |
| 1.1.7 Novedad científica..... | 5 |
| CAPÍTULO II | 6 |
| MARCO TEÓRICO | 6 |
| 2.1. ANTECEDENTES..... | 6 |
| 2.2. DEFINICIONES..... | 8 |
| 2.2.1. La Flexibilización Laboral..... | 8 |
| 2.2.2. La Intermediación Laboral..... | 9 |
| 2.2.3. La tercerización laboral..... | 21 |
| 2.2.4. EL MANDATO NO. 8 Y LA ELIMINACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN Y TERCERIZACIÓN..... | 25 |
| CAPITULO III..... | 31 |
| 3.1. MARCO LEGAL..... | 31 |
| 3.1.1. Primer Código Civil del Ecuador, que contempla normas separadas para la prestación de servicios y ejecución de obra..... | 31 |
| 3.1.2. Primeras menciones legales, acerca de la solidaridad de los contratistas y el beneficiario de la obra..... | 33 |
| 3.1.3. La intermediación en la legislación laboral..... | 34 |
| 3.1.4. Extensión de la obligación solidaria de los empleadores a todas las obligaciones laborales de los trabajadores de los contratistas e intermediarios..... | 37 |
| 3.1.5. Decreto ejecutivo 2166, el supuesto regalo a los empresarios y la distorsión inconstitucional del derecho al trabajo..... | 41 |
| 3.1.6. La tercerización de servicios y la intermediación según la Ley reformativa al Código de Trabajo del 23 de junio del 2006..... | 44 |
| 3.1.7. Limitaciones de la aplicación de la ley..... | 46 |
| 3.1.8. Conclusiones generales respecto de la ley..... | 50 |
| 3.1.9. Intermediarios en el trabajo a domicilio..... | 52 |

| | |
|--|------------|
| 3.1.10. APLICACIÓN Y EFICIENCIA DE LA INSTANCIA ADMINISTRATIVOS DENTRO DEL CAMPO LABORAL. | 54 |
| 3.1.11. <i>Transformación del marco institucional laboral.</i> | 59 |
| 3.1.12. <i>Políticas públicas respecto de la tercerización e intermediación laboral.</i> | 62 |
| 3.1.13. <i>Derecho Comparado sobre la intermediación laboral y la tercerización de servicios.</i> | 65 |
| CAPITULO IV | 80 |
| 4.1. ANÁLISIS COMPARATIVO CON REFERENTES EMPÍRICOS APLICADOS A LA INVESTIGACIÓN. | 80 |
| 4.1.1. <i>Resultado respecto de los modos de contratación y el procedimiento administrativo laboral.</i> | 80 |
| 4.1.2. <i>Tabulación.</i> | 82 |
| 4.1.3. <i>Resultado del estudio de campo.</i> | 92 |
| 4.1.4. <i>Análisis de caso práctico presentado.</i> | 93 |
| CONCLUSIONES. | 95 |
| RECOMENDACIONES. | 97 |
| CAPÍTULO V. | 99 |
| 5.1. PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO DEL TRABAJO, REFERENTE A LOS MODOS DE CONTRATACIÓN LABORAL Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SUSCITADAS ENTRE LAS PARTES DE LA RELACIÓN LABORAL. | 99 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 112 |

RESUMEN

La tercerización de servicios y la intermediación laboral son modos de contratación laboral que tienden a generar precarización laboral, en tanto que el derecho a la estabilidad se ve comprometido en estos casos, debido a la flexibilidad y libertades que genera, por las prácticas indebidas de los empleadores para dar trabajo al trabajador y evadir responsabilidades patronales, con lo cual se termina ocasionando un daño generalizado. Estos modos por su naturaleza no son la causa de la precarización, sino que tienden a flexibilizar las normas favorables a los trabajadores, por lo que es una oportunidad para el Estado, incorporar estas figuras para tener la posibilidad de controlar su actividad, ya que en la actualidad se conoce de estas empresas, pero en la informalidad.

La instancia administrativa laboral, se ha convertido en una alternativa pero ineficiente, en tanto que son mínimas las causas que terminan siendo resueltas por los Inspectores del Trabajo, debido a que no cuentan con los medios ni atribuciones suficientes, para hacer que las partes resuelvan sus controversias o diferencias generadas del contrato suscrito; por lo que resulta indispensable, no solo que se cuente con un procedimiento claro para su aplicación, sino que los funcionarios del Ministerio del Trabajo cuenten con las herramientas legales suficientes, para el procedimiento de control de las relaciones obrero - patronales y que las sanciones que se establezcan sean ejemplares, para evitar prácticas lesivas a los derechos de los trabajadores.

Palabras claves: Tercerización laboral, intermediación, instancia administrativa, aplicación y control administrativo.

ABSTRACT

Outsourcing of services and labor intermediation are ways of hiring that tend to generate job insecurity, while the right to stability is compromised in these cases, due to the flexibility and freedoms that it generates, due to the improper practices of employees. employers to use the worker and evade employer responsibilities, which ends up causing widespread damage. These modes by their nature are not the cause of precariousness, but tend to make the rules favorable to workers more flexible; Therefore, it is an opportunity for the State to incorporate these figures to have the possibility of controlling their activity, since these companies are currently known, but in the informal sector.

The labor administrative instance has become an alternative but inefficient, while the causes that end up being resolved by the Labor Inspectors are minimal, because they do not have the means or sufficient powers to make the parties resolve their controversies or differences generated from the signed contract; Therefore, it is essential, not only that there is a clear procedure for its application, but also that the officials of the Ministry of Labor have sufficient legal tools for the control procedure and that the sanctions that are established are exemplary.

Keywords: Labor outsourcing, intermediation, administrative instance, application and administrative control.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Objeto de estudio.

El presente trabajo de investigación establece como objeto de estudio la intermediación laboral y la tercerización de servicios como modos de contratación, comúnmente entendidas como formas de evasión de responsabilidades de los empleadores frente a los derechos de los trabajadores. A causa de la falta de seguridad social, estabilidad laboral, rotación de los intermediados y consecuentemente la afectación al derecho de fondos de reserva y otras prestaciones que no fueron reconocidas, lo que llevó a que estas modalidades tuviesen que ser reformadas. Se debe tener en cuenta que, conceptualmente estos modos de contratación no están destinados a ocasionar perjuicios, sino que en la práctica se han ocasionado valiéndose de estos modos.

Así es como se abordará el procedimiento administrativo para el control y solución de controversias que se originen dentro de las relaciones de trabajo, independientemente de que inicie por denuncia presentada por el trabajador o el empleador, siendo importante impulsar los ideales del principio de igualdad.

1.2. Campo de estudio.

El campo de estudio comprende la forma de organización de las empresas que desarrollan sus labores productivas. Teniendo como idea inicial que, las actividades principales, secundarias u otras, son realizadas por las personas que conforman a determinada

empresa, bajo una relación laboral de dependencia directa, debiendo tomar en cuenta que, en muchos de los casos es necesario poder contar con terceros para la ejecución de tareas específicas, que suelen ser indispensables para la debida realización de las principales. Por lo tanto, las actividades secundarias u otras podrán ser regidas por otra modalidad de trabajo sin que se produzcan violaciones a los derechos del trabajador. En caso de haber conflicto, se podrá someter a un procedimiento especial.

1.3. El Problema.

¿La intermediación laboral, y la tercerización son modos de contratación que producen precarización laboral? Este problema está delimitado en las prácticas indebidas que realizan determinados empresarios. Siendo estos instrumentos legales por los cuales el sector empresarial privado y público puede contratar personal, este modo es flexible, permisivo, puede generar una desvinculación de las obligaciones patronales frente a los trabajadores. Ocasionando un aumento en las posibilidades de los empresarios para obtener mayores utilidades en detrimento de trabajadores, a quienes se les retribuye con precarización e inestabilidad laboral.

En el Ecuador desde la puesta en vigencia de la Constitución de la República del 2008, se prohibió la intermediación y la tercerización laboral de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 327, lo cual también se encuentra dispuesto en el Mandato Nro. 8 y otros instrumentos pertinentes. Estos tienen la función de precautelar los derechos y garantías de los trabajadores, con la finalidad de detener prácticas indebidas dentro de ese ámbito. Esta prohibición se determina sobre aquellas actividades consideradas como principales, en las que se debe respetar la bilateralidad de la relación laboral. Sin embargo, es cuestionable esta prohibición, debido a que tenemos un sin número de actividades que no son principales e

incluso la normativa actual parece no ser suficiente, ni aplicable en todos los procesos productivos de las empresas.

Luego de doce años de haberse puesto en vigencia la última Constitución del Ecuador, debemos cuestionar si realmente se obtuvo el resultado esperado, si con dicha prohibición se otorgaron las garantías de estabilidad que se esperaba, o si esto era porque el Estado tenía intereses con fines con ideales políticos y populistas sobre este tema. Son cuestionamientos que en algunos casos específicos podremos responder satisfactoriamente y otros no, dependerá del modo como interpretemos el derecho laboral, además de las circunstancias de cada caso. Pero seguramente, una de las afirmaciones que podremos hacer con certeza es que, la ni la Constitución del 2008, ni el Mandato Constituyente Nro. 8, han logrado erradicar la tercerización de bienes y servicios e intermediación de la mano de obra en el Ecuador. Existen sectores productivos que aún lo empujan estos modos de contratación de manera clandestina.

1.4. Premisa.

La premisa de esta investigación se la obtiene sobre la base de la fundamentación teórica, doctrinal y normativa del ordenamiento jurídico interno referente a los derechos y garantías de los trabajadores, los modos de contratación, los sistemas de producción y organización de las actividades de la empresa. Además, del análisis del procedimiento de solución de controversias contemplado en el Código de Trabajo, acerca de la efectividad que otorga la instancia administrativa para estos casos. Sobre si este procedimiento administrativo es idóneo para la referida solución, otorgando protección necesaria al trabajador o empleador. Los procedimientos administrativos son esenciales para el derecho laboral.

1.5. Objetivos.

Objetivo General:

Determinar si existe vulneración de derechos y garantías a los trabajadores contratados bajo las modalidades de tercerización laboral e intermediación, y a su vez conocer si existe en el ordenamiento jurídico interno, una efectiva tutela de derechos laborales en los trámites administrativos que se desarrollan en el Ministerio del Trabajo, por las diferentes denuncias que son presentadas por los trabajadores y empleadores, indistintamente de cual sea la causa y pretensión.

Objetivos específicos:

1. Identificar a los trabajadores contratados bajo la modalidad de tercerización laboral e intermediación, conforme al ordenamiento jurídico ecuatoriano.
2. Estipular los presupuestos doctrinales acerca de los servicios complementarios permitidos en el derecho laboral ecuatoriano.
3. Determinar la vulneración o no de derechos y garantías laborales en los servicios complementarios.
4. Establecer las instancias administrativas en el ámbito laboral, determinando su eficacia y efectividad.

1.6. Métodos teóricos.

Los métodos teóricos aplicar son: el método histórico – jurídico, con el cual realizaremos un estudio sobre la evolución de los derechos laborales en el Ecuador, referente a los modos de contratación. Otro método para emplear es la sistematización jurídico –

doctrinal, con el que analizaremos el ordenamiento jurídico interno referente a los modos de contratación, los derechos laborales y la instancia administrativa con relación a la tutela judicial efectiva. Y, por último, el método jurídico – comparado, con el cual estudiaremos la normativa y posturas doctrinarias para compararla con normas de otros países respecto a sus modos de contratación. Estos métodos serán aplicados con la finalidad de realizar las valoraciones adecuadas conforme a lo previamente expuesto.

1.7. Novedad científica.

El trabajo por desarrollar comprende un análisis normativo, doctrinario, jurisprudencial y comparativo, sobre cómo abordar el sistema de contratación laboral, referente a la tercerización laboral y la intermediación. Todos estos modos de contratación que fueron utilizados para evadir responsabilidades patronales. Sin embargo, al analizar su naturaleza podremos considerar que al ser regulados debidamente pueden garantizar los derechos de los trabajadores contratados bajo estas modalidades, considerándose injustificada su prohibición en el Ecuador.

La instancia administrativa tiene por naturaleza ser un mecanismo y momento para la solución de controversias regulado por el Código de Trabajo. Este mecanismo lo analizaremos para establecer si es realmente efectivo para dar solución a las controversias que se suscitan entre empleadores y trabajadores, ya que en la práctica parece no ser suficiente por el incremento diario de procesos en las instancias judiciales. Parecen ser muchos los casos que terminan en archivo sin haber sido resueltos por la autoridad. La búsqueda de un arreglo amistoso en la sede administrativa, puede ser otro modo de solución de controversias más rápido y eficaz; pues en los juzgados los casos son mucho más demorados y produce una ruptura muy decisiva de la relación dentro del proceso, lo cual no sucede generalmente en la instancia administrativa.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes.

En la mayor parte del Siglo XX, el fordismo como sistema de producción industrial en serie, permitió que las condiciones de trabajo respecto de aquellos que mantenían una relación subordinada y asalariada fuesen reguladas por el Estado, con la finalidad de eliminar la intervención del mercado. Los conflictos que se fueron generando dentro de las relaciones laborales, en el marco político de sustitución de importaciones y de explotación del petróleo, ocasionó la constitución de los fundamentos respecto del Estado Social. Estos fundamentos son: uno, la seguridad social vinculada con el trabajo, y dos, dar asistencia social a aquellas personas que sin discutir el motivo se encontraban sin trabajo. En tanto que esto es parte de lo que da origen a estos modos de contratación.

Durante los años de 1990 e inicios del 2000, esta tendencia fue revertida para dar respuesta a la flexibilización de la producción de bienes y servicios, en sectores públicos y privados. Se adoptaron reformas que estuvieron fundamentadas en el Consenso de Washington; en el que el mercado acude a la flexibilización laboral a través de la intermediación y tercerización. Esto implicó una dinámica en los mecanismos de contratación; por lo que, la mutación en los procesos y cambios estructurales de la economía trajo consigo reformas en la contratación laboral. Por cuanto se comprende que la economía resulta la base para los modos contractuales.

La normativa laboral tiende a adaptarse a las necesidades de los modelos económicos que se estén aplicando en cada país. Por cuanto, se producirán cambios en las relaciones laborales de modos previsibles o no. Lo cual es controversial al analizar los principios y garantías del derecho laboral dependiendo ideales sociales y políticos de los países. Por lo que

hay principios laborales que no permite regresión de derechos, sin embargo, esto debe ser analizado en función de las normas de cada país sino de manera generalizada.

La globalización es un fenómeno actualmente inevitable que ha repercutido tanto en el campo político y social como en el económico, incidiendo directamente en las relaciones laborales y en la forma en la que estas se encuentran establecidas jurídicamente en cuanto a su regulación. Por lo tanto, el derecho laboral ha tenido que flexibilizarse según las exigencias que han sido impuestas por la globalización, debiendo lo laboral considerar temas de competitividad y eficiencia. Con la finalidad de poder satisfacer la demanda de producción dentro del libre mercado a nivel mundial. Se produce un conflicto al momento de querer adaptar el derecho laboral a este libre mercado, sobre todo, cuando ya desde algunos unos años hemos venido siendo testigos de un desarrollo normativo sobre la protección de los derechos laborales.

A lo que respecta este caso para el Ecuador con la puesta en vigencia en junio del 2020 de Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria, en un principio esto puede ser considerado como un caso de regresión y vulneración de derechos laborales. Esto lo observamos, de acuerdo con que se flexibilizan los horarios y salarios de trabajadores en los casos considerados por el empleador. Sin embargo, esta ley deberá ir siendo estudiada de acuerdo con los impactos que vayan surgiendo en el futuro, bien sea por la presentación de acciones tanto constitucionales como judiciales en favor de los trabajadores.

2.2. Definiciones.

2.2.1. La flexibilización laboral.

La flexibilización laboral comprende aspectos que resultan interesantes a ser estudiados, sin embargo, es importante que logremos comprender su significado para dar un criterio respecto de como este ha influido en el ámbito laboral. Por lo que, la flexibilización tiene como causa lo económico, y dependerá de este para que pueda ser explicado su alcance. Esta es una de las causas más relevantes para las modificaciones y orígenes de los tipos de contratación laboral, ya que el derecho laboral se verá comprometido en su desarrollo según la situación económica, consecuentemente, este derecho es dinámico en su generalidad.

Pero fue conceptualizado de la siguiente manera por el doctrinario Andrés Páez Benalcázar (2006) en el texto Intermediación laboral tercerización de servicios y colocación de personal, quien indicó que:

La flexibilización tiene sus orígenes en la crisis de los setenta, esto es, en un periodo de transición caracterizado por el desmoronamiento del Estado de bienestar y sus postulados principales de pleno empleo e igualdad, la crisis del petróleo de 1973 que generó alarmantes índices de inflación en los países industrializados debido a la emisión sin respaldo de divisas para cubrir su déficit energético, y ante la emergencia de aprovechar el excedente económico de los países petroleros, empezó una política internacional de préstamos para desarrollo que degeneró en el endeudamiento extremo de los países periféricos; hay que identificar que en este periodo inicia la denominada tercera revolución industrial, fruto de los avances científicos en materia informática, electrónica, robótica y de telecomunicaciones. Ante este paradigma histórico, las viejas empresas fordistas se vieron en la necesidad de adoptar un nuevo paradigma productivo

que se centrará en un concepto fundamental: la flexibilidad, tanto en la producción y en los productos como en los mercados. (pp.15-16)

Según lo expuesto respecto de la definición de la flexibilización laboral, ponemos en consideración el proceso de adaptación que debe realizar el derecho laboral al modelo o situación económico que se esté practicando en el país o en el mundo; lo cual en primer lugar nos puede dar una apreciación de inestabilidad e inseguridad jurídica. Sin embargo, es una realidad que poco podemos manejar o evitar, ya que este factor será determinante para estructurar los modos de contratación laboral. Esta tendencia de adaptación es más visible en países aún en proceso de desarrollo, donde el gobierno central poco o nada puede hacer para evitar que el sistema laboral colapse ante una crisis económica. Consecuentemente, será trascendente no solo los modelos a aplicar para la contratación del trabajador, sino cuales serán los mecanismos de control que utilizará el Estado a través de sus instituciones.

2.2.2. La Intermediación Laboral.

La Ley Reformatoria al Código de Trabajo del 23 de junio del 2006 contempla una definición acerca de la intermediación laboral en su primer artículo, establecida como una figura que generalmente ha sido confundida con la tercerización, ya que ambas conforman una relación jurídica triangular. Pero esta consiste en la posibilidad de que una parte denominada como intermediario pueda emplear a otra (trabajador), para que preste servicios en favor de otra, un tercero dentro de la relación llamada usuaria. La usuaria es quien termina beneficiándose de los servicios del trabajador. La usuaria tiene la facultad de darle instrucciones sobre las actividades que desarrollará, darle las herramientas y supervisar la

ejecución del trabajo; las otras facultades, derechos u obligaciones que surjan del contrato de trabajo corresponden al intermediario.

Por cuanto, la intermediación laboral es uno de los modos de contratación más aplicados y en el intervienen tres partes dentro del proceso de contratación. Estas partes respecto de lo cual se componen son: un empleador, un trabajador y el usuario, referidos previamente, en donde se da una relación triangular y solo corresponde a personas. En donde el trabajador da sus servicios a la usuaria, que es quien determina y supervisa su trabajo. Por lo que existe solidaridad patronal entre la usuaria y la intermediaria, pero no dependencia. Sino que entre estas partes hay un vínculo mercantil con el empleador, con quien el trabajador si tiene una relación de dependencia.

Respecto de los elementos para la validez y suscripción del contrato de trabajo, efectivamente se configuró un convenio para que una persona preste servicios a favor de un tercero, dejando en claro que la relación laboral existe entre el trabajador y el intermediario. Siendo el intermediario quien se desenvuelve como enlace entre el trabajador y la usuaria. Por cuanto estamos presentes a una relación de doble vía, en primer lugar, tenemos al intermediario con la empresa usuaria, quienes posiblemente terminarán suscribiendo un contrato comercial de prestación de servicios, en el que el intermediario tendrá que suscribir un segundo contrato, pero este deberá estar regulado por las normas del Código de Trabajo. Este contrato tiene como finalidad de que el trabajador contratado por el intermediario ponga a disposición su fuerza laboral con la usuaria.

El doctrinario Armando Mario Rojas Chávez (2004) en su libro la intermediación laboral acerca de este tema indicó lo siguiente:

Es la actividad organizada encaminada a poner en contacto a oferentes y demandantes de mano de obra dentro del mercado laboral para que mutuamente satisfagan sus

necesidades, entendiéndose como oferentes de mano de obra las personas naturales que están a disposición de ofrecer su fuerza de trabajo en un mercado laboral y, como demanda de la mano de obra, el reconocimiento de las diferentes unidades económicas para que sus vacantes sean ocupadas por personas calificadas para el desempeño de las mismas. El concepto de intermediario laboral no se agota con lo expuesto. Este concepto es más amplio e inclusive abarca diferentes modalidades que hacen que esta figura varíe dependiendo de la calidad del intermediario. (p.188-189)

Conforme nos presenta el autor, la intermediación laboral responde a una relación en la que comparecen tres partes, sin embargo, algo importante que debemos considerar, es que esta definición habla sobre la mano de obra calificada, relación que deberá ser temporal, sujeta a un tiempo de servicio sin prórroga bajo ningún concepto, lo cual no fue determinado en el artículo 1 de la Ley reformativa. Este sometimiento a plazo garantiza que el trabajador al terminarlo podrá optar por un contrato de trabajo de planta y no por un tiempo definido, aunque la temporalidad en algunos casos podrá dar inicio a que estos trabajadores lleguen a ser rotados a otras compañías, con las que pueda existir algún tipo de vinculación con el intermediario, para lo cual debemos adoptar las medidas necesarias para evitar que esto suceda.

La Abogada Cristina Nélide Torres Tafur (2005) en su texto desnaturalización de la intermediación laboral, expuso su criterio acerca de la relación de tres que se forma en la intermediación laboral con la usuaria, indicando que:

Las relaciones involucradas en la intermediación son triangulares o trilaterales en la medida en que, de una u otra forma en la práctica, existe un contacto directo entre todos los intervinientes. Si bien, desde una perspectiva formal, hay dos contratos

independientes o separados, no puede negarse el hecho de existir una inocultable vinculación entre la empresa usuaria y los trabajadores destacados que nace a consecuencia del cumplimiento, normalmente, de las labores en las instalaciones de la empresa usuaria, bajo control y supervisión de ésta. Por tanto, en el plano jurídico, existe una relación bilateral y se admite que en la práctica existe una relación trilateral a la que la regulación aún no ha volteado los ojos para proteger coherentemente. Esta triangulación rompe con la clásica relación jurídica protegida por el Derecho Laboral: se fragmenta la relación jurídica directa entre quien presta y quien recibe un servicio subordinado y dependiente, a partir de la presencia de un tercer actor que se configura como empleador desde el punto de vista formal de unos trabajadores que son destacados a otra empresa para prestar servicios bajo las órdenes de esta última. (p.10)

Sobre lo indicado por la Abogada Cristina, destacamos la presencia de tres partes dentro de esta relación, en donde confirmamos que nuestro ordenamiento jurídico clásico, el cual regula que las relaciones laborales están constituidas de un modo en el que solo pueden intervenir dos partes y no tres, ya que nace la idea de que se puede dar pauta para ocasionar violación a los derechos del trabajador; sin embargo, cuando estudiamos la naturaleza de la intermediación laboral, la característica de la temporalidad es esencial en esta figura, lo cual nunca fue considerado como algo obligatorio al momento de revisar los elementos contractuales del contrato de trabajo entre el trabajador y la empresa intermediaria.

La intermediación se concibe con el propósito de evitar la informalidad, por cuanto la Ley puede exigir contratar exclusivamente con aquellas empresas que cuenten con una autorización de funcionamiento vigente, comprobable a través de un certificado emitido por el Ministerio del Trabajo; en caso de que una usuaria privada contrate a una de estas empresas

intermediarias sin que cuente con la respectiva autorización, deberá ser sancionada con una multa pecuniaria, estando obligadas a asumir como propios a los trabajadores intermediados, así esta desconozca sobre la inexistencia de la autorización, ya que es parte de los habilitantes para la celebración del contrato mercantil entre ambas.

El doctrinario Omar Toledo Toribio (2007) en su libro intermediación laboral, nos dio una definición sobre la intermediación laboral, indicando que:

La intermediación laboral constituye una figura distinta a la tercerización. En efecto, mediante la intermediación laboral una empresa denominada usuaria contrata a otra de servicios para que le suministre o proporcione personal, el cual, si bien prestará sus servicios a favor de la compañía usuaria, no sostendrá vínculo laboral con esta última y se mantendrá bajo la dirección y control de la empresa de servicios. Se puede recurrir a intermediación en tres supuestos taxativos siempre que no impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria: a) la prestación de servicios temporales, b) la prestación de servicios complementarios y c) la prestación de servicios especializados. (p.2)

De acuerdo a lo expuesto por el autor, debemos entender que estamos frente a un caso de intermediación laboral, siempre y cuando lo que se proporcione sean trabajadores. Estos deberán prestar sus servicios a actividades de carácter complementario a las empresas usuarias, siendo estas actividades temporales en un servicio especializado. Por lo que, se requiere de trabajadores con cualidades y capacidades específicas, debiendo ser estos profesionales. La precarización pudiese generarse si no cumplimos con unos de los presupuestos que constituye esta figura, si es que lo volvemos permanente, y el personal ejecuta actividades principales o habituales de la empresa usuaria.

El Dr. Iván Nolívos (2006) en su texto *Tercecerización no es intermediación laboral*, nos expuso lo siguiente:

Es necesario aclarar que, en nuestro país, la intermediación laboral tiende a confundir con la tercecerización de servicios (...) la primera tiene que ver con la relación laboral, con la noción de contrato de trabajo y con la solidaridad de obligaciones patronales. Es aplicable en labores habituales; y la segunda es una herramienta profesional de apoyo externo en virtud de la que una empresa contrata con otra especializada, la gestión de uno o mas sectores de su industria o negocio que no constituyan su actividad principal o habitual. (p.7)

El empleador es el intermediario.

De acuerdo con lo establecido en la Ley Reformativa al Código de Trabajo, se estableció que el empleador es aquella persona a favor de quien se presta el servicio. Sin embargo, en la intermediación laboral esa calidad la desempeña el intermediario, debido a que este es quien contrata al trabajador y establece una relación con el trabajador intermediado. Las obligaciones de empleador propiamente serán asumidas por la intermediaria, cediéndose únicamente a la usuaria las facultades de determinar las tareas y supervisión de estas al trabajador intermediado. Claramente se encuentran definidas las calidades, atribuciones y funciones de cada una de las partes comparecientes en la relación, tanto comercial como laboral.

Consecuentemente, la subordinación como uno de los elementos sustanciales del contrato de trabajo sufre un desdoblamiento, aunque puede resultar cuestionable si este elemento debiese ser o no cedido, ya que no existe vínculo de naturaleza laboral con la usuaria. La presencia del trabajador en el lugar de la usuaria nace de un contrato mercantil

suscrito con la empresa intermediaria. Sería de considerar si debiese ser el mismo intermediario quien mantenga la subordinación y ceda la supervisión de las actividades. El intermediario conserva otras obligaciones laborales como lo son: definir los contenidos y alcances del contrato de trabajo en función de las necesidades que haya requerido la usuaria, cancelar a tiempo la remuneración, cumplir con las normas de seguridad industrial y de seguridad social y demás obligaciones fundamentales.

Respecto del pago de la remuneración al trabajador, es de tener en cuenta que esto deberá ser cancelado independientemente de que la usuaria haya cancelado a tiempo o no a la empresa intermediaria, por lo que someter el tiempo de pago de la remuneración con el pago de la usuaria se convertiría en una violación al derecho de recibir la remuneración por el trabajo realizado, tomando en cuenta que el Código de Trabajo prevé un plazo para el pago. Sin embargo, es una práctica común dentro de estas figuras lo cual genera inconvenientes frente a las necesidades del trabajador. Existe un alto riesgo y mayor inestabilidad al trabajador frente a estos modos de contratación quien depende de acuerdos de terceros. En este caso, podría ser considerado como la parte más vulnerable ante incumplimientos contractuales.

Jorge Toyama Miyagusuku (2017) en su artículo Tendencias, Tercerización e Intermediación publicado en la Revista de la PUCP presentó su postura sobre las incidencias que se contemplan en este modo de contratación, en calidad de intermediario:

Las normas que regulan la intermediación laboral suelen presentar un sistema limitado, en tutela de los derechos laborales y en prevención de los abusos en los sistemas de contratación, pues, puede utilizarse estos mecanismos para eludir o aligerar sus responsabilidades laborales o de previsión social, promoviendo artificialmente la ficción de una empresa que figura a nombre de una persona (generalmente, un ex empleado);

pero que en realidad actúa como un simple intermediario de la empresa principal, que es la auténtica empleadora tanto del que figura como intermediario como de sus empleados. (p.12)

Acerca de lo mencionado por el autor, alude a una práctica común de los empleadores intermediarios, quienes simulaban estos actos jurídicos haciendo de este modo de contratación una salida para la reducción de costos laborales de otras empresas con las cuales pudieron haber tenido alguna relación. Por lo que, este tipo de circunstancias fue una de las causas que motivaron para su eliminación en la legislación laboral ecuatoriana. Sin embargo, estos casos de simulación aún pueden ser viables sobre las actividades autorizadas por el Mandato Nro. 8, por cuanto es un tema al que no se le ha dado mayor seguimiento ni control. Es importante que el Estado establezca regulaciones para evitar prácticas indebidas por los empleadores respecto de los casos permitidos.

En tanto que la intermediaria se beneficia del desempeño laboral del trabajador intermediado, ya que al colocarlo a disposición de un tercero que es la usuaria, este percibe un beneficio económico debido al trabajo realizado por el intermediado, la intermediaria cobra el valor que se haya acordado en el contrato mercantil de intermediación laboral. Todas las partes de la relación terminan percibiendo un beneficio, la intermediaria un ingreso, el trabajador una remuneración, y, la usuaria se lucra con el trabajo realizado por el trabajador intermediado. Claro que podríamos plantearnos la situación de que es innecesaria la presencia del intermediario, pero esta figura es trascendente para aquellas empresas que buscan orientar sus capacidades en otras áreas de su sistema de producción, sin que asuman el rol ni las responsabilidades de ser el empleador. El modo de contratación resulta eficiente siempre y cuando no sea desnaturalizado como comúnmente sucede.

El trabajador intermediado.

Es aquel con el que se establece una relación contractual de orden laboral con la parte intermediaria, pero la prestación de sus servicios lícitos y personales deberá ser en beneficio de otra, que es la usuaria y no directamente para el intermediario. Por lo tanto, quien deberá fijar las condiciones para su desempeño laboral es la intermediaria y consecuentemente esta misma deberá determinar las particularidades de su contrato de trabajo, su remuneración y la forma de pago; el tiempo de duración del contrato y demás consideraciones establecidas en la ley especial. Respecto de la duración del contrato, es donde cuestionamos el hecho de que parte de la naturaleza de esta figura es que la duración de estos contratos debe ser temporal y no indefinidos, pero la ley no menciona nada sobre la duración, por lo que, hay la posibilidad de hacer a plazo fijo o indefinido. Además, estos contratos deberían tener una vigencia respecto del plazo que podrían tener los contratos mercantiles.

La usuaria al tener la facultad de especificarle las actividades a realizar, lugar y control sobre su desempeño laboral, en caso de que estas no se ajusten a sus necesidades ni su desempeño sea apropiado, esta podrá solicitarle a la intermediaria el reemplazo del trabajador intermediado por otro. En tanto que, siendo el intermediario quien deberá solucionar todo sobre la desvinculación del trabajador; lo cual puede resultar un tanto arbitrario. En la ley se debe establecer un procedimiento para el requerimiento de reemplazo del trabajador, ya que puede terminar siendo subjetivo al momento de valorar el desempeño de este u otras consideraciones respecto del trabajador, y estos casos deberían estar sujetas a las mismas regulaciones de un proceso de visto bueno.

El trabajador intermediado tendrá la facultad de poder utilizar todas las instalaciones y servicios de la usuaria, en las mismas condiciones y tratos como si este fuese un trabajador de planta. Esto tiene como finalidad evitar que este se sienta discriminado respecto de los otros trabajadores, debiendo tenerse como única diferencia entre estos el modo de contratación. Así

mismo, el trabajador podrá presentar reclamos a la usuaria sobre las condiciones laborales en las que este se encuentre. Es importante contar con los instrumentos necesarios para laborar, materiales, insumos adecuados, medidas de protección u otros, teniendo en cuenta que el trabajador también deberá notificar a la intermediaria sobre estas irregularidades o riesgos en caso de haberlos.

La ley debe otorgar al trabajador la facultad de poder demandar o presentar reclamo administrativo, en la jurisdicción donde este tenga fijado su domicilio a la fecha en la que se haya dado por concluido su contrato de trabajo, indistintamente de cual haya sido la causa. Esta garantía se establece en consideración en donde las intermediarias tengan autorización para su funcionamiento por lo que tienen un alcance nacional, de modo que el trabajador no se tenga que ver en la necesidad de trasladarse a una jurisdicción diferente o distante para que sus derechos sean reconocidos. Por lo que caso contrario generaría costos adicionales en los que tendría que incurrir el trabajador intermediado. Esta garantía es respetada aun cuando en el contrato de trabajo se haya dispuesto renuncia al domicilio del trabajador.

Javier Eduardo Almanza Junco (2017) en su texto indicó cuales son los derechos que tienen los trabajadores intermediados y los casos en que debe recurrirse a esta figura.

En lo que respecta al régimen laboral, a los trabajadores en misión se les aplican los derechos y responsabilidades estipulados en las normativas que extiendan o modifiquen el mismo. El salario ordinario de los trabajadores en misión debe ser igual al de los trabajadores que desarrollen las mismas actividades en la empresa usuaria, de manera directa, extendiéndoseles el derecho de gozar de los beneficios que la empresa tenga para con sus empleados en el lugar de trabajo, en materia de transporte, recreación y alimentación. Por lo mismo, la contratación de empresas de servicios temporales está supeditada a cualquiera de los siguientes tres casos: 1. Para el desarrollo de labores

ocasionales, transitorias o accidentales. 2. Cuando hay lugar al reemplazo de personal por licencias de maternidad, vacaciones o incapacidad por enfermedad. 3. Para la atención de incrementos en la producción, transporte, venta de productos o mercancías, periodos estacionarios o de cosecha o prestación de servicios, por un periodo de 6 meses, prorrogables solamente hasta otros 6 meses más. (p.179)

La temporalidad es un punto importante que debemos tener siempre presente al tratar la intermediación laboral, ya que al hacerlo permanente estaríamos poniendo en controversia la situación del trabajador. Por cuanto este estará ejecutando laborales y seguramente no gozando de las mismas garantías que un trabajador de planta, ya que estará supeditado a las declaraciones y estipuladas dentro del contrato mercantil. El referido contrato el aún cuando pretenda contemplar las mismas garantías que cualquier otro trabajador de planta, pues esto no será posible, debido a la existencia de la intermediaria y la naturaleza de su contrato. Si bien es cierto que en un momento mencionamos que la intermediaria cede la subordinación a la usuaria, también es cierto que la intermediaria en cualquier momento podrá ejercerla sobre el trabajador, inclusive cambiándolo de usuaria sin que ello implique un despido.

La usuaria.

Es aquella persona natural o jurídica a favor de quien el trabajador intermediado presta sus servicios, sin que exista vínculo laboral entre estos. El vínculo no existe, ya que previamente hay una relación de índole laboral entre el trabajador intermediado y la intermediaria. En tanto que, por una parte, la usuaria recibe un servicio de carácter mercantil, en el que se le ha proporcionado personal, para que este pueda ejecutar sus actividades permitidas, sin que el personal dotado dependa laboralmente de la usuaria. Es por ello, que la

legislación ha insistido en que exista responsabilidad solidaria entre el intermediario y la usuaria, como un mecanismo de protección de los derechos laborales de los trabajadores.

No obstante, por la naturaleza de la relación triangular, la usuaria tiene la atribución de poder ejercer mando y control acerca de las labores que deba el trabajador intermediado realizar, siendo este el nexo que existiría entre el trabajador intermediado y la usuaria. Pero de esta atribución puede generar algunas controversias, bien pueden celebrar un contrato mercantil la usuaria y la intermediaria, pero al tener la facultad de asignar labores la usuaria, es posible que se distorsione el objeto de los contratos. La usuaria y la intermediaria pueden acordar la dotación de personal para la ejecución de labores temporales y actividades secundarias, pero el trabajador termina realizando actividades principales del sistema de producción y por un tiempo indefinido. Parece ser una relación en la que poca o nada participación tiene el trabajador, como es el caso de los servicios jurídicos o de contabilidad que son externalizados y tienen cierta independencia en mucho de los casos.

La Ley le exige a la usuaria que en caso de que sobrevenga un conflicto entre ella y el trabajador intermediado, la usuaria de manera motivada deberá reportarlo a la intermediaria. Esta notificación se hará con la finalidad de que no exista perjuicios al trabajador debido a la arbitrariedad de las decisiones de la usuaria. La empresa intermediaria deberá analizar la infracción o falta cometida por el trabajador para dar inicio a las causas de terminación del contrato de trabajo establecidas en el artículo 172 del Código de Trabajo, o imponer las multas que correspondan. En caso de aplicarse sanciones o multas, deberá atenerse a las disposiciones del Reglamento Interno de trabajo de la intermediaria.

La plantilla de trabajadores de la empresa usuaria se vería compuesta por trabajadores de planta y por trabajadores sujetos a plazo, por cuanto debemos considerar si esta figura fuese viable, y estos trabajadores sujetos a contratar en caso de que los trabajadores de planta

se encuentren en huelga. La huelga es un derecho de los trabajadores. como modos de presión y exigencia del reconocimiento de derechos para los trabajadores. En primera instancia podríamos decir que si la usuaria tiene la capacidad de contratar temporalmente otros trabajadores mientras dure la huelga a terceras personas que dependan de una intermediaria, no se paralizaría la empresa, lo cual tiene aspectos positivos y negativos. Sin embargo, es prudente el ejercicio de este derecho dependiendo de la actividad y situación en la que se encuentre la empresa, ya que existe un procedimiento para su legalidad.

2.2.3. La tercerización laboral.

La tercerización o subcontratación de servicios, corresponde a que los bienes a producir o la prestación del servicio a dar será de manera organizada, siendo el contratista el encargada de tener la dirección y vigilancia del servicio, el contratista podra ser una persona natural o jurídica. El contratista deberá contar su propia estructura interna, debiendo contar un patrimonio suficiente para la prestación del servicio o la producción de los bienes requeridos. Esto será realizado en favor de un tercero denominado como la empresa usuaria, pudiendo estar el contratista dentro o fuera de las instalaciones de la usuaria. Por lo que, los trabajadores de la contratista estarán a disposición y manejo de esta y no de la empresa usuaria para la realización de la actividad, siendo necesaria dicha independencia funcional y administrativa con la finalidad de no entorpecer otras actividades.

Para Alejandro Bolaños Pérez (2016) en su texto El Outsourcing en Mexico nos dio un significado acerca de la tercerización, quien indico que:

El outsourcing es una herramienta que ayuda al desarrollo y eficiencia de los negocios; auxilia en cualquier área de las organizaciones, ya sean tareas primarias o secundarias. Esto permite que la empresa se concentre en la realización de las funciones que

considere como principales objetivos del negocio, logre el cumplimiento de sus metas y, por ende, alcance su desarrollo y crecimiento. (p.2)

Consecuentemente, debemos entender a la tercerización como aquella estrategia utilizada por los empresarios dentro del sistema de producción, en que se externalizan procesos de negocios, o considerar que se trata de transferencias de un proceso o fases del negocio a un tercero especializado. Esto tendría como finalidad la de agilizar y mejorar los procesos, obteniendo eficientes resultados, agilizar el management o comprimiendo costos. Esta figura supone la existencia de una delegación total de actividades, ya que el contratante se limita a determinar su necesidad y el contratista presenta su propuesta. La naturaleza de esta figura cumple con el objetivo de colaborar con las actividades tanto operativas como de soporte, permitiendo que estas puedan concentrarse en las actividades que dominan, enfocadas en incrementar su productividad, eficiencia y crecimiento.

Previamente a que una empresa tome la decisión de tercerizar actividades, es necesario que se ejecuten algunos estudios económicos y de costos antes de su realización. Por cuanto la tercerización implica la realización de una correcta evaluación para su juzgamiento. Sin embargo, para juzgar dicha situación, se requiere de entendimiento y para entender se necesita información, la cual se puede conseguir a través de estudios, por lo tanto, este modo de contratación en el que se externalizan actividades, no comprende un escenario abusivo y evasivo de derechos laborales como ha sido comprendida. Es importante conocer y socializar adecuadamente estos modos de contratación que puede ayudar a la formalización y generación de empleos.

En referencia a este caso, el Sociólogo Daniel Nuñez (2009) en su texto el movimiento de los trabajadores contratistas de Codelco, nos dijo lo siguiente:

En cuanto a la subcontratación, mientras se trate de servicios especializados y bienes de valor agregado, hay mayores posibilidades de que las empresas contratistas generen empleos de mayor calidad y respeten las normas laborales. En cambio, cuando se trata de subcontratar bienes y servicios se relacionan directamente con el giro de la empresa mandante, se producen efectos novicos, ya que el trabajador externo realiza las mismas funciones que el trabajador propio de la empresa contratante, pero con una remuneración mas baja y en condiciones laborales mas desmedradas. Hay que recordar que el trabajador externo no goza de los beneficios establecidos en los contratos colectivos, porque no pertenecen a la empresa en que aquellos contratos se han gestionados. (p.15)

La primera Constitución del Ecuador en hacer referencia a la intermediación laboral es la de 1945, la cual en el literal x del artículo 148 de manera general estableció que, la persona que en su provecho particular preste un servicio, es responsable del cumplimiento de las obligaciones normativas de carácter social, a pesar de que hubiese una relación intermediaria. Por lo que, podemos interpretar que la intermediación de servicios es totalmente viable, sin embargo, quien ofrezca el servicio tendrá responsabilidad solidaria del cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores, independientemente de que exista una triangulación en la relación. Este obligación solidaria trasladada a la empresa usuaria es una de las mas importantes a considerar dentro de esta figura. El trabajador para ese momento podría accionar en contra de su empleador o ambos de manera conjunta o independiente.

El doctrinario Sabino Hernández (2006) en su libro la tercerización presentó su criterio acerca de lo establecido en el literal x del artículo 148 de la Constitución de 1945 indicando lo siguiente:

Hace mas de setenta años, podemos decir que básicamente se refería el concurso de algunos trabajadores, especialmente por la necesidad de terminación rapida del trabajo, caso en el que estaba la actividad de la construcción; el ingeniero constructor contrataba los servicios de personal especializado en cada actividad, como los denominados peones para las excavaciones, albañiles, carpinteros, baldoseros y azulejeros, pintores, empastadores, electricistas, colocadores de piezas sanitarias, techadores, etc. Corrientemente se daba el caso de la presencia de contratistas, subcontratistas y otras variedades de relación contractual, así como diversas formas de pago, a jornal, por obra total, por unidad de obra, por tarea y otros. (p.63)

Las siguientes Constituciones no se refirieron a estos temas, hasta que fue retomado en el marco denominado proceso de reestructuración jurídica del Estado, en el cual el país dice haber retomado la democracia en 1979, previo a haberse celebrado un referendum en el cual la población acogió la denominación de Nueva Constitución, la misma que comenzo a regir desde el diez de agosto de 1979, por lo que, en el literal j del artículo 31, en la sección V del trabajo, título II de los derechos, deberes y garantías, constó un texto en el que se diferenció a los trabajadores contratados para una obra de aquellos que era contratados para dar un servicio, adicionalmente este se fijó más en el principio de responsabilidad solidaria, como efecto de la intermediación, otorgando el derecho de repetición a favor del beneficiario contratante.

En la Constitución del Ecuador de 1998, en el título de los derechos fundamentales en su capítulo IV se refiere respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, y en la seccion tercera trata acerca del trabajo, en cuyo artículo 35 se establecen las normas y garantías laborales en el cual se relaciona al trabajo como un derecho, además de considerarlo

como deber social. Por lo que, este derecho deberá contar con protección mediante control y regulaciones por parte del Estado. Sin embargo, el Estado no tiene obligación de proporcionar empleo a los ciudadanos sino de garantizar un trato digno. Esto resulta interesante de analizar, ya que si el Estado no tiene la obligación de proporcionar empleo, hoy podríamos cuestionar cuales son las medidas que se están tomando para insentivar su generación y control adecuado.

2.3. El Mandato No. 8 y la eliminación de la intermediación y tercerización.

Los Mandatos Constituyentes establecen decisiones y normas que, expedidas por la Asamblea Constituyente en ejercicio de los poderes estatales, tuvieron originalmente el carácter de supraconstitucionales. Los mandatos entran en vigor y producen efectos de forma autónoma a la fecha de su publicación, independientemente del concepto, significado que el ordenamiento jurídico nos otorgue. Mientras estaba en funcionamiento la Asamblea Constituyente, dictó el Mandato Constituyente Nro. 1, dándonos pautas para establecer que el Mandato Constituye Nro. 08, podía ser válidamente aplicado por autoridades, constituyendo normativa obligatoria. De este Mandato se emitió un reglamento para su aplicación, el mismo que aún contempla vacíos respecto de esta materia.

El Abogado Diego Correa (2010) en su aporte al informe sobre derechos humanos, en el texto Regresión laboral en el Ecuador y sus consecuencias expresó lo siguiente:

La ANC en el supuesto afán de acabar con las inequidades y desigualdades remunerativas en el sector público, mediante los mandatos constituyentes 2, 4 y 8, desconoció principios fundamentales del derecho del trabajo (aclarando que existen

diferencias muy marcadas con relación al derecho administrativo), tales como la intangibilidad y la irrenunciabilidad; precisados en el art. 326, num. 2 de la actual Constitución. Desconocimiento que afecta irremediablemente a los derechos de organización, contratación colectiva, huelga y estabilidad laboral. Al parecer los asambleístas “olvidaron” o “desconocían” que otro de los principios del derecho al trabajo es la progresividad, así como el avance en su extensión. A pesar de la disparidad en la información, se calcula que hasta antes de la promulgación del Mandato 8 en el país hubo más de un millón de trabajadores en esa condición. Luego, según cifras oficiales, ingresaron en relación directa de trabajo aproximadamente doscientos mil a las entidades y empresas públicas, así como a las empresas privadas; es decir, apenas un 20%. Es de suponerse que el 80% restante se quedó en esa condición o fueron despedidos. (p.297)

La Constitución del 2008 vigente actualmente en dos artículos trata lo referente a la supremacía de la Constitución respecto de aquellas normas que conforman el sistema jurídico, por lo tanto, en el artículo 425 se determina el orden jerárquico en el que se deben aplicar las normas, siendo la Constitución la principal. Considerando lo expuesto en el 425 nada se menciona sobre los Mandatos Constituyentes emitidos durante el periodo en que funcionó la Asamblea Constituyente. Por lo que se encuentran incorporados a nuestro ordenamiento jurídico como leyes orgánicas, a partir del pronunciamiento del Mandato Constituyente Nro. 27 que así los declara. Son casos excepcionales en los que nuestros legisladores adecuan e interpretan las normas para viabilizar sus fines, debiendo nosotros valorar su correcta o no aplicación posterior.

El Pleno de la Magistratura Constitucional al referirse a la naturaleza jurídica de los Mandatos Constituyentes, ha señalado que se caracterizan por ser normas generales y abstractas. Por cuanto dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano tienen la jerarquía de leyes orgánicas (Caso N. 1373-15-EP por indemnizaciones laborales, R.O. N. 782 de 23/06/2016). En tanto que el caso al que nos hemos referido resulta pertinente de ser analizado, de acuerdo con el aporte que realiza al establecer la caracterización del Mandato, en tanto que nos aclara que tipo y jerarquía tienen estos. Esto es de tomar en consideración, debido a que hubiese sido prudente iniciar un proceso de reforma al Código de Trabajo para el caso.

Sin embargo, el Reglamento de funciones de la Asamblea Constituyente en su artículo 1 estableció que, la misma, representaba la soberanía popular dotándole de poderes, y en su artículo 2 le facultó para la emisión de Mandatos Constituyentes. Por lo que, los antecedentes referentes a las prácticas ejecutadas por los empleadores intermediarios y empresas tercerizadoras de servicios complementarios, llevaron a que en el año 2008 la Asamblea Nacional Constituyente apruebe el Mandato Nro. 08 en el que se eliminaron estas figuras triangulares de la relación laboral. Respecto de la tercerización de servicios, la intermediación laboral y, además, la contratación laboral por hora. Modos considerados de manera errada como aquellos que generan precarización laboral. Por cuanto no se observó que estas prácticas indebidas son ocasionadas por falta de control, normas imprecisas al caso y vacíos legales.

De este modo, se buscó priorizar que la relación laboral sea directa y bilateral entre los trabajadores y empleadores según las consideraciones expuestas por la Constitución. Por lo que desde su puesta en vigencia debieron comenzar a desaparecer las empresas intermediarias. Sin embargo, mientras que las tercerizadoras para poder subsistir deberían

acogerse a lo dispuesto en dicho Mandato, para transformarse en empresas prestadoras de servicios complementarios, destinadas únicamente para actividades de vigilancia, seguridad, alimentación, limpieza y mensajería. Aunque estas empresas logran subsistir, hubo un alto porcentaje de trabajadores que tuvieron que haber quedado desempleados.

Patricio Rivas (2008) en su texto Programas de políticas públicas sostuvo lo siguiente:

Una forma de flexibilización laboral que corresponde a una tendencia mundial dentro del capitalismo avanzado, dirigida a “beneficiar a los empleadores o a los dueños de las empresas, de las industrias y del Estado”. Estas figuras fueron defendidas por las empresas porque “esto significaba un buen negocio, porque te evitaba tener que afiliarse al seguro social a los trabajadores, te evitaba tener que pagarles utilidades, vacaciones anuales, darles la garantía de estabilidad laboral, es decir estos trabajadores no tenían ningún tipo de derechos y por lo tanto eran explotados, fácilmente podían ser despedidos de sus trabajos sin que existiera ningún tipo de razón, eran sometidos a una continua inestabilidad, cambiados de patronos cada tres meses, cada seis meses, cada año, con la finalidad de evitar justamente el cumplimiento de los derechos y responsabilidades que tenía el empleador para con sus trabajadores. (p.2)

Lo mencionado por el autor es cuestionable, en tanto que el sector empresarial mantuvo una posición en que la intermediación laboral y la tercerización como modos de contratación, protegían doblemente al trabajador en virtud de lo que establecía la Ley 2006-48. Por cuanto existía solidaridad en las obligaciones laborales por parte de la usuaria, evitando que se produzca vulneración de derechos laborales; adicionalmente no existía duda sobre quien era el empleador. En tanto que con el contratista existía un contrato bilateral y directo, con las mismas obligaciones y derechos como si este le prestase sus servicios a él.

Estos modos de contratación buscaron formalizar el empleo, evitar la precarización, en función de que el Contratista o Intermediario era un empleador igual y común a los otros, utilizando el mismo contrato requerido por el Código de Trabajo.

Pilar Moncayo (2008) en el texto Programa de políticas públicas sobre la eliminación de la Ley 2006-48 sostuvo lo siguiente:

Se lamenta es la eliminación de la ley 2006-48. Incluso retoma una declaración del actual Ministro del Trabajo para argumentar: fue fruto de un proceso de diálogo que culminó con el consenso casi total de dicha norma jurídica, una norma dotada de legitimidad y nacida del consenso y del diálogo de las partes involucradas. En ese sentido señala un desconocimiento de los derechos del sector privado, este mandato lo que ha hecho es simplemente desconocer libertades individuales, como son el derecho al trabajo, como es el principio a la libertad de empresa, el principio a la libertad de contratación, adicionalmente desconoce el principio básico en derecho que es la irretroactividad de las normas, toda nueva norma es para lo futuro, sin embargo, este mandato establece que esta nueva norma es retroactiva desde el 1 de marzo del 2008 y todo trabajador que hubiese sido despedido en virtud de este mandato deberá ser reintegrado. (p.3)

Dando continuidad a lo previamente expuesto, el Abogado Emilián Antonio Cando Shevchukova (2016) en su tesis de maestría denominada como la intermediación laboral y las agencias de colocación de personas se refirió acerca de la exposición de motivos del mencionado Mandato Nro. 8 por lo que indicó lo siguiente:

La exposición de motivos del Mandato Constituyente No. 8 indica que las fuentes de empleo son generadas por las unidades económicas y entidades que realizan procesos

de producción o servicios y son ellas las que demandan trabajadoras/es. Las compañías que se dedica a las actividades de tercerización de servicios complementarios e intermediación laboral hacen uso de esa demanda con carácter mercantil para su propio beneficio. En fin, el Mandato Constituyente No. 8 no tiene una profunda exposición de motivos. (p.47)

De acuerdo con la naturaleza de estos modos de contratación, una de sus características principales es la temporalidad, sin embargo, las regulaciones actuales y vigentes no la consideran. El Mandato Nro. 08 en su disposición primera, obligó a las empresas usuarias que incorporen por el plazo de un año a todos los trabajadores intermediados que estuviesen contratados para ese momento; por lo que, nació una incertidumbre acerca de esta disposición, y es cuál iba a ser el escenario del trabajador al cabo del año. Existiendo la posibilidad de que un porcentaje considerable estos serían despedidos y en consecuencia acabar con esta modalidad no resultó del todo positiva. Generando un aumento de la tasa de desempleo cuando lo que el país requiere es una mayor ocupación y formalidad de la mano de obra.

CAPITULO III

3.1. Marco Legal.

3.1.1. Primer Código Civil del Ecuador, que contempla normas separadas para la prestación de servicios y ejecución de obra.

El primer Código Civil del Ecuador fue dictado por el Congreso Nacional el veintiuno de noviembre de 1857 entrando en vigencia el uno de enero de 1861, por disposición del Gobierno Provisorio del Ecuador del día cuatro de diciembre de 1860. Por cuanto en su artículo 1900 daba un concepto del Contrato de Arrendamiento, el cual establecía que es un contrato bilateral en el que los intervinientes se obligan de manera recíproca. Respecto de lo que se concedía el goce de una cosa o la ejecución de una obra, o para la prestación de un servicio, y la otra parte tendrá la obligación de pagar por el goce de la cosa, obra ejecutada o por la prestación del servicio. Este tipo de contrato hace referencia al arrendamiento de mano de obra.

En virtud de que lo determinaba la norma, sobre el contrato de arrendamiento, no solo de cosas, sino también de obras y servicios, se destaca la apreciación que se tenía sobre aquellos trabajadores que en virtud de su oficio, eran conceptualizados y regulados como objetos. Por lo que resulta notorio quien era la persona mas débil en la relación laboral; siendo esto uno de los aspectos que incansablemente la legislación ha intentado equilibrar y hasta la actualidad sigue sin verse notables y eficientes resultados para este caso. En tanto que como mencionamos anteriormente, el derecho laboral deberá irse adaptando de acuerdo al sistema económico que se este aplicando en cada país. Jurídicamente es muy complejo intentar equilibrar la relación sin caer en medidas que sobreprotejan al trabajador.

El doctrinario Sabino Hernandez (2006) respecto a lo mencionado, en su texto la tercerización, sostuvo lo siguiente:

Hay que enfatizar que nuestra legislación consideraba lo mismo arrendar un edificio.o un mueble, que arrendar los servicios personales de un individuo, para que ejecute un obra (locatio operis faciendi) o para que preste un servicio (locatio conductio operadum), y por ello se le paga un precio. Es la clara posición civilista de corte liberal, que consideraba el trabajo como una mercancía, constituida también en la meta histórica del capitalismo y que ahora efatiza el neoliberalismo. (p.66)

En cuanto al arrendamiento de personas para obras o prestación de servicios, en el Artículo 1972 encontramos el arrendamiento de criados domésticos y jornales, y en el Artículo 1981 los contratos para la confección de una obra material; y por último se menciona el arrendamiento de servicios inmateriales en el Artículo 1991, todos del Código Civil ecuatoriano de 1861. En el primer caso, hace referencia a las labores domésticos, para los criados, y los que se hacen en los demás trabajos o labores fuera de casa, para los jornaleros. El segundo caso tiene dos escenarios, cuando el artífice pone el material y el contrato se transforma al de venta, y cuando la persona que ha encargado la ejecución de la obra ha proporcionado los materiales siendo este de arrendamiento, debido a que el trabajador estaría dando un servicio. Y por último, es un servicio inmaterial, consistiendo en una larga serie de actos, como el de un escritor.

3.1.2. Primeras menciones legales, acerca de la solidaridad de los contratistas y el beneficiario de la obra.

La ley sobre indemnización pecuniaria emitida a través del Decreto Legislativo del veintidós de septiembre de 1921 en el inciso tercero del Artículo 2, da un concepto sobre lo que debemos entender por patronos, indicando que patrono es el propietario de la obra, explotación o industria donde el trabajo se proceda a realizarse. Patrono podrán ser las personas naturales como las jurídicas constituidas a través de compañías, y también lo podrá ser el Estado, las Juntas de Beneficencia, Consejos Cantonales, y en general cualquier Corporación de derecho público. Adicionalmente menciona que, debemos entender como empleador al contratista, siendo solidaria la responsabilidad del propietario, a quien se le reconoce acción de repetición contra el contratista. Nuevamente se considera este principio de solidaridad, lo cual es un alcance positivo para cualquier trabajador.

En virtud de lo establecido en la mencionada ley, debemos destacar tres aspectos que resultan de importancia: el primero, es que la ley conceptualizó al patrono a las personas naturales y jurídicas tanto del sector privado como público; dos, la norma establece que el contratista es el patrono, quien realiza la obra para un tercero llamado propietario, quien se beneficia del trabajo, ejecutado por trabajadores contratados bajo riesgo del contratista, lo cual configura la modalidad de la tercerización; y tres, el reconocimiento de una acción de reembolso, en caso de que sea el propietario quien tenga que cancelar al trabajador remuneraciones, prestaciones e indemnizaciones que debió de haber cancelado el contratista. Sin embargo, bajo el principio de solidaridad se busca precautelar los derechos de los trabajadores para la época. Es complejo considerar cuales pueden ser todos los frentes que debe considerar el Estado para salvaguardar los intereses de los trabajadores. Para el momento en el que se analizaba el principio de solidaridad, fue una de las primeras garantías en lograr este sector.

El Reglamento a la ley sobre indemnizaciones al obrero o jornalero por los accidentes de trabajo emitido por el decreto ejecutivo del veintinueve de abril de 1922 en su artículo 1, confirma el deber de aplicación del principio de solidaridad entre el propietario y el contratista respecto de los derechos de los trabajadores. En tanto que repite nuevamente la misma definición de patrono que nos había dado el decreto legislativo de la ley mencionada. Y es así, como el Estado hace un intento en normar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones patronales, evitando que se produzcan vulneraciones a los derechos de los trabajadores. Esto nace independientemente de la modalidad contractual en la que se encuentre el trabajador, siendo este uno de los aspectos determinantes para las partes.

3.1.3. La intermediación en la legislación laboral.

El Presidente Isidro Ayora dictó la primera ley sobre el contrato individual de trabajo el seis de octubre de 1928, la misma que entró en vigencia el primero de enero de 1929, en donde se estableció una diferencia entre la prestación de servicio y la ejecución de una obra. Por cuanto en su artículo 2 se nos presenta inicialmente un concepto sobre lo que es un contrato de trabajo, quedando a un lado lo que se interpretó como contrato de arrendamiento. Por lo tanto, la ley consideró como contrato a aquella relación laboral que se establece con el patrono, que es quien genera el empleo, y un obrero, el dependiente o empleado comprometido a dar sus servicios o realizar una obra por un precio. Siendo esto parte de los mismo elementos que actualmente manejamos.

Esta normativa inicial de indole laboral, no solo ratifica la existencia de diferencias entre la obra y prestación de servicios que había sido presentada por el Código Civil del Ecuador de 1860, sino que también nos indica las diferencias entre lo que es un contrato y una relación laboral. Lo cual en 1997 estaba siendo ratificado en las propuestas que habrían sido

presentadas por los representantes de los empleadores, quienes defendieron la postura de que la fuente de los derechos de los trabajadores es el contrato, mientras que los representantes de los trabajadores, sostenían que la fuente era la relación laboral. Estas discusiones fueron presentadas en las reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo. Para la época es de considerar primar como fuente de derechos la relación laboral, en tanto que el contrato podría ser de manera verbal, dejando un poco sin fundamento lo demás.

La principal fuente de los derechos laborales es la ley, por cuanto se debe realizar una revisión al conjunto normativo en general. Se debe estudiar las leyes especiales como supletorias, para determinar de donde nacen dichos derechos, los que en la actualidad se encuentran claramente identificados en la Constitución, en el Código del Trabajo y demás normas competentes. Sin embargo, para la época en la que se presentaba la discusión, lo que daba nacimiento a los derechos laborales es la relación, debido a que no siempre las partes suscribirán un contrato de trabajo. Sin importar que se considere como contrato de trabajo el realizado de manera verbal, lo cual también se encuentra reconocido a la actualidad y que deberá probarse la existencia de la relación laboral con otros medios.

En el gobierno de Alberto Enríquez Gallo se promulgó el primer Código del Trabajo en 1938, que en el artículo 9 define al trabajador, considerándolo como aquel que presta un servicio o ejecuta una obra, siendo este un empleado o un obrero. Más allá de volver a ver la diferencia que ha venido presentando la norma sobre la prestación de servicios y ejecución de obra, vemos como el lexico del campo laboral va evolucionando de alguna manera. Además, en su artículo 187 aborda el trabajo a domicilio, en donde se hace una referencia clarísima sobre la intermediación laboral, en tanto que se menciona que serán patronos los intermediarios que den o encarguen trabajo a domicilio. Esto podríamos considerarlo como uno de los inicios por intentar regular esta modalidad contractual.

Esto nos indica que la intermediación laboral como uno de los modos de contratación, ha estado presente desde la emisión del primer Código del Trabajo del Ecuador. Esta figura no es reciente, sino que a lo largo de los años no ha sido lo suficientemente desarrollada por la legislatura laboral. En el Código del Trabajo recientemente reformado en el 2019, esta disposición aún se encuentra en el mismo capítulo relativo al trabajo a domicilio en el artículo 274, en donde se mantiene el criterio sobre quienes son empleadores en el trabajo a domicilio, añadiéndose lo pertinente al suministro de materiales y la forma en la que se fijará el salario del trabajador. Consecuentemente, podríamos considerar que existen modalidades contractuales que existen desde los inicios, sin embargo, ha sido indebidamente estudiada y desarrollada.

El cinco de noviembre de 1948 el Congreso Nacional emitió un Decreto que paso a regular por primera ocasión, el reparto de utilidades a todos los trabajadores del país independientemente del modo en el que hayan sido contratados. El artículo 4 del Decreto indicaba que los trabajadores intermediados, participarán en las utilidades de las empresas de las cuales prestan sus servicios o ejecutan labores. Esta disposición fue incorporada al código de trabajo en la primera codificación de 1960. Actualmente este derecho se mantiene, sin embargo, tiene un tratamiento distinto, pues el trabajador percibirá utilidades bien sea por parte de la empresa con la que tiene relación laboral o presta sus servicios, dependiendo de cual de estas haya declarado utilidades mas altas, lo cual tiene sentido, ya que sino el trabajador estaría cobrando doble utilidades.

3.1.4. Extensión de la obligación solidaria de los empleadores a todas las obligaciones laborales de los trabajadores de los contratistas e intermediarios.

Durante la presidencia del Dr. José María Velasco Ibarra, el Congreso Nacional de la época, el dos de abril de 1970 a través de la Ley No. 70-40, en el artículo segundo, incorporó un tercer inciso al artículo 92 del Código del Trabajo vigente para el momento, el mismo que comprendió una nueva normativa favorable para aquellos trabajadores de los intermediarios y contratistas. En el que prescribiendo la responsabilidad solidaria de los empleadores por todas las obligaciones provenientes del contrato de trabajo. Pero lo que más podemos observar como avance al proceso de protección de los derechos laborales, es que, el empleador tendrá la facultad de servir como agentes de retención, respecto de aquellos valores que los contratistas o intermediarios se encontrasen adeudando a sus trabajadores. Esto se comprende con la finalidad de cumplir con las obligaciones que se generen debido a la solidaridad que se estableció.

De acuerdo con la nueva normativa establecida, se aprecia que el inciso incorporado no tiene nada que ver con el artículo de las utilidades, que es a lo que se refiere el artículo 92 del Código de Trabajo, por lo que interpretamos que aquello fue un error del legislativo al introducirla donde no debía. En ese sentido, en la Tercera codificación del Código del Trabajo del año 1971, durante la presidencia del Dr. Velasco Ibarra, se introdujo el texto del Decreto anterior, como había sido establecido en el tercer inciso del artículo 98, igual al artículo 92 del Código de 1961, en el que se estableció que, los empleadores serán solidariamente responsables sobre las obligaciones que los intermediarios y contratistas hayan generado a través de un contrato con sus trabajadores. Además, fueron constituidos como agentes de retención para el debido cumplimiento de dichas obligaciones, y se mantenía el derecho a participar de las utilidades de las empresas en las que ejecutan sus labores. Esto guarda un

poco mas de congruencia, se deberían repartir utilidades depende de donde se preste el servicio, sin embargo, esto ocasionaría conflicto entre trabajadores.

De lo mencionado anteriormente sobre la normativa vigente para la época, es importante rescatar en la actualidad algunas de esas prácticas que se mantienen, a excepción de constituir al receptor del servicio un agente de retención. Por lo que, podríamos considerarlo como una regresión al derecho de los trabajadores; sin embargo, estaría influyendo en la autonomía económica, social y laboral de la empresa que ofrece sus servicios. Si bien se debe garantizar que los trabajadores reciban su remuneración, de igual manera no debe haber intromisión en la administración del negocio del contratista, independientemente de la existencia de una responsabilidad solidaria que actualmente sigue existiendo. Es importante que se mantenga esta separación, pero el contratante si podrá exigir que el contratista demuestre el cumplimiento de sus obligaciones laborales para el pago de su factura.

En el Decreto Presidencial del once de septiembre de 1972, emitido por el General Guillermo Rodríguez Lara, quien fue denominado dictador por el pueblo ecuatoriano, derogó la solidaridad de los empleadores por todas las obligaciones que se generasen de los contratistas e intermediarios. Y se creó un concepto de contratista en función de la cuantía que se haya determinado en el contrato de prestación de servicios. Se reemplazó el artículo 98 del Código del Trabajo por un texto que determinaba que, aquellos trabajadores que estuviesen prestando servicios para un contratista, podrían participar de las utilidades de la empresa usuaria. Sin embargo, esto será aplicable para aquellos contratos que no excedan de S/.300.000,00 y cuando excedan de dicho valor, los contratistas capataces o intermediarios pagaran directamente las utilidades a sus trabajadores.

En virtud de lo expuesto, observamos en primer lugar que desaparece la solidaridad patronal. Esto sucede cuando la calidad de contratista era discutida debido a la cantidad que estuviese fijada en el contrato de prestación de servicios entre el contratista y el requirente del servicio. En la cuarta codificación del Código del Trabajo del año 1978, en el artículo 100 se establecía exactamente lo mismo que lo expuesto anteriormente, pero en el Código por primera ocasión comenzaron a titular los artículos, titulado el artículo 100 como las utilidades para trabajadores dependientes de contratistas, capataces o intermediarios. Independientemente de quien las reciba, el trabajador siempre tendrá derecho a percibir utilidades como beneficio social.

En la quinta codificación del Código del Trabajo de 1997, el artículo 100 comprende la misma disposición de la codificación de 1978. La Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, reformó el artículo 100 inclusive la denominación que le había sido otorgada, eliminando del título la palabra capataces. Esta reforma fue incluida en el Código de Trabajo, debido a la última codificación realizada por el Congreso Nacional el dieciocho de octubre del 2005. Las últimas reformas trajeron consigo avances importantes para el derecho laboral, por lo que, posteriormente analizaremos la eliminación parcial de esta figura.

De lo que respecta en la sexta codificación del Código del Trabajo, del 18 de octubre del 2005, se presentan responsabilidad solidaria siempre y cuando sean varios los empleadores. Por lo que el Artículo 41 del Código, establece que habrá responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales por parte de los empleadores, siempre y cuando el trabajo realizado sea para dos o mas empleadores interesados en la misma empresa, quienes tendrán la calidad de condueños, socios o copartícipes. Esta normativa busca precautelar los intereses de los trabajadores, extendiendo la responsabilidad a aquellas personas que tendrían un vínculo directo con las empresas que reciben el servicio. Sin embargo, es limitada, ya que no es aplicable para las compañías anónimas, debido a que las acciones de este tipo de

compañías son nominativas y solo se podrá conocer quien es el destinatario al momento de realizar la repartición de los resultados del negocio al final del ejercicio económico.

En el segundo inciso del artículo 41 del mismo Código del Trabajo, se determina solidaridad acumulativa y selectiva de las obligaciones laborales frente al trabajador, imputables a los intermediarios que contraten personal, que ejecute labores habituales de la empresa. Este inciso nos da apertura a interpretar que, los trabajadores provenientes de terceros pueden ejecutar labores frecuentes, habituales o principales de la empresa. Por lo que la empresa usuaria deberá estar de acuerdo con que se le haga responsable solidariamente, sobre las obligaciones que el contratista o intermediario no cumpla al trabajador que presta su servicio. Esto es viable dependiendo de las condiciones en las que sea contratado el trabajador.

La norma con la cual se reguló la inversión y participación de los ciudadanos en el artículo 174 sustituyó el artículo 100. En el que se consideró la participación de los trabajadores de contratistas o intermediarios en las utilidades de la empresa usuaria, y en el segundo inciso de la norma, trajo consigo un punto relevante al momento de la repartición de estas. Toda vez que, si la participación individual en las utilidades del contratista o intermediario son superiores, el trabajador pasaría a recibir estas. En cambio, si fuesen inferiores, se procederá con unificar directamente, tanto las del obligado directo (intermediario o contratista) como las del receptor del servicio, debiendo sumarse las dos, para luego ser repartidas para todos los trabajadores que la generaron.

En el tercer inciso del artículo 100 del Código del Trabajo, se consideró que no existe responsabilidad solidaria en el pago de utilidades, cuando los contratistas o intermediarios no se encuentren vinculados con la empresa a la que prestan el servicio. Para lo cual deberán ser empresas con una estructura física suficiente, administrativa y financieramente sustentable.

Consecuentemente, esta disposición nos colabora en la definición sobre cuando estamos frente a una estructura de tercerización. Por lo que, estaríamos considerando la responsabilidad solidaria en función de la cuantía de los contratos mercantiles con la usuaria, sino que además se trata la vinculación que pudiese haber entre estas dos partes. El vínculo es un elemento esencial para estos modos de contratación, tendremos mas opciones al momento de probar la relación laboral.

3.1.5. Decreto ejecutivo 2166, el supuesto regalo a los empresarios y la distorsión inconstitucional del derecho al trabajo.

Al emitirse el Decreto ejecutivo 2166, el Presidente Lucio Gutiérrez Borbúa habría incurrido en una violación de la norma constitucional que le asignaba la facultad de reglamentar. Cuando se trató la puesta en vigencia del Reglamento para el funcionamiento de las oficinas privadas de colocaciones. En tanto que se ha dictado un reglamento, sin tener una norma previamente establecida que faculte a realizarlo, debido a que la función del reglamento es el desarrollo de una norma legal, y la facultad de dictarlo, no lleva consigo que el Ejecutivo tenga atribuciones que corresponden exclusivamente al legislativo. Los reglamentos no deben comprender derechos sino normas de aplicación.

El doctrinario Gustavo Penagos (2015) en su libro Derecho administrativo nos indicó lo siguiente:

El reglamento debe ser instrumento práctico para la ejecución de la ley, y nada mas. Requiere mantenerse dentro de su estricto campo de competencia, respetando la letra y el espíritu de la norma objeto de la reglamentación. Por ende, no puede modificar la ley, ni adicionarla, ni restringirla, pues en tal caso el funcionario ejecutivo estaría convirtiéndose en ocasional legislador, actitud que conduciría a la trasgresión de los

preceptos constitucionales acerca del sometimiento de los órganos y agentes del Estado a las normas superiores de derecho, de las cuales surge el principio fundamental de separación de funciones entre las ramas del poder público. (p.410)

Respecto de este punto, previo a establecer la inconstitucionalidad del Decreto, debemos consultarnos, si podía el Presidente de la Republica emitir un decreto estableciendo norma para una actividad que claramente no se encontraba expresamente regulada en una ley. En tanto parece que bastaría únicamente con revisar los considerandos del Decreto para comprender que el mismo era forzado y no era aplicable al caso, por lo que se refería a dos preceptos constitucionales, uno el de la igualdad de los hombres ante la ley y dos, sobre la responsabilidad solidaria de la empresa que se beneficiaría de los servicios de los trabajadores tercerizados; preceptos importantes, pero no fundamentales para esta figura tan conflictiva. También hace referencia al artículo 41 del Código de Trabajo, por lo tanto, estas consideraciones no son suficientes para justificar normas de procedimiento y otras que crearon derechos y obligaciones. Consecuentemente, era evidente la violación a la norma constitucional en su artículo 171.

El jurista Jorge Zabala Egas (1996) en el texto Curso analítico de la constitución política de la república del Ecuador nos explicó lo siguiente respecto de este caso:

El reglamento solo debe contener las normas que instrumenten los mecanismos que hagan operativa o ejecutable la ley, sin incluir normas de interpretación de ésta y, en ningún caso, desviar el sentido de sus preceptos, alterándolos. El reglamento es al igual que la Ley precepto de conducta y también al igual que ésta es de cumplimiento general, pero no debe crear o extinguir derechos particulares. La razón para esta limitación al reglamento deriva de su origen mismo, puesta mientras la ley es manifestación de la

voluntad de la comunidad, el reglamento no lo es, pues nace de la administración pública, cuya máxima autoridad es el Presidente de la República. (p.238)

Representantes de los trabajadores como de empleadores, iniciaron una acción de inconstitucionalidad del decreto 2166 solicitando se deje sin vigencia, argumentando la existencia de una vulneración a la norma constitucional, por cuanto el Ejecutivo pretende legislar a través del Decreto. Además de tener un origen viciado, se contemplan confusiones conceptuales por cuanto se intentó regular, de manera desordenada e incoherente. Sin embargo rescataremos algunos puntos del decreto, que a pesar de este no poder ser aplicable, trajo consigo algunas puntos importantes al momento de querer ordenar la figura de la intermediación y tercerización laboral. Este tema tan discutido, pero al parecer tan complejo de poder regular y controlar eficientemente.

Las empresas que sean intermediarias o tercerizadoras, tendrán un objeto exclusivo dedicadas a la prestación de este servicio, la no existencia de un vínculo entre la intermediadora y el usuario, el único vínculo que podrá existir entre estas será mercantil y no laboral, estando prohibido que los socios o representantes de las tercerizadoras tengan alguna calidad en la empresa usuaria. Se mencionaba la responsabilidad solidaria y la acción de repetición. Comprendió artículos que protegían los derechos colectivos de los trabajadores, con lo cual estaba prohibido efectuar cobros a los trabajadores, reconociendo además utilidades a los trabajadores tercerizados. Se obligaba a las empresas a registrarse, todo contrato obligatoriamente deberá ser por escrito y tener una garantía para el fiel cumplimiento de las obligaciones laborales; y por último que no se fijen remuneraciones por debajo del mínimo legal.

En consecuencia, el referido decreto careció de legalidad, por cuanto tendió a crear normativa de carácter sustantiva y no de procedimiento, generando confusiones y distorsiones realmente preocupantes. Empeorando su situación al intentar recoger disposiciones regulatorias a la intermediación laboral y la tercerización, que desgraciadamente quedaron sin aplicación por su incoherencia. Sin embargo, ahora que tenemos estas figuras eliminadas de nuestro ordenamiento jurídico, las mencionadas disposiciones regulatorias hubiesen sido de gran aporte al momento de querer frenar la violación de derechos laborales sobre esta figura. Por cuanto trajo ideás relevantes para estos modos de contratación, que actualmente no existen.

3.1.6. La tercerización de servicios y la intermediación según la Ley reformativa al Código de Trabajo del 23 de junio del 2006.

El treinta de mayo del 2006, el Congreso Nacional en medio de ofertas de todo orden, aprobó la Ley reformativa al Código del Trabajo, la misma que buscó establecer normativa regulatoria a los modos de contratación laboral referente a la tercerización de servicios e intermediación laboral. Este es un texto que debemos analizar y dar conclusiones acerca si cumplió o no con los objetivos y expectativas sociales, jurídicas y empresariales, resolviendo los conflictos presentados por las nuevas formas en las que adecuó el derecho laboral. Y si se adecúa al acondicionamiento legal del mundo globalizado en el que se impuso el neoliberalismo a casi todos los países. En tanto que se buscó precisar y desarrollar elementos significativos para esta figura.

Esta es la primera Ley en la que se trató de manera especial regular la intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios para las empresas, por lo que sería interesante que estos modos de contratación en los próximos años vuelvan a ser de aplicación.

Ya que mientras más formas haya de vincular a un trabajador con la empresa, aumentaremos la generación de empleos. Sin pretender que estos empleos se generen a costa de la vulneración de derechos o su precarización; pero para ello debemos flexibilizar, regular, controlar y sancionar en caso de incumplimiento. Estos serían los principales puntos que debemos tener presente al momento de tener una nueva reforma al Código del Trabajo, o para la emisión de una nueva ley que trate estas formas de contratación.

El primer artículo de la Ley reformativa al Código del Trabajo nos presenta una definición acerca de la intermediación laboral. Siendo considerada como aquella actividad en que los trabajadores serán puestos a disposición para la prestación de sus servicios a una tercera persona. Este tercero tiene la posibilidad de ser una persona natural o jurídica, la cual es identificada y conocida como la usuaria, encargada de definir las tareas a realizar por el trabajador, así como de supervisar su ejecución mientras dure la relación y/o prestación del servicio. La empresa usuaria tiene una participación importante para el control y buen manejo de las empresas intermediadoras.

Debemos reconocer que no existe mucha simpatía al establecer las relaciones laborales estables y permanentes. Por lo que, dicho sea de paso, han sido injustamente estigmatizadas como medios para vulnerar derechos y hacer dinero a costa de la precarización laboral; pero ha sido más por los temores a la contratación colectiva cuya fuente de desprestigio han sido algunos vergonzosos contratos colectivos del sector público, que por cualquier otra razón. Esto de manera evidente produjo un entorno cultural adverso para aquellas relaciones laborales permanentes y estables; teniendo el Estado como uno de los mayores desafíos la generación de empleo y la eliminación de una creciente informalidad en el mercado laboral. Considerando que tenemos una tasa alta de personas en subempleo o desempleo disfrazado en la sociedad ecuatoriana.

Por otro lado, hemos podido observar como algunos empleadores han hecho prácticas indebidas con la intención de evadir obligaciones patronales, sin importarles los principios de redistribución de la riqueza y la justicia social, en el que la remuneración es uno de los aspectos mas significativos para el trabajador. El poder ejecutivo no ha podido dimensionar ni tratar de una manera efectiva la materia laboral en el país. Por cuanto no se ha dotado al Ministerio de Trabajo de recursos para que ejecuten proyectos de prevención laboral. Además, siempre ha incidido negativamente una cultura de corto plazo, de confrontación y beligerancia permanente, impidiéndose la consecución de acuerdos entre los representantes de los trabajadores, empleadores y el Gobierno Nacional.

La Ley define a la intermediación laboral, y al tratar a la tercerización de servicios complementarios, únicamente trata sobre aquellas actividades que no son principales dentro del sistema de producción de la empresa, como las actividades de vigilancia, limpieza, mensajería, seguridad, alimentación, mantenimiento u otras. Sin embargo, dependiendo del objeto social de cada empresa y por la diversificación del proceso de producción, resultará sumamente complejo poder determinar cuales son aquellas actividades no principales o complementarias de la empresa en cuanto a su actividad. Hay que considerar que algunas empresas tienen actividades complementarias sin definir autorizadas dentro de su objeto social. Debemos estudiar el objeto social de cada empresa y analizar cuales actividades son necesarias o no para el cumplimiento de su objeto social.

3.1.7. Limitaciones de la aplicación de la ley.

Debemos considerar también la existencia de las diferentes ramas de la industria y distinguir en estas sus diversos niveles, entre grandes, medianas y pequeñas empresas, incluso las microempresas, llegando incluso a distinguir el trabajo autónomo. Por cuanto se hará aun

más compleja la definición de actividades principales, por estar frente a muchas subjetividades. Ya que dependerá de quien realice la interpretación de cada sistema productivo, por lo que la apreciación del empleador, del trabajador o propietario serán distintas, y será otra la interpretación que tenga la autoridad del trabajo. Esta falta de precisión se presta para dar viabilidad para la violación de la norma.

Otro aspecto que hace complejo el entendimiento, son los diversos niveles que tiene el personal de planta. Ya que existen aquellos llamados empleados de confianza, quienes básicamente de cualquier forma representan al empleador o hacen sus veces como directores, gerentes, administradores y quienes en general tienen funciones de dirección y administración. En las organizaciones del sector de la economía popular y solidaria esto es aun mas complejo, ya que están compuestas por todo lo mencionado anteriormente y además tienen una estructura interna propia. Generalmente el personal de confianza no es objeto de intermediación laboral y no puede serlo, debido a las responsabilidades y atribuciones que estos ejercen. Ya que no podemos dejar estas funciones a terceros que no sienten un nexo con la empresa.

Entre los trabajadores que tienen un nivel menor, se encuentran los subordinados propiamente. Estos son quienes se desempeñan dentro de la parte operativa de la empresa, lo cual también ofrece algunas subjetividades, debido a que sus particularidades pueden variar dependiendo del objeto social y actividades que se encuentren autorizadas. También pondremos a consideración los distintos modos de contratación que permite el Código de Trabajo, ya que los contratos de trabajo por intermediación no parecen ser los únicos que generan precarización laboral, también lo puede haber el contrato a prueba, por obra cierta, a destajo, por tarea, servicio doméstico, inclusive los eventuales, ocasionales o de temporada. Todos estos contratos generan precarización laboral, tema tan discutido en la intermediación y tercerización de servicios.

En el Código de Trabajo encontramos un marco diverso y significativo de posibilidades de contratación laboral, que resulta manejable para los empleadores, la intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios hacen que tengamos un listado mucho más sólido. En tanto que estamos evitando la informalidad que tantos perjuicios ha ocasionado a los trabajadores, sobre todo en el sector agrícola. En este sector es común que encontremos intermediación laboral por parte de personas naturales que dotan de personal eventual a las empresas agropecuarias. En tanto que ni siquiera son empresas intermediadoras, actualmente prohibida pero que aún se mantiene en la práctica.

La informalidad laboral siempre podrá ocasionar vulneración de derechos, visto desde cuatro direcciones, en primer lugar, la figura de la intermediación laboral estuvo establecida en la Constitución desde hace mucho tiempo atrás, siendo distorsionada de manera deplorable, a pesar de que históricamente ha tenido aplicación sobre todo en el sector de la construcción. Dos, los trabajadores desempleados o subempleados quienes han aceptado ser explotados laboralmente por intermediarias informales, aprovechándose de su necesidad de trabajo. Tres, a los empleadores de buena fe que confiaron en la contratación de trabajadores intermediados a intermediarias fantasmas, terminando, siendo estafados por estas. Y, por último, las empresas de intermediación que legalmente se constituyeron y realizaron sus actividades de manera lícita, pero en condiciones de competencia desleal.

En función de lo expuesto, la Ley apuntó fundamentalmente a dos sectores del mercado laboral. El primero a aquellos trabajadores que en ese momento tenían un empleo regulado por la intermediación, dotándoseles de normativa que intentó garantizar y precautelar intereses laborales; y dos, por las personas que se encontraban desempleadas o en subempleo, siendo estos potencialmente postulantes para incorporarse al mercado laboral formal a través de la modalidad de la intermediación. Esto podría explicar el porqué el Congreso haya aprobado una Ley en la que la intermediación podría ser aplicable en todas las

actividades de la empresa usuaria. Siendo prioritario la apuesta realizada para la generación de un empleo formal en el Ecuador.

El trabajador estable y permanente desarrolla un sentido de pertenencia, lo cual le permite que pueda tener tranquilidad en su desempeño laboral. A este le permite el planificar apropiadamente sus gastos e inversiones y los de su familia, sin que exista incertidumbre sobre su estabilidad laboral y emocional. Aunque también existe la otra parte, que cuando el trabajador siente esa seguridad de estabilidad, su desempeño no resulta ser el esperado, ocasionando conflicto de intereses entre las partes. En salvaguarda de las relaciones laborales, la Ley estableció dos situaciones, la primera, es que los trabajadores intermediados no podrían permanecer en esta calidad por mas de dos años; y segundo, estos no podrían superar el 50% de la plantilla de trabajadores de la usuaria, salvo 4 excepciones establecidas en la Ley.

La intermediación laboral nunca ha sido aplicada de manera ilimitada, de acuerdo con que existen situaciones en las que la aplicación puede producir una distorsión de su naturaleza. Por lo tanto, la ley estableció cinco casos de manera taxativa en los que no se puede recurrir a la contratación de trabajadores intermediados. Siendo estos los casos en los que no se podría: para sustituir trabajadores en huelga; para realizar trabajos calificados como peligrosos; a los trabajadores de planta que fueron despedidos para luego ser contratados como trabajadores intermediados; para rotar trabajadores entre varias intermediarias que presten servicios a una misma usuaria; y, para quienes desempeñen funciones en labores de confianza. Resulta más práctico establecer los casos en los que no se puede aplicar la intermediación laboral, que prohibirla o determinar en qué casos solo es permitido aplicarlo.

3.1.8. Conclusiones generales respecto de la ley.

La ley promulgada el 23 de junio del 2006, no resolvió los conflictos existentes en la intermediación laboral ni en la tercerización de servicios complementarios. Para ninguna de las partes intervinientes en esta modalidad de contratación laboral. Se reconocieron los derechos de los trabajadores establecidos en la Constitución, sin embargo, se mantuvo el criterio de que los trabajadores seguían siendo considerados como una mercadería sujetos a la oferta y demanda de las empresas. Por cuanto se calificó de mercantil al contrato que se suscribía entre la intermediaria, tercerizadora y la empresa usuaria, sin que estos estuviesen regulados por el Código de Comercio, por lo que los hacía atípicos, sometidos a la costumbre y necesidades de las partes.

La acción sindical esta vista como una molestia para los empresarios, y por ende se consideró sacrificar la estabilidad de los trabajadores, aunque esta figura siempre ha sido un riesgo para los empresarios independientemente de si estos son trabajadores intermediados o de planta. Una de las características de la intermediación laboral es la temporalidad, pero la ley estableció la suscripción de contratos a plazo fijo por un máximo de dos años. Y, por otro lado, la vigencia del contrato laboral supeditado a la vigencia del contrato mercantil con la usuaria. Pudiendo resultar esto contrario a la característica de la temporalidad.

Se trasladaron actividades propias de la intermediación laboral a la figura de la tercerización de servicios complementarios, como lo son los de vigilancia, limpieza, mensajería, mantenimiento y otras actividades consideradas como de apoyo a los sistemas de producción de las empresas. Estas actividades son ajenas a las habituales o principales de la empresa usuaria. Se reconoció la existencia de dos clases de empresas, las de intermediación laboral, quienes dotaban de personal contratados por ellos a la usuaria, teniendo esta ultima las disposiciones del trabajo y su supervisión; y la tercerización de servicios

complementarios, autónomos que prestan un servicio con su propio personal. Es importante que las tercerizadoras cuenten con una infraestructura financiera, técnica, y física, sin que los trabajadores tengan vinculo laboral con la beneficiaria.

El capital mínimo de constitución de estas empresas se estableció de diez mil dólares de los Estados Unidos de América, sin embargo, no se estableció ninguna garantía económica que garantice el pago en caso de haber haberes pendientes al trabajador. Para lo cual hubiese sido eficiente requerir la contratación de pólizas de seguro sobre estos riesgos o la consignación de valores ante el Ministerio de Trabajo. Se permitió que el sector agrícola, las personas naturales pudiesen ofrecer servicios complementarios con garantía personal y pecuniaria sin que se determine monto alguno, dando cabida para la existencia de fraudes, utilizando a personas para que hagan de testaferros. El sector agrícola es un área muy sensible, ya que el número trabajadores necesarios no es el mismo durante todo el año, de acuerdo con las temporadas que cada productor presenta, por consecuencia es mas susceptible de informalidad y vulneración de derechos laborales.

Se estableció que las actividades y todas las modalidades de contrato podrán ser sujetas a intermediación laboral. Lo cual tiene sentido por como ya se mencionó, que la vigencia del contrato laboral tendrá un nexo con el contrato mercantil suscrito por la empresa intermediaria y la usuaria. Adicionalmente, a las usuarias se les permitió un máximo de trabajadores intermediados del 50%, sin embargo, no se mencionada un límite porcentual sobre los trabajadores tercerizados, siendo posible tener más del 50% en calidad de trabajadores tercerizados, siempre y cuando este dentro de las actividades permitidas por la ley. Tampoco se obliga a este porcentaje máximo a las empresas agrícolas ni a las empresas pertenecientes al Estado.

Esta ley, más allá de querer dar soluciones efectivas y eficientes a las prácticas indebidas por parte de los empleadores y usuarios de los procesos de intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios, terminó lesionando derechos de los trabajadores. Por cuanto no fue regulada de una manera disciplinada, sino que se presentó como un modo para flexibilizar el campo del derecho laboral, trayendo consigo más prácticas vulneradoras de derechos laborales. Sin embargo, debemos rescatar que fue una de las primeras leyes especiales en el país que intentó regular este tema, aunque haya sido fallido. Ya que terminó siendo derogada por el Mandato Nro. 8 y prohibida por la Constitución del 2008, en donde el Estado demostró posiblemente no tener la capacidad de entrar a regular este modo de contratación, sino que optó por reducir los mismos.

Debemos tener en cuenta que, a pesar de que la intermediación laboral, la tercerización de servicios complementarios y todo lo que comprenda una relación triangular esta mal vista en el país. Sin embargo, son relaciones que igualmente se siguen dando, lastimosamente las instituciones de control del Estado no ejercen sus funciones de manera adecuada. Ya que aún existen trabajos informales o empresas, sobre todo del sector agrícola que contratan servicios y/o personal de manera verbal, sin que se establezca ningún tipo de relación jurídica formal entre estos. Siendo estos trabajadores intermediados por una persona generalmente natural.

3.1.9. Intermediarios en el trabajo a domicilio.

El trabajo a domicilio es una de las figuras que existe desde hace tiempo atrás, empleado generalmente por aquellos comerciantes que se encargaban de confeccionar prendas de vestir, para determinados almacenes de ventas. Al momento de observar la parte industrial de su sistema productivo, consideró el aumento de su producción, con la finalidad de

satisfacer la demanda, debiendo adquirir maquinaria y con esto es necesario la mano de obra. Por lo tanto, tuvo trabajadores asalariados con quienes logró obtener mayores ganancias con el aumento de la producción. Otras empresas decidieron tener la función de contratistas intermediarios para estas empresas, colocando personal especializado en distintas áreas.

En la legislación vigente en el artículo 271 del Código de Trabajo, se determina que el trabajo a domicilio es aquel que se realiza frecuentemente o de manera profesional, por cuenta de establecimientos o empresas comerciales, en el lugar que el trabajador tenga como residencia. El artículo 274 del mismo Código establece quienes serán los empleadores de los trabajadores a domicilio, considerando que serán los fabricantes, comerciantes, intermediarios, contratistas, subcontratistas, destajistas u otros, quienes dan o encargan los trabajos requeridos bajo esta modalidad de contratación. Siendo indiferente quienes proporcionen los materiales para la elaboración de los trabajos. El Código de Trabajo del año 1938, mantuvo un concepto similar a lo expuesto, sin que se haya alterado su esencia, lo cual se reguló por el artículo 187.

En los países mas desarrollados, y de acuerdo con las necesidades de cada empresa, esta modalidad ha sido reemplazada por lo que hoy conocemos como el teletrabajo. Este mantiene algunas características tradicionales del trabajo a domicilio, pero adaptándose a las nuevas necesidades del trabajo a realizar. Generalmente se lo ejecuta a través de la comunicación con computadoras u otros medios tecnológicos, comprendiendo nuevas formas de remuneración para esto. Actualmente esta modalidad de contratación es una de la mas utilizada en este tiempo de emergencia que vive el mundo, por cuanto el teletrabajo se ha convertido en uno de los modos de trabajo mayormente empleado en el país, recientemente incorporado al Código de trabajo, pero sin que se considere a empleadores intermediarios, ya que ninguna de las actividades autorizadas es posible de ejecutar bajo esta modalidad.

3.1.10. Aplicación y eficiencia de la instancia administrativos dentro del campo laboral.

En caso de vulneración de derechos laborales, la parte trabajadora tiene la facultad de interponer una denuncia respecto de la presunta vulneración. O en su defecto, podrá presentar una solicitud de visto bueno con la finalidad de dar por terminada la relación laboral. Esto se hará acorde a las circunstancias particulares de cada caso a presentarse, en tanto que medios se encuentran regulados por el Código de Trabajo, de los cuales debemos hacer una revisión para aclarar y establecer su procedimiento, eficacia y efectividad al momento de ponerlos en práctica. Considerando que la presentación de una solicitud de visto bueno es un derecho de empleadores y trabajadores, en tanto que la denuncia puede realizarla solo este último, ya que el empleador tiene otros medios de control de las obligaciones del trabajador.

La instancia administrativa comprende la presentación de un documento ante la administración pública con una pretensión, el cual origina la incoación de un expediente administrativo al que se le deberá dar el respectivo trámite establecido en el Código de Trabajo. La presentación de denuncias, dependiendo del objeto del cargo comprenderá procedimientos y conclusiones diferentes. De la misma manera se encuentra contemplada la solicitud de visto bueno, en la que su procedimiento no es especial, por cuanto debemos remitirnos a la normativa procesal general, haciendo confusa en algunos casos su aplicación. En tanto que tienen naturalezas, efectos y terminologías diferentes, existiendo la necesidad de la creación de un procedimiento especial para el caso.

Actualmente las controversias que surgen entre las partes de la relación laboral, las cuales no tienen como objetivo dar por terminado el nexo jurídico, son conocidas y resueltas por los Inspectores del Trabajo, quienes tienen el deber de precautelar porque los empleadores cumplan con sus obligaciones patronales con el trabajador. La denuncia laboral es concebida

como un mecanismo resarcitorio, simplificado y sumarísimo, con el objeto de dar solución a una controversia o diferencia laboral, siendo este un modo de solución alternativo al de la justicia ordinaria. La justicia ordinaria en términos generales es considerada como lenta, costosa, fragmenta las relaciones entre las partes, genera controversias emocionales, pero en la mayoría de los casos resulta mas efectiva que la instancia administrativa. Sin embargo, debemos impulsar por la creación de trámites administrativos simples y que resulten satisfactorios para las partes.

Por lo tanto, la denuncia para Guillermo Cabanellas (2009) en su Diccionario Jurídico Elemental la conceptualizó como aquella que comprende “un acto por el cual se da conocimiento a la autoridad, por escrito o verbalmente, de un hecho contrario a las leyes, con objeto de que esta proceda a su investigación y castigo” (p.102) por cuanto dependiendo del agravio o injusto laboral se podran determinar los efectos y alcance que tendrá la solución sobre dicha denuncia. La cual es conocida y resuelta por los Inspectores del Trabajo, por lo que aquellas denuncias, en la mayoría de las veces que recaen sobre aspectos económicos, terminan siendo archivadas sin resoluciones efectivas al caso. La denuncia como mecanismo de solución de controversias es parte de la tutela judicial efectiva.

El Abogado Eduardo Monar Viña (2016) en su trabajo para Magister denominado la denuncia por agravio laboral en instancia, respecto de este caso indicó lo siguiente:

En la boleta única de notificación, como procedimiento laboral en el orden administrativo, se pone de manifiesto siempre un agravio laboral o injusto laboral. Esta figura como tal, si bien plasmada en un mecanismo resarcitorio o de mediación, debe indicarse que sustantivamente no es nueva. Es así como León XIII, en la tesis contenida dentro la encíclica Rerum Novarum, se refiere a los orígenes del llamado malestar

obrero, en el que se puede apreciar a la clase obrera como aquella parte indefensa y en desventaja sobre el empleador. (p.16)

La instancia administrativa dentro del ámbito laboral procesalmente no cumple con la finalidad para la cual esta contemplada en la norma. Por ello no existe un procedimiento especial para ejecutarlo, sino que debemos recurrir a las normas supletorias para darle viabilidad; además, la práctica procesal laboral en la instancia administrativa no cuenta con los mecanismos, ni le ha otorgado funciones y atribuciones a los Inspectores o Directores Regionales del Trabajo, para obligar al empleador o trabajador al cumplimiento de lo resuelto. Haciendo de esta instancia algo facultativo y poco eficiente en el ejercicio, y mas aún cuando esta dirigida para la protección del trabajador. Debemos evitar que todos los casos laborales terminen siendo resueltos en la vía judicial ordinaria u otros medios de justicia privada.

El Abogado Eduardo Monar Viña (2016) en su texto la denuncia por agravio laboral en instancia previamente referida, adicionalmente, se pronunció ratificando que no existe un procedimiento administrativo dentro del ámbito laboral, por lo que manifestó lo siguiente:

La legislación ecuatoriana no contempla en ningún cuerpo el desarrollo y contenido del proceso de la denuncia laboral en instancia administrativa, nos remitiremos a los elementos que el Gobierno ha dispuesto, para dar una solución a los conflictos de naturaleza laboral que no se ventilan ante autoridad jurisdiccional. De acuerdo a la página de trámites ciudadanos (Secretaría Nacional de la Administración Pública, 2015) impulsada por el Gobierno de turno hasta antes de principios de julio del 2015, se detallaban en forma simplificada, y vale ponerla en consideración del lector, los requerimientos para presentar la reclamación de boleta única, teniendo entre ellos: 1. Dos copias de la denuncia que debe incluir solicitud de audiencia o boleta única. 2.

Copia de Cédula de ciudadanía. 3. Copia de Papeleta de Votación. Así también, en la misma fuente, encontramos a su vez, un “bosquejo” del procedimiento, simplificado a su máxima expresión. Nuevamente, este “procedimiento” es netamente didáctico y explicativo, con la finalidad que los usuarios quejosos, tengan conocimiento de los pasos que se deben seguir, con la finalidad de tener una audiencia ante el inspector de trabajo, y con algo de suerte, ver subsanada su pretensión. (p.42)

Cabe indicar que el proceso de notificación de la denuncia en algunos casos y jurisdicciones esta queda a cargo y responsabilidad del trabajador. Por lo que se expone aún mas al trabajador a un futuro hostigamiento laboral, esto no sucede en los casos de una solicitud de visto bueno, en el que se designa a un funcionario del mismo departamento para realizar la notificación. Otra de las modalidades de notificación que suelen utilizar es la notificación electrónica, la cual es realizada a la dirección electrónica registrada en el Sistema Único de Trabajo y es posible que en otras ciudades operen procedimientos de notificación distintos, lo cual parece un tanto arbitrario debido al vacío normativo existente. Sin embargo, se entiende que esto precautela que se cumplan los principios y derechos procesales de las partes.

Las denuncias pueden ser presentadas tomando en consideración el deseo del trabajador de mantener o no su puesto de trabajo, ya que de esto dependerá la pretensión y actitud del trabajador en el proceso. Sin embargo, es inevitable considerar que la relación entre el trabajador y empleador se vea comprometida al momento de recurrir a estas instancias. Las principales causas para denunciar al empleador son por permisos no concedidos, cobro de multas injustificadas o excesivas, hostigamiento, el no pago de beneficios sociales, no afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social,

la falta de pago de remuneraciones o liquidaciones, el incumplimiento de la normativa de seguridad industrial y salud ocupacional, u otros aspectos concernientes a la situación del trabajador. Debemos prever la posibilidad del empleador de denunciar al trabajador en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

Una vez presentada la denuncia en la Inspectoría del Trabajo, y luego de haberse procedido a realizar la debida notificación de la boleta única al empleador dentro del termino de 48 horas, se realizará una audiencia de mediación. En este caso las partes expondrán sus argumentos de hecho y de derecho y sus pretensiones, concediéndole la palabra en primer lugar al denunciado, posteriormente al denunciante, una vez expuestos los argumentos de las partes podremos presenciar dos posibles eventos: uno, las partes podrán conciliar y en acta constará el acuerdo al que han llegado las partes. Dos, en caso de no haber acuerdo entre las partes, se deberá sentar razón de aquello, dejando a salvo el derecho de las partes a acudir a la instancia judicial, archivándose el proceso en ambos casos. Entonces es este el momento en el que debemos cuestionar este procedimiento.

Por lo que acá debemos tomar en cuenta algunos problemas de índole procesal, la instancia administrativa por iniciativa tiene un buen objetivo. Sin embargo, procesalmente existe un vacío, las normas supletorias del COGEP no deben ser aplicadas debido a su naturaleza salvo excepciones. Los Inspectores del Trabajo tienen atribuciones importantísimas, pero mal ejecutadas, e incluso al momento de conocer los incumplimientos, derivan el proceso al Director Regional del Trabajo para que sea este quien resuelva establecer o no la sanción. Esta sanción no se puede impugnar ante ninguna autoridad, lo cual lesiona derechos a la parte empleadora.

Con esto ponemos a consideración la necesidad de una reforma al Código de Trabajo, por cuanto es importante que para el caso de denuncias se cuente con un procedimiento

especial de índole administrativo y no debamos remitirnos a la norma procesal general salvo casos de excepción o práctica probatoria. Lo cual también termina siendo otra controversia para el trabajador, ya que, al no existir un procedimiento, las pruebas o soportes del incumplimiento son instrumentos que están en poder del empleador, por lo que no hay momento procesal para anunciar, oficiar y practicarlos, sino que se debería presentar una denuncia y solicitar una inspección focalizada. Con esto el Inspector podrá acudir al domicilio de la empresa solicitando la documentación, otorgándose un término para su presentación, resolviéndose su archivo o presentación de observaciones para que el Director Regional del MDT resuelva la sanción respectiva. Y con esto recamos nuevamente en el error ya previamente mencionado.

3.1.11. Transformación del marco institucional laboral.

Con la puesta en vigencia del Mandato Constituyente No. 08 en el Ecuador, se inició un debate en el país, acerca de la conveniencia o no que iría a producir la eliminación de la tercerización de servicios e intermediación laboral. Por lo que, como consecuencia de los intentos por regular esta figura derivada del Decreto Ejecutivo 2166 del 14 de octubre del 2004; y las reformas que se produjeron al Código de Trabajo con la Ley de intermediación laboral del 23 de junio del 2006, no se produjeron los resultados esperados debido a las ineficiencias que en los mismos instrumentos se encontraban. Y es que esta figura tiene aspectos, tanto positivos como negativos para cualquiera de las partes que deba intervenir en su constitución. Sin embargo, son decisiones desequilibradas para la eliminación de prácticas desajustadas a la naturaleza de estos modos de contratación, siendo un problema conducta y no normativo.

Durante la vigencia de estos instrumentos y aplicación de estos modos de contratación laboral, no se ha dado un estudio profundo sobre este tema, sobre todo a lo que compete a

estadísticas, datos, cifras y demás efectos en el crecimiento de las oportunidades laborales, estudios que tengan cualidades sustentables y de fuentes confiables. Lo que hemos siempre observado, son apreciaciones plasmadas en artículos en torno a la legalidad de la figura. Tanto en el Ecuador como en otros países, los conflictos derivados de este modo de contratación se originan debido al mal uso o abuso de esta figura, más no por su concepto, estos modos existen desde 1938. Los cuales actualmente, en otras legislaciones ha sido y es aplicado sin los incidentes que se han generado en el país.

Uno de los aspectos que debemos tener en cuenta es que la tercerización en el Ecuador no ha sido eliminada de manera definitiva. En tanto que aún encontramos actividades de vigilancia, seguridad, alimentación limpieza y mensajería; además de aquellos servicios técnico-especializados como las actividades de contabilidad, servicios jurídicos, sistemas, auditorías, y consultorías, las cuales podrán ser contratados a través de terceros. Algo que debemos poner en discusión es, si a través de estas actividades permitidas no se continúan vulnerando derechos laborales, principalmente el de la estabilidad laboral y seguridad social. Aparentemente, las principales razones por las que se eliminó esta figura, siendo considerable su necesidad. Por lo que, debemos estudiar que pasa o cual es la consecuencia de aquellos casos en los que se termina el contrato mercantil y no así el contrato laboral.

Sin embargo, la intermediación laboral si fue eliminada de manera definitiva, debido a que esta figura produjo una diversidad de conflictos respecto de los tratos que recibieron los trabajadores intermediados. En donde no solo se tuvo como discusión el derecho a la estabilidad laboral sino el trato diferencial que estos recibían dentro de la empresa usuaria. Por lo que percibía una remuneración distinta a la de los trabajadores de planta, respecto del pago de utilidades, sobre las posibilidades de afiliación a un sindicato de trabajadores, la duración de su contrato y otras dificultades en las que se pudo haber visto inmerso.

Entendemos que estos no son iguales, pero por mas que se procure generar normativa que intente controlar estos casos, son casos mas de conducta, cultura que de vacíos legales.

Las actividades actualmente permitidas por el ordenamiento jurídico, para ser llevadas a través de la tercerización de actividades no principales de las empresas usuarias, sigue generando y teniendo los mismos conflictos de siempre. En tanto que los trabajadores tercerizados están sometidos a los acuerdos que establezcan las empresas tercerizadora de servicios y la usuaria. El contrato mercantil entre estas será la base para que el trabajador pueda prestar sus servicios a la usuaria, y a pesar de que se encuentra en dependencia de la empresa tercerizadora estará bajo la supervisión de la empresa usuaria. Por lo que debemos considerar que, hemos eliminado los modos de contratación en su generalidad, pero no eliminado los problemas laborales que estos generan.

Las empresas que prestan servicios técnicos-especializados, también presentan algunas complejidades, ya que por lo general la empresa usuaria o requirente del servicio contrata a una persona natural o jurídica para que le de un servicio especializado, la misma que cada mes o según como hayan acordado las partes emitirán una factura por los servicios. Sin embargo, para que el servicio sea prestado, la empresa tercerizadora contrata a profesionales que puedan llevar a cabo la actividad requerida. Con ellos se procederá a celebrar contratos de prestación de servicios profesionales o a veces ni siquiera se suscribirán. Por lo que estos serán quienes van a ir emitiendo facturas a la empresa tercerizadora; lo cual podríamos considerar como discutible si esto produce o no vulneración de derechos laborales. Esto dependerá de la interpretación que las partes debido a sus conocimientos e ideologías puedan otorgar y aportar a estas teorías.

Por cuanto no podemos limitar las formas en las que las personas o empresas estructuran sus propios sistemas de producción, a las que estas debido a su objeto social se

encuentran sometidas. Cada empresa tendrá necesidades distintas al momento de buscar mano de obra o personal con el cual poder llevar a cabo su producción, y una de las actividades mas conflictivas y que constituye un reto para el Estado al momento de querer regularlo es el sector agrícola. Esto es debido a que mucho de esos trabajadores suelen estar acostumbrados a trabajar en la informalidad o se ven en la necesidad de aceptar las condiciones expuestas por sus condiciones. Lo cual termina siendo un desafío regularlos, no solo por la lejanía en la que estas empresas suelen estar ubicadas sino también por el bajo nivel académico con el que las personas cuentan. Han sido muchas y seguirán aumentando las denuncias que podremos estudiar respecto de violación de derechos de trabajadores agrícolas.

El Licenciado Juan Esteban Espinosa Serrano (2015) en su Tesis Magistral los efectos del condicionamiento del plazo de un contrato de trabajo a la duración de un contrato de prestación de servicios complementarios indicó lo siguiente:

Es importante señalar que, como en caso toda figura legal, siempre existió algún tipo de abuso, sin que eso necesariamente implique que era una regla general. Se dieron casos en los que empleadores "disfrazaban" relaciones laborales mediante contratos civiles y de prestación de servicios, aun cuando el contratista, tenía una relación de dependencia y estabilidad. Este proceder por parte de los empleadores se lo hacía con el afán de evitar recargos propios de una relación laboral como son, la afiliación al IESS, décimos tercer y cuarto sueldo, fondos de reserva, pago de horas suplementarias y extraordinarias, pago de participación laboral en las utilidades entre otros. (p.32)

3.1.12. Políticas públicas respecto de la tercerización e intermediación laboral.

El asunto laboral, la generación de empleo y la productividad deben ser enfocados de manera integral por la sociedad. La existencia tanto de la tercerización de servicios como de

la intermediación laboral no debió de haber sido una discusión para considerar que era lo más conveniente para el Estado. Por lo que es posible que con la existencia de estas figuras haya más empleo y un menor número de personas desempleadas en subempleo u otras trabajando de manera informal, haciendo menor la tensión que esta presente actualmente en la sociedad ante la poca generación de empleo. Lo cual hasta la actualidad sigue siendo un problema para miles de ecuatorianos y el tema se complica cuando entramos a una emergencia sanitaria, en donde el Estado se ha visto en la obligación de irse en contra de sus propias políticas y teorías de defensas laborales.

Esto no significa que el Estado en su facultad de control abandona los mecanismos para exigir una adecuada aplicación de la norma, pero debemos comenzar por considerar que una reforma al Código de Trabajo es inevitable, discutir hipótesis e intentar dar las soluciones mas eficientes y efectivas a los trabajadores. Esto debido a lo expuesto, ya que, sin importar el modo de contratación, el trabajador siempre va a estar expuesto a que sus derechos sean vulnerados y es ahí en donde las instituciones del Estado tienen mas trabajo. Por cuanto deben reformar o crear medios de solución de controversias, ampliando las facultades de los Inspectores del Trabajo. Además, se deben reformar los procedimientos y endurecer las sanciones; ya que, en el peor de los casos frente a un trabajador el peor escenario será indemnizarlo, lo cual es manejable generalmente o la imposición de una multa a la empresa.

La tercerización de servicios ni la intermediación laboral son sinónimos de precarización laboral. Su aplicación no debe implicar un cambio dificultoso de las condiciones de los trabajadores intermediarios o tercerizados. Y si en algún momento esta figura ha sido sujeta a grandes críticas, pues nos da paso a considerar que, los procesos administrativos y la justicia ordinaria no esta la suficientemente preparada para garantizar el cumplimiento de los derechos laborales. Por lo que, los mecanismos que deben permitir y garantizar que el trabajador, a través de estos medios, logre que sus derechos sean

reconocidos y lo resuelto sea cumplido. Consecuentemente, parece poco lo que se ha estudiado y logrado desarrollar normativamente respecto de estas figuras.

El Abogado José Antonio Fabian Muncibay (2019) en su tesis de maestría Responsabilidad en las obligaciones derivadas de las actividades de intermediación puso en consideración que uno de los beneficios más importantes de estos modos de contratación era el siguiente:

Al contratar servicios externos, también es posible que se obtenga un aumento en la productividad de la empresa. Los terceros que eventualmente se encargarán de actividades que sólo son accesorias o anexas al negocio, poseen infraestructura, tecnología y conocimientos que internamente la empresa no tiene. Al aprovechar todo ese material, los procesos de producción se acelerarán, resultando por consecuencia, un aumento en la productividad. (p.16)

Es importante que la Comisión de lo Laboral de la Asamblea Nacional del Ecuador cree normas de carácter general. Utilizando previamente estudios de impacto regulatorio, sobre todo en aquellas disposiciones normativas que impiden el desarrollo económico y social del país. Por cuanto estos modos responden a decisiones consensuadas y razones de carácter empresarial, que tienden a favorecer a las empresas debiendo precautelarse que se garanticen las obligaciones propias del contrato de trabajo. Por lo que, estas figuras deberán ser estos mecanismos flexibles que permitan reducir la informalidad laboral. Consecuentemente, podríamos indicar que, una debida reforma al Código de Trabajo, en donde se incluyan estos y otros modos de contratación reducirían acuerdos ocultos o informalidades en este campo.

Debemos trabajar en continuar despejando los malentendidos que terminan produciendo incertidumbre jurídica. En tanto que debemos ir fomentando la productividad

empresarial para tener mejores indicadores en el campo laboral, buscar cambios en las limitaciones de la información con la finalidad de promover capacitaciones respecto a estos temas; y continuar con el desarrollo de nuevos estudios que permitan comprender y aplicar adecuadamente estos modos de contratación. Se debe evitar que estos modos sigan siendo estigmatizados como medios de precarización laboral y el medio para aumentar el capital de las empresas a costa del sacrificio de los trabajadores. Mientras más sigamos creyendo que el trabajador es la parte mas débil de la relación laboral, nunca podremos saber de que es capaz este, y que otras cosas podrá desarrollar en beneficio propio.

3.2. Derecho Comparado sobre la intermediación laboral y la tercerización.

3.2.1. Argentina.

La Ley Nro. 20.744 denominada Ley de Contrato de Trabajo, promulgada el 20 de septiembre de 1974, tomando en consideración las modificaciones de la Ley 25.013, Reforma Legal dentro del Título II, del contrato de trabajo en general, los sujetos del contrato de trabajo, hacemos referencia a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley mencionada, en tanto que los trabajadores que hayan sido contratados por terceros para prestar sus servicios a otra empresa, serán considerados como trabajadores directos de quienes utilicen su prestación. Por lo que, independientemente de cual haya sido el instrumento suscrito por la empresa intermediaria y la empresa usuaria para recibir el servicio, ambas serán solidariamente responsables. Respecto de aquellas obligaciones que se generen del contrato laboral suscrito. Además, habrá responsabilidad de ambas empresas de las obligaciones que se deriven de la normativa laboral.

Para que se configure la intermediación laboral deberán estar presentes los siguientes requisitos: un tercero es quien contrata al trabajador, se pone al servicio de otra empresa al

trabajador, que es la que lo utilizará y se beneficiará de su trabajo, por lo que la relación de dependencia y subordinación será con la empresa receptora del servicio. La empresa intermediaria y la usuaria tienen responsabilidad solidaria respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales. Consecuentemente, la legislación argentina tiene orientación protectora de los derechos laborales. En tanto que se establece responsabilidad solidaria entre las empresas intervinientes y el trabajador, ampliando las posibilidades de el trabajador para el debido cumplimiento de las obligaciones.

Para el caso de los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales, los trabajadores tendrán relación de dependencia con carácter de permanente continua o discontinua con la empresa intermediadora. Esto es debido a que se trata de trabajos de corta duración o temporales, como aquellos que son referentes para la satisfacción de resultados específicos o exigencias transitorias o extraordinarias de la empresa requirente principal. En estos casos no se puede predecir los plazos de vigencia de los contratos suscritos. Por cuanto la relación labora se considerará concluida una vez que se haya dado por terminada la obra o el servicio.

De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 77 de la Ley Nacional de Empleo las empresas intermediarias de servicios eventuales deben constituirse únicamente como personas jurídicas y con un solo objeto social. Por lo que solo se podrán generar y suscribir contratos de modalidad eventual, el artículo 29 incorporado por la Ley Nro. 24.013 nos indicó que el empleador que ocupa trabajadores mediante una empresa de servicios eventuales tendrá responsabilidad solidaria con la empresa intermediaria respecto de las obligaciones que se generen por el trabajador. Además, la empresa usuaria como medida de protección al trabajador tendrá la obligación de retener valores a la empresa que presta servicios, incluso aquellos valores por concepto aportes al seguro social, debiendo depositarse estos valores en los términos indicados. Los trabajadores eventuales, de manera extensiva también serán

regulados por los acuerdos colectivos y representado por el sindicato en caso de haberlo teniendo beneficios por parte de la empresa usuaria.

La norma establece responsabilidad solidaria en ambos casos, independientemente de con quien el trabajador tenga relación de dependencia, además ofrece garantías al trabajador respecto de sus beneficios laborales y sociales, precautelando sus intereses frente al empleador. Este tipo de medidas no garantiza el cumplimiento de las obligaciones, pero si nos otorga mayores probabilidades de que el cumplimiento sea efectuado; aun en los casos de cesión o subcontratación de la empresa sigue existiendo responsabilidad respecto de las obligaciones como empleador hacia los trabajadores. Lo cual también aplicable para los casos en que haya empresas subordinadas o relacionadas con la finalidad de perjudicar a los trabajadores.

El artículo 2 de la Ley Nacional de Empleos no da un concepto de Empresa de Servicios Eventuales, por lo que esta debe ser una persona jurídica con un objeto social dedicado a la prestación de servicios, en el que se provee personal a otro sector empresarial. Esto tendrá como finalidad que este personal, ejecute actividades propias temporales, extraordinarias y que hayan sido previamente determinadas, sin embargo, su conclusión, no podrá establecerse de manera anticipada. Los trabajadores que se encuentren realizando estas actividades, podrán reemplazar al trabajador de planta, el cual estará suspendido por causas legales o podrá encontrarse con licencia. Esto ocasionará un incremento en la actividad de la empresa, ocasional o extraordinaria; para la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones o programas; y en caso de que haya trabajos inaplazables por prevención de accidentes, medidas urgentes de seguridad, reparación de equipos, instalaciones o edificios.

En general es aplicable siempre que haya actividades por realizar y que sean ajenas al giro común del negocio y sean comprendidas como extraordinarias. Por cuanto los

trabajadores de la empresa de servicios eventuales que ejecuten sus actividades en las sedes filiales, agencias u oficinas, serán considerados como trabajadores permanentes continuos de la empresa usuaria. En caso de el trabajador sea contratado bajo la modalidad de contrato eventual, será considerado como trabajador permanente discontinuo con la empresa de servicios eventuales. Para los trabajadores permanentes discontinuos existen regulaciones especiales con la finalidad de evitar abusos con este modo de contratación.

3.2. Chile.

A inicios de la década de los años ochenta, en Chile se generaron diversos cambios dentro de las organizaciones laborales, quienes exigieron reformas en la legislación interna. Por cuanto aparecieron nuevas formas de contratación laboral denominadas como atípicas, los cuales comprenden diversas ocupaciones como el trabajo temporal, a tiempo parcial, el trabajo a domicilio. Lo cual produjo un incremento de la subcontratación, herramientas utilizadas por las empresas con la finalidad de eludir sus obligaciones hacia el trabajador. Esto generó inestabilidad, una jornada de trabajo reducida, el no acceso a la seguridad social, entre otros beneficios que fueron mermados.

El Código de Trabajo de Chile en su Título VII al Libro I regula el trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios temporarios. Por cuanto en su artículo 3 nos indica lo que debemos entender por empresa, por cuanto significa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo la dirección de un empleador. Esto se comprende con el objetivo de lograr fines económicos, sociales, culturales o beneficios, dependiendo del objeto de cada empresa. La definición que nos otorga el Código esta estructurada por aspectos o consideraciones muy generales.

El trabajo en régimen de subcontratación es aquel que se realiza mediante un contrato de trabajo suscrito por un trabajador y un empleador, denominado como contratista o subcontratista, que, por convenios con terceros, tendrá la obligación de realizar o prestar un servicio bajo su propia responsabilidad con trabajadores dependientes. En las referidas actividades se ejecutarán servicios o la realización de obras requeridas por la empresa usuaria. Los trabajadores no tendrán relación de dependencia con la empresa usuaria y estarán sujetos a condiciones, por cuanto el empleador se entiende como aquel que es el dueño lo requerido en servicio u obra. Es importante tomar en cuenta las sanciones que se establecen en el artículo 478 del mismo cuerpo normativo.

Existe responsabilidad solidaria entre el mandante y el contratista respecto de las obligaciones laborales y previsionales en favor de los trabajadores relacionados, incluyéndose las posibles indemnizaciones legales y contractuales que se produzcan. Esta responsabilidad en función del tiempo o dependiendo de la duración en que los trabajadores presenten sus servicios será de manera limitada. La solidaridad en material laboral es un principio fundamental y aun mas cuando entra a regular relaciones en las que interviene un trabajador y uno o mas personas a quienes este deberá prestar su servicio. Por lo que aun cuando llegase a existir confusión sobre quien debe responder por el cumplimiento de estas obligaciones ambos, deberán precautelarse por que se den por bien realizadas.

También existe responsabilidad solidaria del contratista con los subcontratistas, respecto de las obligaciones que se produzcan hacia el subcontratista en favor de sus trabajadores. Así mismo habrá solidaridad de la mandante o usuaria con los subcontratistas. Consecuentemente, el trabajador tendrá derecho a demandar a todos aquellos que puedan responder por sus derechos. La norma expone una excepción, y es para el caso de los trabajadores de la construcción, en la que no habrá responsabilidad solidaria cuando quien encargue la obra sea una persona natural a precio fijo.

En Chile existe la tercerización con el empleo de otros términos, en lo que participan el contratista que es la empresa, quien es contratado directamente por la empresa usuaria, y los subcontratistas que son los que terminan siendo contratados por la contratista. La norma establece el derecho del mandante a ser informado por los contratistas del monto en el que tuviesen que incurrir en caso de incumplimiento de estos acerca de las obligaciones laborales y previsionales, así como las del subcontratista. Es importante que este derecho de información sea debidamente ejecutado por la parte correspondiente. Por cuanto oportunamente se podrán tomar las consideraciones del caso o presentar oposición u observaciones en caso de haberlas.

Las empresas dedicadas a prestar servicios temporarios tienen a consideración que los contratos a ser suscritos con los trabajadores a prestar servicios con la empresa usuaria, y vinculado este con aquel contrato mercantil para la prestación del servicio temporario constituye aquellos casos en los que se verá definida la intermediación. En tanto que las empresas de servicios transitorios, comprende a toda persona jurídica que tenga por objeto poner a disposición de terceros (empresas usuarias) a trabajadores para que cumplan con labores transitorias u ocasionales. Entre estas empresas transitorias no podrá haber vínculo de ninguna modalidad con las empresas usuarias que contraten sus servicios, además deberán constituir garantías a nombre del organismo regulador. Por cuanto, debemos considerar si esta prohibición se extiende también a trabajadores.

A lo que respecta el contrato de trabajadores puestos a disposición de la empresa usuaria, este debe constar por escrito y debe ser celebrado siempre y cuando existan algunas de las siguientes circunstancias: principalmente cuando haya suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar el servicio en caso de licencias. Otro, cuando se hayan producido eventos extraordinarios; en caso de existir proyectos nuevos y específicos de la usuaria; período de inicio de actividades en empresas nuevas; aumentos ocasionales de

actividades determinadas de la empresa usuaria. Y, en caso de haber trabajos urgentes impostergables requeridos por la usuaria. En cada uno de los casos es que este contrato puede ser suscrito deberá atender a una disposición referente al plazo de manera especial.

Se encuentra expresamente prohibida la celebración de este tipo de contrato, en caso de que sea para la realización de tareas en las que se la facultad de representar a la usuaria, reemplazar a trabajadores que han declarado una huelga legal, y para ceder trabajadores a otras empresas de servicios temporarios. Además, se tendrá como nula, la cláusula del contrato, que prohíba la facultad de la empresa usuaria a contratar al trabajador una vez que haya finalizado el objeto del contrato para la que fue requerido. En tanto que esta posibilidad de contratación directa produce expectativas de beneficios hacia el trabajador. Resulta interesante y es objeto de estudio cada uno de los casos en los que se pueda prohibir esta figura.

Para la existencia de este tipo de contratos o de cualquier otro es esencial la existencia de la voluntad de las partes, siendo esta la convención a la que las partes han llegado para prestar servicios temporarios obligándose de manera recíproca, para ejecutar labores determinadas para otra empresa denominada como la usuaria. La misma que deberá cancelar una remuneración por el tiempo de servicio. Este modo de contratación deberá constar por escrito, determinarse un plazo de vigencia, remitir una copia de este contrato a la empresa usuaria, prohibiéndose a la empresa de servicios temporarios el cobro de comisiones al trabajador por dicha gestión. Además, se contempla la posibilidad de que el contrato sea transformado a un contrato de plazo indefinido, debiendo tomarse en cuenta la antigüedad del trabajador, contados desde que inicio su prestación de servicios con la usuaria.

3.3. Colombia.

La Ley N° 50 del diciembre 28 de 1990 publicada en el Diario Oficial N° 39618 del 1 de enero de 1991 reformó al Código Sustantivo del Trabajo, por lo que se introdujeron diversas disposiciones sobre los modos de contratación. En el se incorporaron regulaciones para las empresas de servicios temporales y las empresas dedicadas a la intermediación laboral. En tanto que la primera hace referencia a la tercerización laboral empleando términos similares a los de la legislación chilena. Por lo que, el artículo 71 de la norma nos dice que las empresas dedicadas a la prestación de servicios temporales serán aquellas que dan servicios a un tercero, el cual se beneficia temporalmente por la ejecución de labores o actividades de su empresa con mano de obra dependiente de otro.

Del concepto que nos da la norma se desprenden algunos elementos básicos de esta figura, una parte presta el servicio, otra parte se beneficia del servicio, la temporalidad del contrato. La empresa de servicios temporales es quien tiene la calidad de empleadora sobre las personas naturales que son enviadas a la empresa usuaria del servicio. El artículo 73 de la norma establece que la usuaria, es toda persona natural o jurídica que, contra los servicios de la empresa de servicios temporales, siendo este país uno de los pocos es permitir que la usuaria sea una persona natural. La legislación colombiana hace una diferencia entre los trabajadores de planta y los trabajadores de misión, siendo estos últimos quienes son enviados a la empresa usuaria.

Las empresas de servicios temporales deberán constituir una persona jurídica y tener exclusivamente el objeto social determinado en el artículo 72 de la Ley previamente mencionada. De lo referente a la remuneración de los trabajadores de misión, deberá ser igual al de aquellos trabajadores de la empresa usuaria que realice actividades similares a las del trabajador intermediado. En lo que se deberá ir aplicando las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Además, tendrán derecho a gozar de los mismos beneficios de los trabajadores

de planta de la empresa usuaria, así como derecho a compensaciones por vacaciones, primas de servicios u otras que correspondan.

Será procedente la contratación temporal, cuando se trate de labores de carácter ocasional, accidental o transitoria; cuando se requiera del reemplazo de personal por vacaciones, licencias, incapacidad por enfermedad u otros. Para atender aumentos de producción, transporte, ventas, periodos de cosechas, prestaciones de servicios por un plazo de 6 meses prorrogables por solo una ocasión. Corresponde a la empresa de prestación de servicios temporales ocuparse de la salud ocupacional de los trabajadores de misión, aun cuando exista un riesgo alto en la actividad a ejecutar por el trabajador en la empresa usuaria. En tanto que será importante poder diferenciar las responsabilidades de ambas empresas, de acuerdo con las disposiciones regulatorias

Los contratos por suscribirse entre la empresa de servicios temporales y las empresas usuarias deberán constar por escrito. Por lo que la empresa de servicios temporales deberá sujetarse a lo dispuesto a la norma respecto del pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, además de dominicales y festivos. Deberá especificarse cual será la compañía de seguros que garantizará el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores en misión. También deberá mencionarse cual será el modo de atención de las obligaciones en materia de salud ocupacional.

Las empresas de servicios temporales deberán emitir y consignar a favor del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social una garantía que cubrirá los valores por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones en caso de iliquidez de la empresa. Deberá constar un reglamento interno de trabajo debidamente aprobado por la autoridad, en el que estará prohibido prestar servicios a empresas usuarias, cuyos trabajadores se encuentren en huelga legalmente constituidas. De lo mencionado previamente se encuentran excluidas aquellas

empresas y trabajadores dedicados a dar servicios para el aseo y suministro de alimentación. Con lo cual podremos analizar cuales son aquellos casos en los que aún reconociéndose el derecho a la huelga, estos servicios no podrán ser paralizados.

La misma ley en sus artículos 95 y 96 regula la intermediación laboral como aquella actividad de intermediación de empleo gratuita u onerosa. Sin embargo, esta será siempre prestada en forma gratuita hacia el trabajador y solamente por las personas naturales, jurídicas o entidades de derecho público autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Este ministerio es el competente para autorizar a las entidades públicas o privadas que deseen desarrollar actividades de intermediación laboral. Siendo importante un ente de control que cumpla con la finalidad de que se establezca un sistema nacional de intermediación.

El Código Sustantivo del Trabajo en su Título I Capítulo III trató sobre los Representantes del patrono y la solidaridad, por lo que el artículo 32 indicó que son representantes del empleador y por lo tanto, tienen igual obligaciones con el trabajador: las empresas intermediarias y aquellos quienes en el ejercicio de sus capacidades han contratado la prestación de un servicio a un tercero, para que sean estos quienes se encarguen de la ejecución de labores con su propia mano de obra y responsabilidad. Estos han sido denominados intermediarios, sean estas empresas o no. Así mismo lo serán, independientemente, de que estos cuenten con infraestructura propia o no. Consecuentemente, no resulta relevante la manera en la cual estas empresas se encuentren formadas, seguirán siendo intermediarias.

Quienes llegases a suscribir convenios o contratos de trabajo, obrando como simple intermediario, tiene la obligación de declarar dicha calidad y manifestar el nombre del patrono. En caso de no realizar en debida forma, responderá de manera solidaria con el patrono de las obligaciones que puedan generarse frente a los trabajadores intermediarios. La

representación patronal es una figura que general responsabilidades y derechos, como la de sustituir al empleador en algunos casos y actuar en su representación para efectos de la relación con los trabajadores. Por lo que el simple intermediario no puede ser sujeto de representación patronal.

El artículo 36 del Código determina quienes tienen responsabilidad solidaria frente al trabajador. En tanto que establece que son solidariamente responsables de las obligaciones que se produzcan del contrato de trabajo, las empresas y los miembros que la conforman hasta el aporte realizado por cada uno de sus socios. Así mismo lo serán los codueños de empresas relacionadas entre estas, en caso de que se encuentren en indivisión. De lo mencionado no existe limitación de los socios frente a la sociedad, en caso de las compañías colectivas y en comandita simple, quienes responden por las obligaciones de los trabajadores sin limitación alguna.

3.4. España.

La Ley 14/1994 sancionada por el Rey Juan Carlos con fecha 1 de junio del mismo año, habiendo sido modificada por el RD 8/1997, por la Ley 50/1998, por la Ley 29/1999, y por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre. Derogada parcialmente por el Real Decreto Legislativo 5/2000 de infracciones y sanciones de orden social. Modificada parcialmente por la Ley 14/1999, Modificada por RDL 5/2001. Modificada por la Ley 12/2001, donde se regula a las Empresas de Trabajo Temporal, siendo esta mencionada dentro de la exposición de motivos de la norma, en tanto se indica que la contratación de trabajadores, con lo que se tenga como objetivo cederlos con carácter temporal a otra empresa para que ejecute actividades de esta última, ha sido considerado prohibido por los ordenamiento laborales, ya que esta considerado como tráfico ilegal de mano de obra, atentando contra los derechos de los trabajadores.

A finales de la década de los setenta, diversos países pertenecientes a la Unión Europea ya habiendo ratificado el Convenio del 96 de la OIT. Han ido regulando la actividad de las empresas de trabajo temporal para comprender que su labor, cuando es debidamente fiscalizada y ejecutada sin la finalidad de perjudicar a los trabajadores, estas pueden gestionar un volumen significativo de empleos. En tanto que la figura de la intermediación y la tercerización no producen un impacto negativo. Consecuentemente, han sido las prácticas indebidas de las empresas intermediarias o tercerizadoras, quienes han usado estos modos de contratación para evadir sus responsabilidades patronales.

La legislación española se ha mantenido retirada de estos procesos de contratación, ya que en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, se prohíbe el reclutamiento y la contratación de trabajadores para cederlos o prestarlos de manera temporal a otra empresa. Siendo independiente el título que se le otorgue; también se encuentra prohibido utilizar los servicios de un trabajador sin que este sea o este incorporado a la plantilla de la empresa. Sin embargo, admiten la existencia de otras formas de descentralización de la actividad laboral y del concepto tradicional de empresa, como son los subcontratos, que hace referencia el artículo 42 del Estatuto. Por cuanto, existen casos de carácter excepcional para desarrollar parte de esta materia.

Debido a que los riesgos en cuanto a la vulneración de derechos del trabajador no provienen de la actividad propiamente de la empresa sino de actuaciones clandestinas e irregulares, que permiten la aparición de intermediarios capaces de evadir sus obligaciones patronales y de seguridad social. Se hace necesario, teniendo en cuenta lo dispuesto a la cesión de trabajadores establecida en el artículo 2 de la Ley 10/1994 de 12 de mayo referente a las Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, que se establezca un régimen jurídico que garantice y exija requisitos, limitaciones y controles, en cuanto al mantenimiento de la protección social de cada uno de los trabajadores en este sistema. Siendo importante la

presencia de normas que regulen las relaciones laborales de manera idónea. El régimen jurídico deberá encontrarse de manera equilibrada para las partes intervinientes.

Por cuanto las empresas de trabajo temporal están definidas, como aquellas que ejercen una actividad en la que se pone a disposición de otra empresa usuaria, de manera temporal, a trabajadores por ella contratados. Las empresas que deseen ejercer esta actividad deberán estar legalmente constituidas y autorizadas en los términos previstos por la ley. Esta definición dada por la legislación española se refiere a lo que conocemos como empresas dedicadas a la intermediación laboral. La autorización a la que se hace referencia es necesario contar con una estructura organizada, con único objeto, no se debe tener obligaciones pendientes de carácter fiscal, otorgar una garantía, no tener sanciones con suspensiones, e incluir estrictamente el término de empresa de trabajo temporal.

Las empresas de trabajo temporal tendrán la obligación de constituir garantías a disposición de la autoridad laboral que otorga la autorización de la actividad, a través de un depósito en dinero efectivo o en valores públicos. También podrá constituirse esta garantía mediante un aval o fianza de carácter solidario emitido por un Banco o cualquier otra entidad financiera competente al caso y, por último, a través de una póliza de seguros contratada al efecto. La garantía mencionada en el artículo 3, debemos comprender que cumple con la finalidad de garantizar cualquier obligación de carácter laboral sobre la cual se haya incumplido. Hay aspectos que debemos tomar en consideración, y son los procesos de ejecución que deben seguirse para hacer efectivas estas garantías.

El artículo 6 de la ley hace referencia al contrato de puesta a disposición. El cual deberá ser suscrito entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria, teniendo como objeto la cesión del o los trabajadores para la prestación de sus servicios hacia la usuaria, quien tendrá la dirección y sometimiento del trabajador. La subordinación del trabajador pasa

de la empresa de trabajo temporal hacia la usuaria, manteniendo la empresa intermediaria la dependencia del trabajador. Por cuanto se destacan 3 características principales de este contrato: la empresa intermediaria tiene la obligación de pagarle al trabajador la remuneración pactada; la capacidad de dar por terminado el contrato, lo cual no tiene la usuaria; y, la asignación del lugar en el que el trabajador ejecutará su labor.

Respecto de la duración del contrato de puesta a disposición, este deberá tomar en consideración lo establecido en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. Esto sin perjuicio de lo que dispone la ley competente en cuanto a los eventuales periodos de formación previos a la prestación efectiva de servicios. En caso de que al finalizar el contrato de puesta a disposición el trabajador continuara prestando sus servicios a la empresa usuaria, será considerado como trabajador de planta con carácter indefinido. Determinando la norma que, se entenderá como nula toda cláusula que contravenga esta disposición.

Las empresas no podrán suscribir contratos a puesta a disposición cuando tenga como finalidad la sustitución de trabajadores en huelga dentro de la empresa usuaria. Tampoco se podrá suscribir esta modalidad cuando sea para la realización de las actividades y trabajos que, por su riesgo, en la seguridad o salud del trabajador se determinen reglamentariamente; y cuando sea para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal. Además, es importante que la empresa usuaria informe a los representantes de los trabajadores sobre cada contrato de puesta a disposición que se haya suscrito. Debiendo ser expresado de manera motivada su utilización en el plazo de 10 días siguientes a la suscripción.

El contrato suscrito entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador a prestar servicios en la empresa usuaria podrá tener una duración indefinida o una duración determinada, los contratos deberán constar por escrito. Con el trabajador se podrán suscribir un contrato para la cobertura de varios contratos con otras empresas usuarias. Esto podrá

realizarse siempre y cuando todos los contratos mantengan las mismas características de eventualidad y casos permitidos por la legislación, que ya hemos revisado para su validez.

Los trabajadores cedidos tendrán derecho a percibir como mínimo la retribución total determinada en el convenio colectivo en caso de haberlo, por la actividad a desarrollar.

La empresa usuaria tendrá por disposición normativa la dirección y control de las actividades del trabajador, durante todo el tiempo que dure prestación de servicios. La empresa usuaria tiene la obligación de informar al trabajador desde el inicio de sus actividades laborales respecto de los riesgos presentes en la actividad a realizar, así como las medidas de protección y prevención que deberá tomar. Por lo que será la empresa usuaria la responsable de la protección del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Además, de los recargos existentes por prestaciones de seguridad industrial.

La normativa española tiende a la protección de los derechos de los trabajadores de manera considerable. Por lo que, incluye aspectos relacionados a las condiciones de trabajo que corresponden a la empresa usuaria, se ve regulado el derecho de la actividad misional de los trabajadores en relación con el campo sindical. Siendo estos trabajadores considerados como similares a cualquier otro trabajador dirigente de la empresa usuaria. Otorgándose dos derechos importantes, la de presentar reclamos a la empresa usuaria con temas relaciones a su actividad y al uso de los transportes destinados para los trabajadores de la empresa usuaria.

CAPITULO IV

MARCO METODOLÓGICO

4.1. Análisis Comparativo con Referentes Empíricos Aplicados a la Investigación.

En los últimos años hemos visto avances y estudios respecto de los modos de contratación laboral, y sobre el procedimiento administrativo dentro del derecho laboral. Por lo que hasta el momento se han realizado investigaciones similares a la expuesta y empleada para esta investigación. Sin embargo, la legislación histórica y vigente, así como los doctrinarios han servido y aportado de manera significativa para el desarrollo de esta investigación, en tanto que es importante y necesario comparar el estado de esta investigación con las que hubiesen sido realizadas en el pasado. Por lo que debemos tomar como relevante, el libro realizado por Sabino Hernández.

4.2. Resultado respecto de los modos de contratación y el procedimiento administrativo laboral.

Debemos considerar como relevante en esta investigación el desarrollo del marco teórico y conceptual. En tanto que nos ha permitido obtener las definiciones correspondientes y la realización de un análisis de términos y prácticas vinculadas con el desarrollo del tema tratado. A lo que corresponde a la normativa sustantiva y adjetiva expuesta, nos permitió establecer un estudio y análisis respecto de los modos de contratación y el procedimiento administrativo laboral aplicado en su generalidad por los Inspectores del Trabajo. Por lo que, a través de esto, poder observar y dejar en evidencia las falencias normativas existentes que hemos establecidos con el presente instrumento de investigación.

Los modos de contratación laboral que se establezcan dentro del ordenamiento jurídico interno como permitidos, tienen gran importancia, ya que son los que van a determinar derechos y obligaciones del trabajador y empleador. Debiendo tener en consideración que desde hace años hemos visto una relación desequilibrada entre estas partes. Por lo que se llegó al extremo de la eliminación de algunos de estos modos debido a que el Estado no cuenta con la suficiente reglamentación para precautelar los derechos de los trabajadores. Quien tiene la obligación de garantizarlos independientemente del título que lleve el contrato celebrado con el empleador. Sin embargo, es importante dejar en consideración que el Estado va moldeando estas figuras dependiendo de la situación económica que vive el país, ya que encontraremos incongruencias entre el Código de Trabajo y la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario recientemente puesta en vigencia.

Además, el ordenamiento jurídico no contempla normas de carácter procesal para garantizar sus derechos laborales frente a vulneraciones por parte de su empleador, ni tampoco se expresa el derecho del empleador a denunciar y sancionar al trabajador a través de un método fiscalizado por parte de las inspectorías del Ministerio de Trabajo. Las denuncias que actualmente se tramitan en la instancia administrativa cumplen con el objetivo de concluirse como es debido. Sin embargo, son pocos los casos en los que podemos observar que el trabajador ha sido resarcido o se ha sancionado al empleador debido al incumplimiento en el que habría incurrido. El mayor problema es el procedimiento y la forma en la que se anuncia y practica la prueba dentro de esta instancia.

Corresponde abordar los resultados que habrían sido obtenidos luego de la debida aplicación de los diversos métodos y técnicas de investigación expuestos en el presente trabajo de investigación. Los cuales se constituyen en un sustento para la elaboración de la propuesta que será establecida, con la finalidad de que se considere procedente las reformas a exponer, para un conjunto de artículos del Código de Trabajo. En tanto que actualmente no

solo encontramos vacíos normativos, sino que, además, la practica procesal en el campo laboral resulta controversial y arbitraria en algunos casos por los funcionarios públicos. Siendo importante considerar una propuesta para la reforma del actual Código de Trabajo.

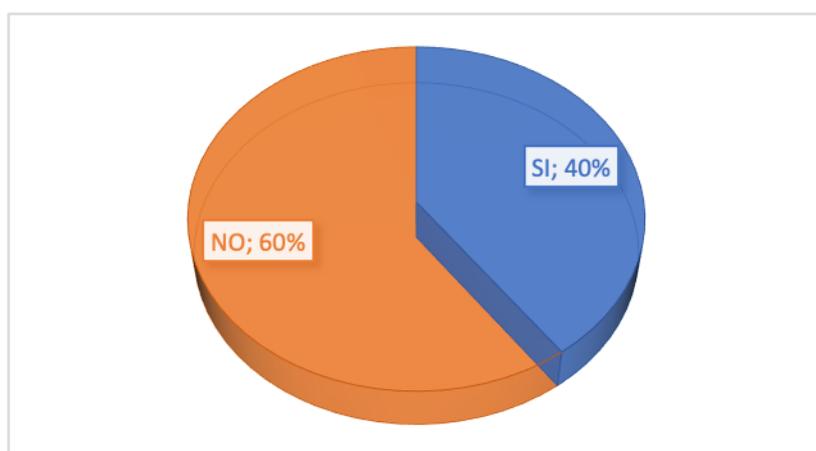
Detalle y tabulación de las entrevistas realizadas a los Inspectores del Trabajo de la Provincia del Guayas, respecto de su criterio sobre el tema de “la tercerización, la empresa fuera de la empresa, y su controversia en la instancia administrativa en el derecho laboral”.

4.3. Tabulación.

Porcentaje individual por preguntas realizadas en la entrevista a los Inspectores del Trabajo de la Provincia del Guayas respecto del tema de investigación presentado en este instrumento.

Pregunta Nro. 01 Considera usted que los modos de contratación laboral por Tercerización de Servicios, y por Intermediación laboral ¿son modos de contratación laboral que generan precarización al trabajador?

Pregunta 01



| Opciones | Frecuencia | Porcentaje |
|----------|------------|------------|
| SI | 4 | 40% |
| NO | 6 | 60% |

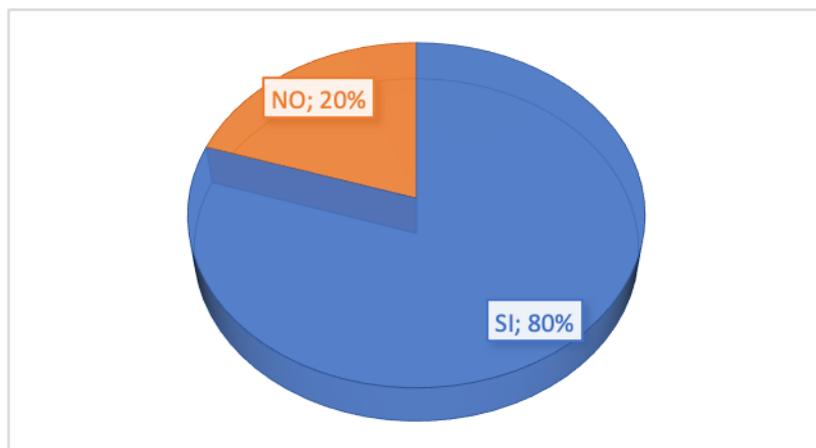
Figura 01

Análisis del resultado:

El 60% de los Inspectores del Trabajo entrevistados consideran que estos modos de contratación no generan precarización laboral, por cuanto la naturaleza de estos, no tienen dicha finalidad, sino que han sido las prácticas indebidas realizadas por los empleadores, las que generan precarización. Mientras que el 40% restante ha considerado que si, que estos modos de contratación laboral tienen determinada flexibilidad hacia el empleador, lo cual termina vulnerando los derechos de los trabajadores.

Pregunta Nro. 02 ¿Cree usted que existen otros modos de contratación laboral vigentes, que producen precarización laboral?

Pregunta 02



| Opciones | Frecuencia | Porcentaje |
|----------|------------|------------|
| SI | 8 | 80% |
| NO | 2 | 20% |

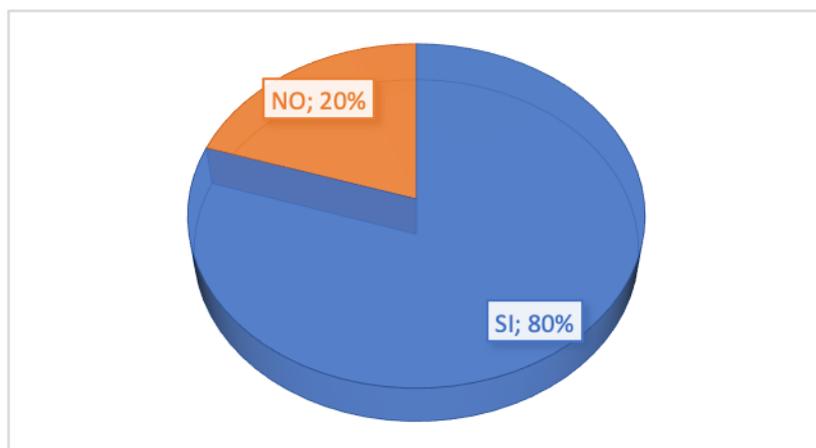
Figura 02

Análisis del resultado:

El 80% de los entrevistados, considera que existen otros modos de contratación laboral permitidos por el Código de Trabajo que también generan precarización laboral, por cuanto el derecho a la estabilidad no solo se ve comprometido en la tercerización de servicios e intermediación laboral, sino en cada uno de los contratos que de manera contraria no son indefinidos, ni generan garantías. Sin embargo, el otro 20% considera que no existen, a criterio de que, al estar permitidos, no son contrarios al ordenamiento jurídico.

Pregunta Nro. 03 ¿Considera usted que, ha aumentado los trabajadores en informalidad, luego de haberse eliminado los modos de contratación de la tercerización e intermediación?

Pregunta 03



| Opciones | Frecuencia | Porcentaje |
|----------|------------|------------|
| SI | 8 | 80% |
| NO | 2 | 20% |

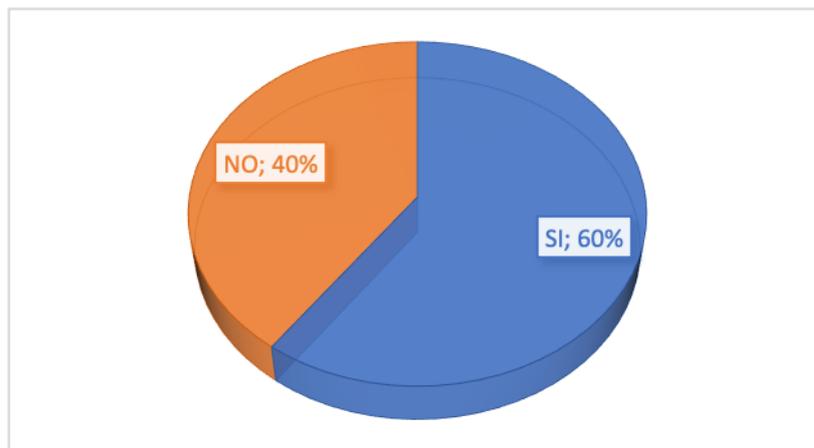
Figura 03

Análisis del resultado:

El 80% de los entrevistados consideraron que, si ha aumentado el número de trabajadores informales, entendiéndose por informal aquellos trabajadores que laboran para una persona sin que exista ninguna prueba instrumental que demuestre el vínculo. Mientras que el otro 20% considera que no, sin embargo, esto puede ser contrastado con las denuncias receptadas, las cuales se ven mayormente reflejadas en las inspectorías correspondientes a provincias donde hay mayor número de trabajadores agrícolas.

Pregunta Nro. 04 ¿Piensa usted que debe presentarse un proyecto de reforma al Código del Trabajo, referente a los modos de contratación laboral?

Pregunta 04



| Opciones | Frecuencia | Porcentaje |
|----------|------------|------------|
| SI | 6 | 60% |
| NO | 4 | 40% |

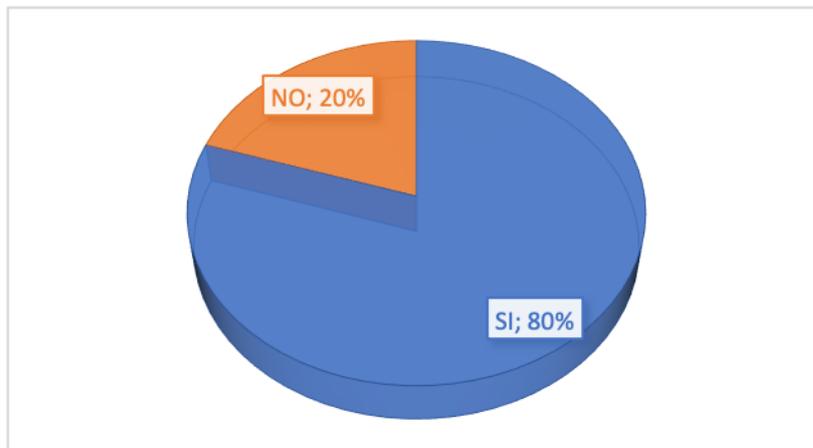
Figura 04

Análisis del resultado:

El 60% de los entrevistados consideró pertinente presentar una propuesta de reforma al Código del Trabajo respecto a los modos de contratación laboral, debido a que estos modos de contratación deben adecuarse a las necesidades de ambas partes. El otro 40% considero que no es necesario reformar los modos de contratación por posible vulneración de derechos laborales.

Pregunta Nro. 05 ¿Considera usted, que el Código del Trabajo debería incluir a la tercerización e intermediación laboral como modos de contratación y establecer controles para su correcta aplicación?

Pregunta 05



| Opciones | Frecuencia | Porcentaje |
|----------|------------|------------|
| SI | 8 | 80% |
| NO | 2 | 20% |

Figura 05

Análisis del resultado:

El 80% considera que, si es pertinente incluir estos modos de contratación eliminados por el Mandato Nro. 8 y prohibido por la Constitución, en tanto que la figura por su naturaleza no es vulneradora de derechos, sin embargo, su modo de empleo sí. El otro 20% consideró que no, por las razones que ya han sido expuestas previamente en el capítulo anterior del presente instrumento.

Pregunta Nro. 06 ¿Qué tan eficiente y eficaz considera usted que es la instancia administrativa laboral?

Pregunta 06



| Opciones | Frecuencia | Porcentaje |
|----------|------------|------------|
| Mucho | 6 | 60% |
| Poco | 4 | 40% |

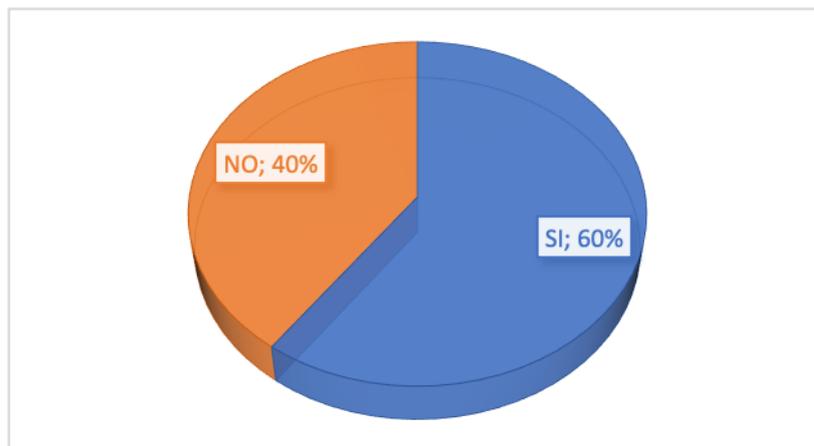
Figura 06

Análisis del resultado:

El 60% de las personas entrevistadas consideró que el procedimiento administrativo laboral es muy eficiente y eficaz, lo cual discrepa (Rivero, 2019) (Lista, 2001) (Moreno, 2008) del otro 40% que considera que no lo es, en tanto que no debe verse estadísticamente por cuantos casos fueron resueltos, sino por aquellos casos en los que se logró resarcir al trabajador vulnerado aplicando el debido proceso.

Pregunta Nro. 07 ¿Considera que existe un procedimiento administrativo laboral especial para conocer y resolver las controversias entre los trabajadores y empleadores?

Pregunta 07



| Opciones | Frecuencia | Porcentaje |
|----------|------------|------------|
| SI | 6 | 60% |
| NO | 4 | 40% |

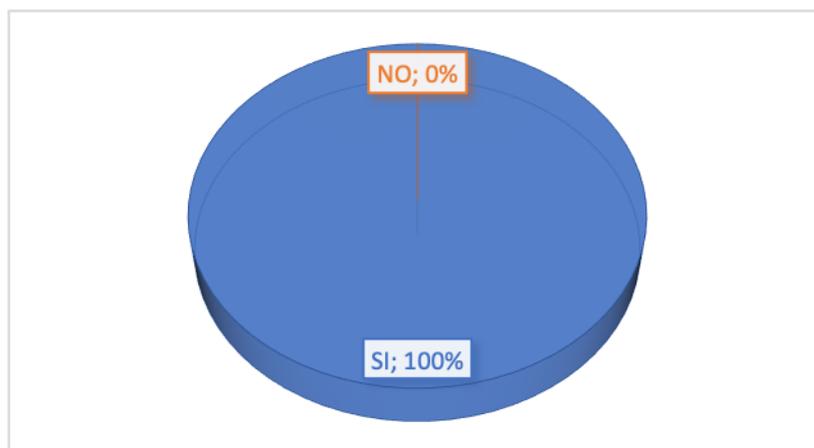
Figura 07

Análisis del resultado:

El 60% considera haber un procedimiento especial para dar trámite a las denuncias laborales presentadas por los trabajadores, sin embargo, el otro 40% considera que no, debido a que en la norma hay vacíos legales, debiendo aplicarse de manera supletoria normas generales del proceso.

Pregunta Nro. 08 ¿Considera usted que el Código del Trabajo debería establecer un procedimiento especial para tramitar denuncias?

Pregunta 08



| Opciones | Frecuencia | Porcentaje |
|----------|------------|------------|
| SI | 10 | 100% |
| NO | 0 | 0% |

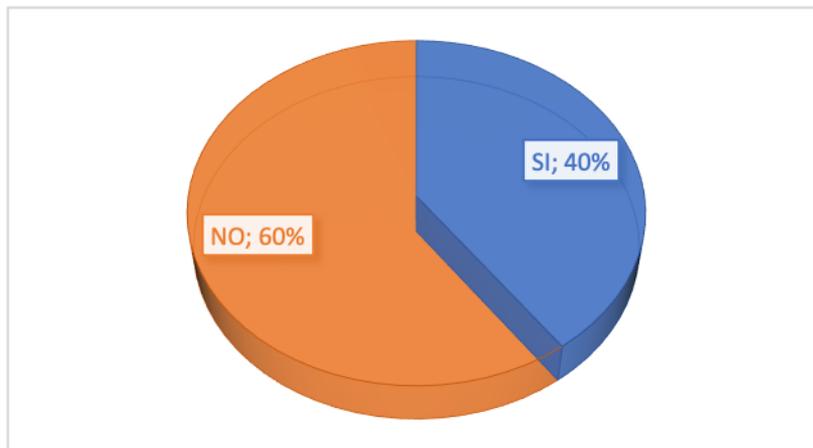
Figura 08

Análisis del resultado:

El 100% de los entrevistados considera que si debe incorporarse al Código del Trabajo un procedimiento especial para el tramite de denuncias, en tanto que el mismo cuerpo normativo no establece con claridad cual es el procedimiento para seguirse, en tanto que se terminan archivando denuncias debido a una gestión ineficiente por falta de facultades y procedimientos por parte del inspector.

Pregunta Nro. 09 ¿Cree usted que las sanciones determinadas en el Código del Trabajo y Acuerdos Ministeriales, respecto del incumplimiento de las obligaciones patronales son razonables y suficientes?

Pregunta 09



| Opciones | Frecuencia | Porcentaje |
|----------|------------|------------|
| SI | 4 | 40% |
| NO | 6 | 60% |

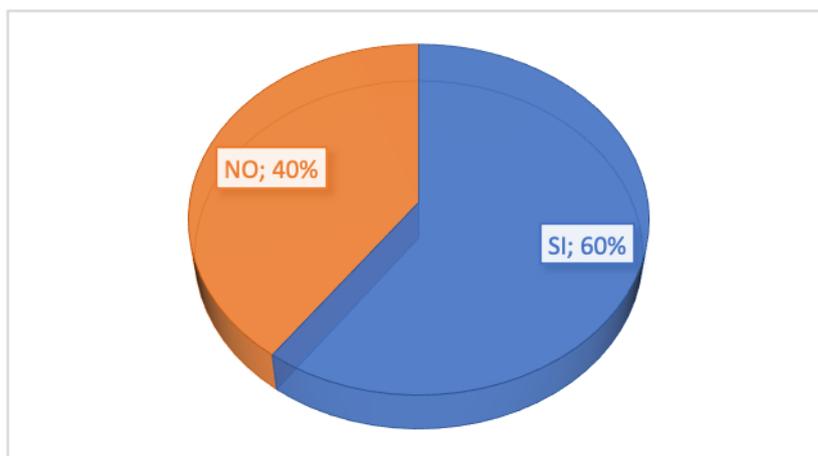
Figura 09

Análisis del resultado:

El 40% de los entrevistados considera que las sanciones determinadas por el ordenamiento jurídico son suficientes y razonables, mientras que el otro 60% considera que no, debido a que estas establecen valores bajos, por cuanto el incumplimiento de las obligaciones laborales económicamente no tienen relevancia para el empleador.

Pregunta Nro. 10 ¿Considera usted que, con el procedimiento actual, se precautelan los derechos del trabajador y se resarce al mismo en caso de vulneración?

Pregunta 10



| Opciones | Frecuencia | Porcentaje |
|----------|------------|------------|
| SI | 6 | 60% |
| NO | 4 | 40% |

Figura 10

Análisis del resultado:

El 60% de los Inspectores del Trabajo consideró que el actual procedimiento a seguir si cumple con los objetivos para el cual esta establecido, en tanto que el otro 40% considera que no, debido a que existen un alto numero de procesos archivados sin que haya podido determinar el incumplimiento. El problema puede sobrevenir por un asunto de anuncio y practica probatoria o por un procedimiento ineficiente.

4.1.3. Resultado del estudio de campo.

El instrumento empleado en el presente trabajo ha sido confiable y ha servido para proporcionar la información requerida. Las entrevistas realizadas nos han permitido evidenciar la existencia de falencias y vacíos en los modos de contratación laboral y el

procedimiento administrativo laboral como primera a instancia a recurrir por los trabajadores y empleadores. De igual manera la información recolectada de los diversos libros, normativa legal histórica y vigencia, así como la información obtenida desde otros medios informáticos, aportaron a la consecución y realización de los objetivos planteados. Así mismo, como parte de la investigación se establecieron casos específicos de si la tercerización de servicios y la intermediación laboral son modos que producen precarización laboral, lo cual hemos expuesto que no, estos modos de contratación son permitidos y regulados eficientemente y de manera responsable en otros países, por lo que es evidente la ausencia de normativa para este caso, todos estos mecanismos permitieron desarrollar esta investigación.

4.4. Análisis de caso práctico presentado.

Sala de lo laboral Juicio No. 1589-12

Demandante: G.I.V.V.

Demandado: Industrial Kkraee Cía LTDA. Gerente y Representante Legal el Sr. W.Y.C.

Corresponde a la Corte Nacional de Justicia conocer el recurso de casación interpuesto por la parte actora de la causa. En el que la casacionista alega que respecto a lo dispuesto por el Mandato Constituyente Nro. 8 y su reglamento, se establece el proceder de los jueces, sin embargo, se revocó la sentencia de primera instancia fundamentando la falta de subordinación. En tanto que se considera prohibido simular una relación de carácter laboral por una civil. Por lo que, la actora es una profesional en calidad de contadora, la misma que mantuvo una relación laboral encubierta a través de facturas, que obligaban a emitir para cancelarle su remuneración.

Dentro de este caso, la recurrente alega que el tribunal de la Corte Provincial de Justicia no tomo en consideración el Mandato Constituyente Nro. 8, el cual es la norma base para la regularización de la tercerización de servicios complementarios. En tanto que se encuentra prohibido vincular en esta forma de contratación civil a los denominados contratos de servicios prestados, prestación de servicios o de servicios profesionales. Uno de los modos que varios empleadores estuvieron realizando para simular relaciones labores. En consecuencia, la relación laboral depende de las situaciones reales en las que el trabajador se encuentra y del modo contratado que las partes hubiesen llegado a pactar.

Respecto del presente caso expuesto, es de considerar que los empleadores de acuerdo con sus necesidades son capaces de simular modos de contratación con la finalidad de evadir sus obligaciones patronales. Lo cual no es ajeno respecto de lo que sucede con la tercerización de servicios y la intermediación laboral. En tanto que los modos de contratación mientras más amplio sea, más facilidades tenemos para que las personas sean contratadas. Y una de las cosas más importante, es que el Estado tiene la oportunidad de regular estos modos de contratación y así evitamos que caigan en un campo de incertidumbre.

Con ello destacamos que nuestra legislación reconoce a aquellos trabajadores que han sido sometidos a otros modos de contratación simulando su real situación. Sin embargo, debemos tomar en consideración que cada caso tiene una circunstancia especial, por lo que las autoridades y funcionarios judiciales han presentado una diversidad de casos en los que se han visto sacrificados los derechos de los trabajadores. En tanto que es necesario reformar la norma y abrir en la mayoría de las posibilidades los modos en los que los trabajadores sean contratados. Esto tiene como finalidad garantizar sus derechos y solucionar los problemas del desempleo y subempleo en el país.

CONCLUSIONES

Luego de haber tomado como base las fuentes teóricas, legales y jurisprudenciales, en el análisis del caso expuesto, se ha podido establecer en todo el proceso de desarrollo de este proyecto de investigación, que:

1. La prohibición de la tercerización e intermediación laboral en el Ecuador, fue considerada debido a que los empleadores evadían sus obligaciones patronales empleando estos modos de contratación.
2. La tercerización e intermediación laboral presuntamente vulneraban el derecho a la estabilidad laboral, sin embargo, la naturaleza de estos modos de contratación tiene como característica principal la temporalidad, pero actualmente la norma tampoco puede garantizar la estabilidad de los trabajadores, pues está sujeta a indemnización en caso de terminación anticipada; con excepción del contrato especial por emergencia.
3. Estos modos de contratación laboral hasta el momento no cuentan con una regulación normativa eficiente, por lo que, al ya conocer las prácticas indebidas de los empleadores, será mucho más sencilla la redacción de su regulación; pues es necesario contar con estas normas reguladoras y de control, ya que la tercerización y la intermediación laboral en otros países es totalmente viable.
4. El Mandato Constituyente Nro. 8 y su Reglamento General, permite la tercerización en servicios complementarios y/o de apoyo a las empresas; sin embargo, esto puede tener como objeto evitar responsabilidades patronales, por lo que, aunque se encuentren reguladas son pocas las garantías que se ofrecen.

5. Para los servicios complementarios que actualmente están siendo permitidos por el Mandato Nro. 8, no existen garantías respecto al cobro de indemnizaciones por despidos laborales, ya que puede darse el caso de tener suscritos contratos indefinidos con el trabajador y un contrato mercantil sujeto a plazo con la empresa usuaria.
6. Los modos de contratación laboral son instrumentos que podrán determinar cuál es la situación de cada trabajador, en tanto que luego de la eliminación de la tercerización de servicios y la intermediación laboral, a pesar de que no son contratos que generan precarización laboral, han sido las prácticas indebidas de los empleadores quienes han desnaturalizado la figura, generando inestabilidad e incertidumbre a los trabajadores.
7. El Código de Trabajo tiene diversos vacíos legales al momento de tratar el procedimiento administrativo, en tanto que no se contempla uno claro a seguir, por lo que tampoco se estarían tomando en cuenta las garantías procesales establecidas en la Constitución, referentes al debido proceso y derechos laborales.
8. Los trabajadores en general se encuentran actualmente expuestos a un sin número de prácticas indebidas por parte del empleador, con la finalidad de evadir sus obligaciones, por lo que, el sistema al ser tan rígido genera como resultado que los empleadores busquen mecanismos para evitar pagos en exceso o injustificados; pues, si tenemos un ordenamiento legal ineficiente e inflexible, tendremos como resultado un aumento de vulneración de derechos e informalidad de los trabajadores.

RECOMENDACIONES

De acuerdo con lo que se ha expuesto, como recomendaciones a tener en consideración tenemos:

1. El estudio y reforma al Código de Trabajo, en lo relacionado a los modos de contratación laboral, en donde sea posible crear diversos tipos de contratos dependiendo del objeto de social de cada empresa; debiendo ser incorporada la tercerización e intermediación laboral.
2. Es importante que estos modos de contratación laboral sean flexibles y fácilmente puedan ser adaptados a las empresas de acuerdo con sus necesidades, sean estas privadas o públicas.
3. Las empresas dedicadas a la tercerización e intermediación laboral, para su constitución y autorización para prestar sus servicios, deben contar con la contratación de una póliza de seguros o presentar una caución ante el Ministerio del Trabajo, para el caso de incumplimiento de pago y/o indemnizaciones laborales luego de haberse agotado la instancia administrativa.
4. Crear un procedimiento administrativo claro y eficiente para el conocimiento y resolución de las denuncias presentadas ante las Inspectorías del Trabajo, pues en la actualidad no existe un procedimiento especial, que resuelva las controversias generadas entre los trabajadores y empleadores durante las relaciones de trabajo.
5. Este procedimiento administrativo especial por constituirse deberá contemplar su propio mecanismo para el anuncio, presentación y práctica de pruebas, debido a que las controversias que se generan entre el trabajador y empleador pueden limitar su obtención, o haya que utilizar otras formas para probar los hechos.

6. Deberíamos analizar la pertinencia de revisar otros tipos de sanciones, como por ejemplo una suspensión temporal de las actividades de la empresa, no coger como propio a los trabajadores intermediados sino indemnizarlos tal cual como si se hubiese producido un despido intempestivo.

7. El frenar el abuso de estos modos de contratación es la solución para que se pueda dar una correcta aplicación por parte del sector empresarial, en tanto que recientemente se creó el contrato especial de emergencia, el cual no faculta la intermediación ni la tercerización de servicios, pero sí hace una regresión a los derechos conquistados por los trabajadores.

CAPÍTULO V

Propuesta de Reforma al Código Del Trabajo, referente a los Modos de Contratación Laboral y el Procedimiento Administrativo para la Solución de Controversias suscitadas entre las partes de la Relación Laboral.

PROYECTO DE LEY ORGÁNICA REFORMATORIA AL CÓDIGO DEL TRABAJO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Actualmente el Ecuador atraviesa un momento complejo en el campo laboral, debido a las dificultades que han surgido por la pandemia y otros factores relevantes para el sector público y privado, lo cual ha hecho que como país debamos replantear los modos de contratación laboral y establecer un procedimiento especial para la solución de controversias para las partes de la relación laboral.

El derecho en general y el laboral son dinámicos, por lo que estos se van adaptando a las necesidades o circunstancias económicas que este viviendo el país, por lo tanto, al ser taxativos o complejos en su construcción los modos de contratación reducen la intención, numero y capacidad de contratación en el sector empresarial privada.

El sector empresarial privado en el Ecuador es una de las principales fuentes de generación de empleo, sin embargo, el Estado con su Constitución garantista de derechos e intención de protección y garantía de los derechos de los trabajadores, ha creado modos de contratación poco atractivo para el sector empresarial e inversionistas, debido a que actualmente tenemos el valor por mano de obra resulta costosa en comparación con otros países de américa latina, y al

momento de dar por terminada la relación laboral se debe indemnizar al trabajador, lo cual también representa un conflicto, ya que para que proceda la terminación unilateral por parte del empleador sin que se produzca una indemnización debe esta estar autorizada mediante trámite de visto bueno.

El objetivo de este proyecto de ley reformativa al Código de Trabajo, es impulsar y dar apertura a la implementación de nuevos y proponer reformas a los modos de contratación laboral ya existentes, con los que se garantice y proteja al trabajador, además sirva de motivación al empleador, parte esencial para la creación de nuevas vacantes y disminución de los trabajadores en informalidad; el Estado debe enfocarse en implementar mecanismos de control y procedimiento rápidos y eficientes a través del Ministerio del Trabajo, a fin de que las relaciones entre trabajadores y empleadores se desarrollen según el marco jurídico interno garantizando el derecho a la tutela efectiva.

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución del Ecuador en su artículo 33 el trabajo es considerado como un derecho, además de ser un deber social, y siendo este además un derecho económico y el Estado tiene la obligación de garantizar el respeto de los derechos laborales a los trabajadores, así como la autonomía de ser escogido y aceptado por parte del empleador, el sistema funciona siempre y cuando exista un equilibrio entre las partes.

Que, la Constitución del Ecuador reconoce la existencia y diversidad de los modos de contratación determinados y aplicables, reconociendo, además, la libertad de contratación según lo dispuesto por el artículo 325.

Que, la Constitución del Ecuador de acuerdo con lo establecido por el artículo 326 se indican los principios aplicables al derecho laboral, por lo que, uno de estos es la obligación del Estado de promover el empleo pleno, debiendo eliminar el desempleo y el subempleo en el Ecuador, sin embargo, actualmente en el sector agrícola es común que la informalidad este presente debido a las falencias del sistema de contratación laboral y a los procesos de control por parte de las instituciones del Estado.

Que, conforme al artículo 333 de la Constitución de la República del Ecuador el Estado tendrá como deber, el promover un régimen de trabajo acorde a las necesidades de los trabajadores en su calidad humana, así como facilitarles servicios, infraestructura y horarios de trabajo adecuados. También se deberá tomar en consideraciones asuntos especiales como el de los trabajadores con discapacidad, el trato en igualdad de género y demás obligaciones familiares.

Que, según otros argumentos relacionados con la materia, la tercerización ni la intermediación laboral deben ser considerados como modos de contratación laboral expuestos para generar

precarización a los trabajadores en general. Por lo que, estos no omiten la existencia de obligaciones y responsabilidades al empleador, así como, las regulaciones de índole nacional e internacional, y tampoco limitan que las empresas puedan realizar organizaciones sindicales.

Que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 542; 545; 573; y 577 del Código de Trabajo, se debe establecer un procedimiento administrativo para conocer y resolver las controversias presentadas por los trabajadores en caso de incumplimiento de obligaciones y vulneración de derechos, así como también por los empleadores para sancionar económicamente al trabajador en caso de cometer faltas leves o graves determinadas en el Reglamento Interno de Trabajo o Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo previamente autorizado por la autoridad competente.

Que, de conformidad con lo indicado por el Constitución del Ecuador en su artículo 120 y lo establecido en el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, la Asamblea Nacional tiene la facultad de reformar las leyes e interpretarlas de modo general obligatorio.

Que, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución del Ecuador, las leyes orgánicas deberán regular la práctica de los derechos y garantías dispuestas en el mismo cuerpo normativo; y,

En cumplimiento de las facultades y competencias conferidas por los artículos 120 y 140 de la Constitución, se expide la siguiente:

LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES
REFORMATORIA AL CÓDIGO DE TRABAJO

Art. PRIMERO. - A continuación del artículo 346 del Código del Trabajo, agréguese:

Art. Autorización para la tercerización de servicios e intermediación laboral. – Se autoriza la tercerización de servicios y la intermediación laboral en las actividades de carácter temporal y no habituales de la empresa usuaria o persona empleadora, siempre y cuando mediante estos modos de contratación no se produzcan prácticas que generen precarización laboral.

Art. Definición de tercerización de servicios. – La tercerización de servicios corresponde a aquellas actividades que podrán ser realizadas por otras empresas, siempre y cuando estas actividades sean temporales y no sean principales o habituales de la empresa usuaria, por lo que la actividad a ser realizada por la empresa tercerizada será de carácter complementario para la producción de bienes o servicios; la empresa tercerizadora deberá contar con patrimonio y organización autónoma al de la usuaria.

Art. Definición de intermediación laboral. – La intermediación laboral comprende un conjunto de diligencias a ser realizadas por la empresa intermediaria, en la que esta tiene como finalidad principal proporcionar fuerza laboral a empresas usuarias, siempre que las labores requeridas sean temporales y no habituales o principales de la empresa usuaria.

Art. Celebración del contrato de tercerización de servicios. – Se podrán suscribir contratos laborales para la tercerización de servicios de manera directa y bilateral entre la empresa tercerizadora de servicios y el trabajador, para la prestación de servicios temporales, no habituales ni principales de las empresas usuarias que requieran este servicio. El contrato deberá constar obligatoriamente por escrito, registrado y autorizado por el Ministerio del Trabajo; con vigencia de un año prorrogable por otro año más, en caso de que el trabajador continúe prestando servicios para la empresa usuaria luego de transcurrido el referido plazo, este pasará a ser

trabajador de la nómina principal de la empresa usuaria manteniendo los años de servicios y beneficios sociales.

Art. Celebración del contrato de intermediación laboral. – Se podrán suscribir contratos laborales para la intermediación laboral de manera directa y bilateral entre empresas intermediadoras y trabajadores, siempre que las actividades a ser realizadas por los trabajadores no sean principales ni habituales de la empresa usuaria. El contrato deberá ser por escrito y deberá contar con su registro y autorización del Ministerio de Trabajo; su vigencia será de un año prorrogable por otro año igual, y en caso de que el trabajador luego de haber transcurrido dicho plazo continúe prestando sus servicios, este pasará a la nómina principal de la empresa usuaria manteniendo los años de servicios y beneficios sociales.

Art. Jornada de trabajo de la tercerización de servicios e intermediación laboral. – La empresa usuaria establecerá la jornada de trabajo conforme a lo dispuesto por el artículo 47 del Código de Trabajo, el trabajador se obliga a laborar las jornadas de trabajo, en los máximos diarios y semanales, en los horarios requeridos por la empresa usuaria de acuerdo con las necesidades y actividades. Así mismo, las partes podrán convenir que, el trabajador labore tiempo extraordinario y suplementario cuando las circunstancias lo ameriten, previa orden escrita de la empresa usuaria y con los recargos correspondientes.

Art. Entidad encargada del control para la tercerización de servicios e intermediación laboral. – El trabajador tercerizado o intermediado estará dirigido y supervisado por las Unidades o Departamentos de Talento Humano de la empresa usuaria, sin embargo, mantendrá su relación de dependencia con la empresa tercerizadora o intermediadora.

Art. Del pago de la Remuneración en la tercerización de servicios e intermediación laboral– La empresa usuaria deberá transferir los valores a ser cancelados al trabajador tercerizado e intermediado a la empresa tercerizadora de servicios o intermediaria, para que, a

través de esta, se ejecute el pago de los haberes que correspondan al trabajador, que no podrán ser menores a la remuneración básica unificada o sectorial según la actividad o categoría a la que corresponda.

Art. SEGUNDO. – A continuación del artículo 42 del Código del Trabajo, agréguese:

Art. Obligación de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. – Las empresas tercerizadoras de servicios e intermediadoras, tienen la obligación de afiliarse a cada uno de los trabajadores contratados bajo estas modalidades, por lo que, en caso de incumplimiento la empresa usuaria será solidariamente responsable de todo aquello que adeudase la empresa tercerizadora de servicios e intermediadora por este concepto.

Art. Obligación de rendir caución de las empresas dedicadas a la tercerización e intermediación laboral. - Las empresas dedicadas a la tercerización de servicios e intermediación laboral, deberán contar con una póliza de cumplimiento de obligaciones laborales y/o consignación al Ministerio del Trabajo para el ejercicio de actividades, constituyendo una garantía respecto de los trabajadores contratados bajo estas modalidades, la cual será ejecutada en caso de despido intempestivo o por haber valores pendientes de pago al trabajador por cualquier concepto.

El valor por asegurar y/o consignar será de tres salarios básicos unificados por cada trabajador contratado; si el trabajador tuviese más de dos años de prestación de servicios o más, al ser asumido por la empresa o persona usuaria de sus servicios o na vez terminada la relación laboral, en caso de no producirse reclamos por parte del trabajador en el plazo de un mes, el Ministerio del Trabajo procederá a devolver la póliza y/o valores consignados en favor del empleador.

La póliza de cumplimiento de obligaciones y/o consignación de valores deberá encontrarse en vigencia por todo el tiempo que dure la relación laboral y deberá ser emitida hasta 30 días después de haber iniciado la relación laboral con el trabajador tercerizado o intermediado.

Art. Empresas obligadas a llevar registro y declaración mensual de planilla de trabajadores. – Las empresas dedicadas a la tercerización de servicios e intermediación laboral, tendrán la obligación de llevar un registro detallado por cada trabajador contratado bajo estas modalidades, el cual deberá ser reportado al Ministerio del Trabajo de manera mensual mediante el sistema SUT.

Art. Empresas obligadas a realizar declaración semestral de los roles de pago. – Las empresas tercerizadoras de servicios e intermediación laboral, deberán presentar de manera semestral al Ministerio del Trabajo un reporte, en donde consten los roles de pago/comprobantes de pago de las remuneraciones mensuales del trabajador y el consolidado del IESS por trabajador.

Art. Pago de utilidades. – Referente al pago de las utilidades de trabajadores tercerizados e intermediados, se estará a lo dispuesto por el artículo 100 del Código de Trabajo, referente a las utilidades de los trabajadores de actividades complementarias.

Art. Fondo de reserva. – Con relación al pago del derecho a fondo de reserva, las empresas estarán sujetas de lo dispuesto en el artículo 196 del Código de Trabajo.

Art. Prohibición para las empresas tercerizadoras de servicios e intermediadoras. – Las empresas usuarias y las tercerizadoras de servicios e intermediación laboral, no podrán ser entre sí matrices, filiales, subsidiarias ni relacionadas, como tampoco tener participación societaria de ninguna clase.

Art. Vinculación. – En caso de declararse vía administrativa la existencia de algún vínculo entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora o intermediadora, la empresa usuaria, así como la tercerizadora o intermediadora serán sancionadas con una multa de 500 SBU.

La declaratoria será resuelta por la autoridad administrativa del Ministerio de Trabajo, previa verificación de tal hecho sea de oficio o por la presentación de denuncia. En todo caso, la resolución será adoptada en audiencia pública, observándose las garantías constitucionales.

Art. TERCERO. - A continuación del artículo 220 del Código del Trabajo, agréguese:

Art. Asociación a la que pertenece y con la que debe celebrarse el contrato colectivo. – Los trabajadores tercerizados o intermediados podrán ser considerados en la empresa usuaria o por la empresa tercerizadora o intermediaria, para la constitución de la organización laboral y/o celebración del contrato colectivo. En caso de que en la empresa tercerizadora o intermediadora no tenga contrato colectivo, el trabajador podrá ser amparado de los beneficios del contrato colectivo existente en la empresa usuaria en caso de haberlo.

Art. CUARTO. - A continuación del artículo 617 del Código del Trabajo, agréguese:

Art. Procedimiento en caso de infracciones a las normas del Código del Trabajo. – Este procedimiento tiene como finalidad conocer y resolver las controversias que surjan entre el Trabajador y el Empleador, siendo competente el Inspector del Trabajo de acuerdo con la circunscripción territorial del lugar en el que suscribió el contrato de trabajo o se prestó el servicio, para lo cual se deberá dar cumplimiento al siguiente procedimiento y en todo lo no previsto en el, se aplicarán las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos de manera supletoria.

Art. De la denuncia y su contenido. – La denuncia será dirigida al Inspector del trabajo y deberá reunir los siguientes requisitos:

1. La determinación de la autoridad del trabajo ante quien se interpone la denuncia;
2. Nombres y apellidos completos, numero de cedula de identidad, ciudadanía o pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica del denunciante. En caso de ser personas jurídicas, se deberá indicar la razón social de la entidad, numero del registro único de contribuyentes, y los datos del representante legal, apoderado o procurador;
3. Indicar los nombres completos, cédula de identidad, ciudadanía o pasaporte de la persona natural o jurídica respecto de la cual presenta la denuncia;
4. Designación del lugar en el que deberá realizarse la notificación de la persona denunciada, además de la dirección electrónica en caso de conocerla. Sin embargo, para la notificación se hará de acuerdo con los artículos del Código Orgánico General de Procesos respecto de la citación de la demanda;
5. Narración de los hechos que fundamentarían la denuncia;
6. Será opcional establecer los fundamentos jurídicos sobre los que se argumenta la denuncia. En caso de mencionarse artículos establecidos dentro del Reglamento Interno de Trabajo, será obligatorio su determinación y presentación del instrumento;
7. Anuncio y medios de prueba que se dispongan para el caso, lo cual se hará de acuerdo con las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos referente a las pruebas;
8. Pretensión de la denuncia; y,
9. Las firmas físicas o electrónicas del denunciante, su representante o apoderado.

Art. De los documentos que deberá acompañar a la denuncia. – Se adjuntarán:

1. Carta de autorización simple y cuando se actúe por medio de apoderado y/o procurador judicial, se requerirá el poder o procuración judicial en original o copia certificada emitida por notario público;

2. Copia de la cédula de identidad, pasaporte o documento de identidad del denunciante en caso de persona natural. Para personas jurídicas habilitantes que acrediten la representación legal de la institución y el Registro Único de Contribuyentes;
3. Croquis del lugar en el que deberá ser realizada la notificación; y,
4. Los medios de prueba con los que se disponga.

Art. De la notificación. - Una vez recibida la denuncia, el Inspector del Trabajo asignado por sorteo, avocará conocimiento del procedimiento, calificando la denuncia y ordenando la notificación dentro del término de 3 días. La notificación se hará en el lugar de trabajo o en el domicilio físico del denunciado, y se hará de manera personal, mediante boletas según el artículo 55 del COGEP o se hará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56 del COGEP. Con fines informativos se hará se notificará mediante la dirección electrónica señalada en la denuncia.

Art. De la contestación. – Una vez notificado con la denuncia el accionado, podrá presentar su contestación y fundamentar jurídicamente su defensa en el término de 2 días. La contestación deberá contener y seguir según como corresponda los requisitos establecidos para la presentación de la denuncia. Con la contestación o en rebeldía por la no contestación, la autoridad continuará con la sustanciación del proceso.

Art. De la audiencia. - Luego de receptada la contestación, la autoridad dentro del término de 5 días llamará a audiencia única a las partes, la cual se desarrollará en dos partes:

1. Etapa de Mediación: La autoridad motivará a que las partes de manera voluntaria puedan llegar a un acuerdo y poner fin a la controversia, con lo cual se ordenará el archivo. Sin embargo, en caso de haber un acuerdo parcial, se podrá elaborar un acta transaccional respecto de los acuerdos establecidos y dar continuidad al proceso respecto de lo no resuelto en esta etapa.

2. Etapa Investigativa: El inspector analizará la validez del proceso, otorgando oportunidad a las partes para que se pronuncien al respecto. Se concederá la palabra a las partes iniciando por el denunciante para que presente su defensa técnica, con lo cual deberá argumentar su petición y posteriormente se escuchará al denunciado. Concluida las intervenciones se ordenará la practica de las pruebas que hayan sido adjuntas y anunciadas; las partes podrán pronunciarse respecto de las pruebas de la contraparte, y por último las partes presentarán sus alegaciones finales. Una vez concluidas las intervenciones el inspector resolverá de manera oral la controversia en la misma audiencia. Su resolución motivada deberá ser notificada por escrito en el termino de tres días; de manera adicional en ese momento se elaborará un acta de la audiencia realizada.

Art. De la suspensión de la audiencia de investigación. – El Inspector del Trabajo podrá suspender la audiencia por el término de 3 días o según corresponda, únicamente en los siguientes casos:

1. Por acuerdo entre las partes;
2. Por causa de un caso fortuito o fuerza mayor debidamente justificado, que afecte la realización de la audiencia.
3. En los casos en que el inspector del trabajo de manera justificada requiera de una diligencia probatoria solicitada por una de las partes o esta sea requerida de oficio, debiendo considerar los criterios de pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba.

Reinstalada la audiencia, y una de las partes no compareciera, la misma continuará en rebeldía de la parte ausente y se dictará la resolución correspondiente.

Art. Impugnación de la resolución. - La resolución emitida por el Inspector del Trabajo, será apelable por la parte afectada ante el Director Regional del Trabajo y Servicio Público, el cual

resolverá en una sola audiencia; sin perjuicio de que dichas resoluciones puedan ser impugnadas por la parte afectada, conforme lo dispuesto en el artículo 183 del Código del Trabajo.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA:

Primera. – Derogase todas las disposiciones que sean contrarias a esta Ley orgánica para la protección de los derechos laborales reformativa al código de trabajo, contenidas en el Reglamento para la aplicación del Mandato Constituyente N. 8 que suprime de tercerización de servicios complementarios e intermediación laboral, del Decreto Ejecutivo N. 1121, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N. 353 de 05 de junio del 2008.

DISPOSICIÓN FINAL:

Única. – Esta ley, se entiende que entra en vigencia, luego de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en del Distrito Metropolitano de Quito, a los
.....

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Benalcazar, A. P. (2006). *Intermediación Laboral, Tercerización de Servicios y la Colocación de Personal*. Quito: Che.
- Borja, R. (1951). *Las constituciones del Ecuador*. Madrid: Ediciones Culturales Hispánica.
- Chávez, A. M. (2004). La Intermediación Laboral. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 188-189.
- Delgue, J. R. (2005). *La contratación atípica del Trabajador*. Uruguay: Amalio M. Fernández.
- Egas, J. Z. (1996). *Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador*. Guayaquil: Edino.
- Hernández, S. (2002). *Legislación Laboral ecuatoriana*. Guayaquil: Enciclopedia Internacional del Derecho.
- Hernández, S. (2005). *Contratación laboral por horas. análisis de las reformas al Código de Trabajo y de su reglamento*. Guayaquil: Poligráfica C.A.
- Hernández, S. (2006). *La Tercerización*. Guayaquil: Poligráfica C.A.
- Junco, J. E. (2017). Intermediación y Tercerización Laboral: Relaciones Contractuales y Cumplimiento de los Derechos Mínimos Laborales Irrenunciables del Trabajador. *JUSLABORAL* 8, 179.

- Lista, J. P. (2001). *Manual sobre derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras rurales*. Montevideo: OIT.
- Martínez, A. N. (2009). *Introducción al derecho laboral*. Distrito Federal: UNESLP.
- Moreno, Á. G. (2008). La deslaborización del derecho de la seguridad social y su autonomía con respecto del derecho laboral. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 211.
- Nolivos, I. (2006). *Tercerización no es intermediación laboral*. Quito: Mundo Laboral.
- Núñez, D. (2009). *El movimiento de los trabajadores contratistas de CODELCO : una experiencia innovadora de negociación colectiva* . Santiago de Chile: ICAL.
- Penagos, G. (2015). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería.
- Rivero, E. (2019). *El daño en el derecho administrativo*. Madrid: Juruá.
- Tafur, C. N. (2015). Desnaturalización de la Intermediación Laboral ¿Resulta determinante la Ejecución de Actividades Principales de la Empresa Usuaria? *Revista de Investigación Jurídica* , 10.
- Torres, J. O. (1986). *Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo* (Vol. XX). Bogotá, Colombia: Temis.
- Torres, G. C. (2009). *Diccionario Jurídico Elemental*. Madrid: Editorial Heliasta S.R.L.
- Toyama, J. (2017). Tendencias, Terceización e Intermediación. *Revista Pontificia Universidad Católica del Peru*, 12.
- Colegio de Contadores Públicos de México. (9 de Noviembre de 2016). *El Outsourcing en México: pasado, presente y ¿futuro?*. Obtenido de

<https://www.ccpm.org.mx/avisos/El%20-outsourcing-%20en%20mexico-noviembre-2016-puntos-finos.pdf>

Derecho y Cambio Social. (15 de Agosto de 2007). *Intermediación Laboral, Outsourcing y Downsizing*. Obtenido de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista011/intermediacion%20laboral.htm>

Repositorio de la Universidad Autónoma de Barcelona. (28 de Julio de 2015). *Significado del Trabajo y Sentido de la Profesión*. Obtenido de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/313236/mprc1de1.pdf;sequence=1>

Repositorio de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. (30 de Enero de 2016). La denuncia por agravio laboral en instancia. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/5839/1/T-UCSG-POS-MDP-60.pdf>

Repositorio Universidad Andina Simón Bolívar. (16 de Julio de 2010). *Regresión laboral en el Ecuador y sus consecuencias: gobierno de Rafael Correa*. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/951/1/DDHH-Inf-15-Cano-Regresi%c3%b3n%20laboral%20en%20el%20Ecuador.pdf>

Repositorio de la Universidad de los Andes. (11 de Julio de 2016). *La Intermediación Laboral y las Agencias de Colocación de Personal en el Ecuador*. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/4724/1/PIUAMDL001-2016.pdf>

Repositorio de la Universidad Nacional de Trujillo. (14 de Septiembre de 2019). Responsabilidad en las Obligaciones Derivadas de las Actividades de Intermediación Laboral. Obtenido de <http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/4685/TESIS%20MAESTRIA%20->

%20JOSE%20ANTONIO%20FABIAN%20MUNCIBAY.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Repositorio de la Universidad de San Francisco de Quito. (10 de Diciembre de 2015). Los efectos del condicionamiento del plazo de un contrato de trabajo a la duración de un contrato de servicios complementarios en base al artículo 169 numeral 3ero del Código de Trabajo. Obtenido de <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/4918/1/122665.pdf>

Revista de Derecho de la Pontificia de la Universidad Católica de Perú. (20 de Abril de 2017). Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias. Obtenido de [file:///Users/roxanalinaresbriceno/Downloads/17332-Texto%20del%20arti%CC%81culo-68799-1-10-20170502%20\(1\).pdf](file:///Users/roxanalinaresbriceno/Downloads/17332-Texto%20del%20arti%CC%81culo-68799-1-10-20170502%20(1).pdf)

Programa de Políticas Públicas - FLACSO. (21 de Octubre de 2008). Actuar en mundos Plurales. Obtenido de http://www.flacso.org.ec/docs/boletinpp_1_2.pdf

APÉNDICE A**Entrevista:**

Fecha: _____ Cargo: Inspector del Ministerio de Trabajo.

1.- Considera usted que los modos de contratación laboral por Tercerización de Servicios, y la Intermediación laboral, ¿son modos de contratación laboral que generan precarización al trabajador?

SI ()

NO ()

2.- ¿Cree usted que existen otros modos de contratación laboral vigentes, que producen precarización laboral?

SI ()

NO ()

3.- ¿Considera usted que, ha aumentado los trabajadores en informalidad, luego de haberse eliminado los modos de contratación de la tercerización e intermediación?

SI ()

NO ()

4.- ¿Piensa usted que debe presentarse un proyecto de reforma al Código de Trabajo, referente a los modos de contratación laboral?

SI ()

NO ()

5.- ¿Considera usted, que el Código de Trabajo debería incluir a la tercerización e intermediación laboral como modos de contratación y establecer controles?

SI ()

NO ()

6.- ¿Qué tan eficiente y eficaz considera usted que es la instancia administrativa laboral?

Mucho ()

Poco ()

7.- ¿Considera que existe un procedimiento administrativo laboral especial para conocer y resolver las controversias entre los trabajadores y empleadores?

SI ()

NO ()

8.- ¿Considera usted que el Código de Trabajo debería establecer un procedimiento especial para tramitar denuncias?

SI ()

NO ()

9.- ¿Cree usted que las sanciones determinadas en el Código de Trabajo y Acuerdos Ministeriales, respecto del incumplimiento de las obligaciones patronales son razonales y suficientes?

SI ()

NO ()

10.- ¿Considera usted que, con el procedimiento actual, precautelan los derechos del trabajador y se resarce al mismo en caso de vulneración?

SI ()

NO ()



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT

Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Linares Briceño Roxana Andreina, con C.C: # 0961622412 autor(a) del trabajo de titulación: *La tercerización e intermediación, la empresa fuera de la empresa, y su controversia en la instancia administrativa en el derecho laboral* previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 01 de septiembre de 2021

f. _____
Nombre: Linares Briceño Roxana Andreina
C.C: 0961622412



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

| | | |
|---|--|---|
| TÍTULO Y SUBTÍTULO: | La tercerización e intermediación, la empresa fuera de la empresa, y su controversia en la instancia administrativa en el derecho laboral. | |
| AUTOR(ES) (apellidos/nombres): | Linares Briceño, Roxana Andreina | |
| REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres): | De La Pared Darquea, Jhonny Dagoberto | |
| INSTITUCIÓN: | Universidad Católica Santiago de Guayaquil | |
| UNIDAD/FACULTAD: | Sistema de Posgrado | |
| MAESTRÍA/ESPECIALIDAD: | Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal | |
| GRADO OBTENIDO: | Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal | |
| FECHA DE PUBLICACIÓN: | 26 julio del 2021 | No. DE PÁGINAS: 117 |
| ÁREAS TEMÁTICAS: | Derecho Procesal Laboral y Administrativo Laboral | |
| PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS: | Tercerización laboral, intermediación, instancia administrativa, aplicación y control administrativo. | |
| RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): | | |
| <p>El presente trabajo está enfocado en realizar una investigación acerca de cómo crear una empresa digital que se dedique a la capacitación y certificación online. Se detalla que es una capacitación y los diferentes métodos para poder impartirla, se ha realizado un estudio de mercado para determinar a qué segmento de la población va a estar enfocado este negocio, cuales son los valores que se van a percibir por una determinada capacitación, todo soportado mediante encuestas y entrevistas realizadas, donde las personas se inclinan por cual metodología le parece la más acertada a la hora de recibir un curso, que costos estarían dispuestos a asumir, horarios a participar, tipo de capacitación, etc. Con toda esta información pudimos obtener cuales serían nuestras oportunidades, debilidades, amenazas y fortalezas para que el proyecto se pueda desarrollar y concluir exitosamente. Todo esto se ve plasmado en un trabajo técnico, en el cual se realiza un Sitio Web, donde se muestran promociones, capacitaciones, metodologías y demás a las cuales el público en general puede acceder.</p> | | |
| ADJUNTO PDF: | <input checked="" type="checkbox"/> SI | <input type="checkbox"/> NO |
| CONTACTO CON AUTOR/ES: | Teléfono: 0992807161 | E-mail: linaresroxana.ab@gmail.com |
| CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN: | Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando | |
| | Teléfono: 0992854967 | |
| | E-mail: ing.obandoo@hotmail.com | |
| SECCIÓN PARA USO DE LA BIBLIOTECA: | | |
| Nº. DE REGISTRO (en base a datos): | | |
| Nº. DE CLASIFICACIÓN: | | |
| DIRECCIÓN URL (tesis en la web): | | |