

# LA ACTIVIDAD DE TERCERIZACIÓN LABORAL



Por: Dr. Andrés Cordero

El proceso de tercerización desde su creación y hasta la actualidad ha sido objeto de fuertes críticas, principalmente por parte de los representantes de los sindicatos de trabajadores, quienes se convirtieron en los más acérrimos detractores de esta figura jurídica, la que a su criterio vino a romper entre muchas otras garantías, el derecho fundamental que tienen los trabajadores a formar asociaciones sindicales, pues el Código del Trabajo en su Art. 466 señala que: *“Constitución del comité de empresa.- En toda empresa que cuente con treinta trabajadores o más, podrá organizarse un comité de empresa, observándose las normas siguientes:*

*1a.- Para que se considere constituido el comité de empresa es necesario que participen en la junta constituyente el número de trabajadores señalado en el Art. 459.*

Art. 459 inciso tercero *“Para organizar un comité de empresa, la asamblea deberá estar constituida por más del cincuenta por ciento de los trabajadores, pero en ningún caso podrá constituirse con un número inferior a treinta trabajadores.”*

Las normas citadas establecen con claridad que el número mínimo de trabajadores necesarios para constituir un comité de empresa es de 30, cantidad que en muchos casos no se cumplía, pues las empresas usuarias celebraban contratos de trabajo hasta 29 trabajadores y el resto del

---

**Estas circunstancias entre muchas otras obligaron al gobierno del ex Presidente Lucio Gutiérrez y al actual, a dictar reformas a la insipiente legislación que existía sobre las actividades de tercerización...**

---

personal que laboraba en sus instalaciones, era contratado por intermedio de una empresa tercerizadora, impidiendo así llegar al mínimo de trabajadores requeridos para constituir una organización sindical

Por otra parte se cuestionó mucho el hecho de que los trabajadores que estaban siendo contratados bajo esta modalidad, no tenían estabilidad, pues se los rotaba de una empresa tercerizadora a otra, ya que su relación con estas empresas se configuraba mediante contratos eventuales a 180 días o mediante contratos a plazo fijo a un año, contratos estos que una vez terminados, se los volvía a celebrar con otra empresa tercerizadora y así indefinidamente, lo que determinaba que los trabajadores nunca sean trabajadores a tiempo indefinido y consecuentemente no tengan una verdadera estabilidad laboral, hecho que se reflejó de forma absoluta cuando el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) resolvió la devolución de los Fondos de Reserva de los trabajadores y

resultaba que pese a que un trabajador se encontraba prestando sus servicios por diez años en una misma empresa, por citar un ejemplo, sin embargo no tenía un solo centavo por éste concepto, pues en esos diez años había tenido múltiples contratos con diferentes empresas tercerizadoras, consecuentemente había tenido muchos patronos distintos, por lo que no cumplía con lo dispuesto en el Art. 196 del Código del Trabajo que señala: *“Derecho al fondo de reserva.- Todo trabajador que preste servicios por más de un año tiene derecho a que el empleador le abone una suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de sus servicios. Estas sumas constituirán su fondo de reserva o trabajo capitalizado”*. norma clara y mediante la cual existía un sustento legal para que esta situación se produzca.

Otra de las críticas fue el derecho a las utilidades que tenían los trabajadores tercerizados, pues el Código de Trabajo señala en su Art.

100: *“Utilidades para trabajadores de contratistas o intermediarios.- Los trabajadores que presten sus servicios a órdenes de contratistas o intermediarios, incluyendo a aquellos que desempeñen labores discontinuas, participarán en las utilidades de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio.*

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

*No se aplicará lo prescrito en los incisos precedentes, cuando se trate de contratistas o intermediarios no vinculados de ninguna manera con el beneficiario del servicio, vale decir, de aquellos que tengan su propia infraestructura física, administrativa y financiera, totalmente independiente de quien en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio, y que por tal razón proporcionen el servicio de intermediación a varias personas, naturales o jurídicas no relacionados entre sí por ningún medio. De comprobarse vinculación, se procederá en la forma prescrita en los incisos anteriores”.*

Situación que repercutía sustancialmente en el ánimo de los trabajadores, ya que se creaban diferencias entre el personal que labora en una

misma empresa, en una misma sección y en un mismo cargo, pues aquel que estaba contratado directamente por la empresa usuaria, al final del año tenía utilidades significativas, que en muchos casos alcanzaban sumas de diez mil dólares; y, el otro que era contratado por una tercerizadora, recibía utilidades irrisorias de cincuenta dólares, es lógico que las utilidades que generan una de estas empresas no son iguales a las que produce una empresa industrial.

Estas circunstancias entre muchas otras obligaron al gobierno del ex Presidente Lucio Gutiérrez y al actual, a dictar reformas a la insipiente legislación que existía sobre las actividades de tercerización, y hace pocos días a dictar una ley denominada LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DEL TRABAJO MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LA DE TERCEORIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, sobre la cual realizaré un breve análisis de algunos de los artículos que a mi criterio considero más trascendentes, para las empresas usuarias.

El Art. 1 de una vez por todas realiza un diferenciación entre lo que es Intermediación laboral y tercerización:

*“Art...(1).- Definiciones.-*

*a) Intermediación Laboral.- Se denomina intermediación laboral a aquella actividad*



*consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona natural o jurídica llamada usuaria que determina sus tareas y supervisa su ejecución.*

*b) Tercerización de Servicios Complementarios.- Se denomina tercerización de servicios complementarios, a la que realiza una persona jurídica constituida de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa. La relación laboral operará exclusivamente entre la empresa tercerizadora de servicios comple-*





*mentarios y el personal por ésta contratado en los términos de la Constitución y la ley.*

*Constituyen actividades complementarias de la usuaria, las de vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y otras actividades de apoyo que tengan aquel carácter.”*

Es decir, lo que hasta antes de esta ley se conocía en términos generales como tercerización, hoy es claramente definido y diferenciado, determinándose explícitamente que en lo posterior no podrá contratarse ningún trabajador mediante un empresa

tercerizadora para realizar trabajos relacionados con la labor habitual de la empresa, pues sólo serviría para servicios complementarios, mientras que si se podrá contratar personal a través de empresas de intermediación laboral para realizar todas las actividades de la usuaria y que sea esta la que supervise sus tareas y supervise su ejecución, existiendo limitaciones como la prohibición de contratar a menores de 18 años de edad bajo el régimen de intermediación laboral o tercerización de servicios complementarios.

Las empresas que quieran dedicarse a la intermediación y a la tercerización tendrán que reunir los siguientes requisitos:

- Disponer de infraestructura física y de estructura organizacional, administrativa y financiera que garantice cumplir eficazmente con las obligaciones que asume dentro de su objeto social.
- Tener un objeto social exclusivo de intermediación laboral o de tercerización

- Un capital mínimo de DIEZ MIL DÓLARES
- Contar con la autorización del Ministerio de Trabajo
- No podrá existir ningún tipo de vinculación con las empresas usuarias
- Ser una sociedad sometida al control de la Superintendencia de Compañías

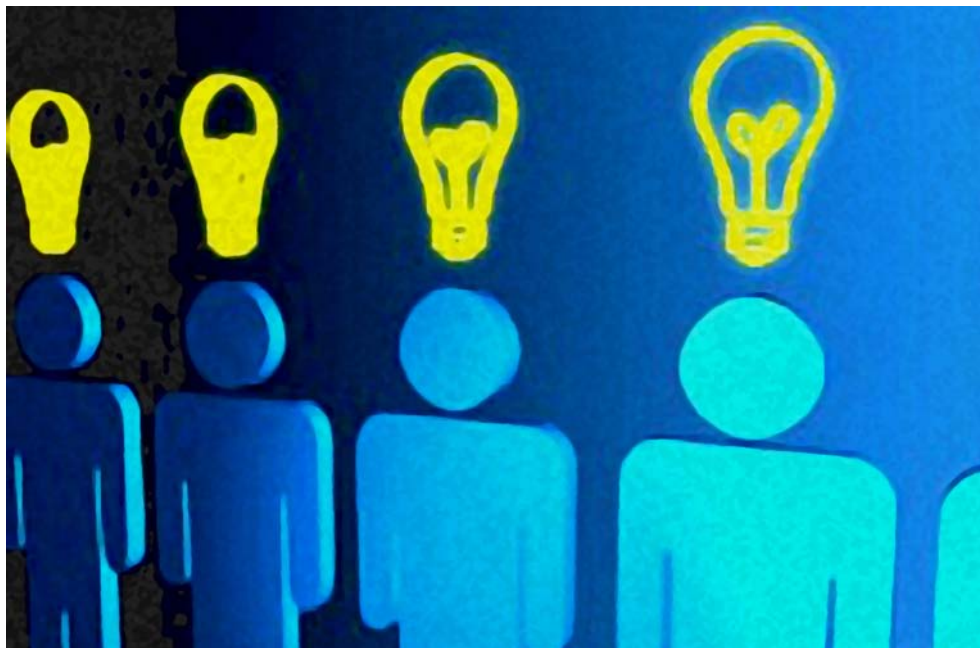
*Las personas naturales no podrán prestar servicios de intermediación laboral ni de tercerización de servicios complementarios, excepto en los sectores de la construcción y agrícola en los cuales si podrán hacerlo Art. 3.*

- Para las empresas de Intermediación es obligatorio la existencia de un contrato mercantil escrito con la usuaria y de un contrato de trabajo celebrado por escrito entre la empresa de intermediación laboral y cada uno de los trabajadores intermediados, además conforme lo establece el inciso segundo del Art. 14 de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo Mediante el cual se re-

---

**Se denomina intermediación laboral a aquella actividad consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona natural o jurídica llamada usuaria que determina sus tareas y supervisa su ejecución.**

---



**Las empresas de tercerización requerirán de la suscripción de un contrato de tercerización de servicios complementarios entre la empresa prestadora del servicio y la usuaria, en el cual se establecerá la actividad complementaria del proceso productivo desarrollada mediante la tercerización de servicios complementarios.**

gula la actividad de intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios *“la usuaria está obligada a entregar a la empresa de intermediación los reglamentos: interno del trabajo; y, de higiene y seguridad, aprobados por las Direcciones Regionales del Trabajo, a la firma del contrato mercantil, al amparo de lo señalado en los Arts. 64 y 434 del Código del Trabajo”*-

- Las empresas de tercerización requerirán de la

suscripción de un contrato de tercerización de servicios complementarios entre la empresa prestadora del servicio y la usuaria del mismo, en el cual se establecerá expresamente la actividad complementaria del proceso productivo que se desarrollará mediante la tercerización de servicios complementarios.

Respecto al contrato mercantil de intermediación laboral el Art. 6 señala que su duración será la que acuerden libremente las partes y

que *“La terminación del contrato mercantil de intermediación laboral, causará la extinción de la relación de trabajo que vincula a la empresa que presta dichos servicios de intermediación con sus respectivos trabajadores que laboren en la usuaria”*, norma que genera una nueva causa de terminación de la relación laboral adicional a las establecidas en el Art. 169 del Código del Trabajo y que nuevamente da lugar a la posibilidad de que los trabajadores no tengan la estabilidad que desean; el Art. 7 por su parte señala que *“el contrato de trabajo que se suscriba entre la compañía de intermediación laboral y cada uno de los trabajadores intermediados, será por el plazo de duración del contrato mercantil de intermediación laboral celebrado con la usuaria, a menos que las partes acordaren un plazo diferente y deberá efectuarse bajo cualquiera de las modalidades previstas en el Código del Trabajo”*, brindando la posibilidad de que los contratos de trabajo duren o un tiempo igual al mercantil o un tiempo diferente que establezcan las partes, pudiendo inclusive celebrar un contrato por horas.

El Art. 8 dispone que: *“el número máximo de trabajadores que una usuaria puede mantener bajo el sistema de intermediación laboral, no excederá del cincuenta por ciento (50%) del total de los trabajadores que ésta requiera contratar para su operación y funcionamiento.*

**El porcentaje señalado no se aplica a las instituciones del Estado, pues estas tienen la posibilidad de intermediar el 100% de su personal circunstancia que viola el principio de igual y que a mi criterio es inconstitucional.**

*El porcentaje señalado no se aplicará en el caso de iniciación de un primer período de actividades en usuarias nuevas, período que no podrá exceder de doscientos setenta (260) días contados desde la fecha de inscripción en el Registro Mercantil en el caso de personas jurídicas y, de suscripción del primer contrato de trabajo en el caso de personas naturales, cualquiera sea la modalidad de éste; y, tampoco se aplicará en el caso de instituciones del Estado, actividades agrícolas y actividades productivas que estén sujetas a una o varias cosechas anuales de materia prima y la actividad de la construcción. En las actividades agrícolas y de la construcción, no podrán ser objeto de intermediación laboral ni tercerización de servicios complementarios los puestos de trabajo de los trabajadores que a la fecha de expedición de esta Ley, gozan de contratos por*

*tiempo indefinido o labores de naturaleza estable o permanente y los de confianza comprendidos en el Art. 36 del Código del Trabajo”.*

El porcentaje señalado no se aplica a las instituciones del Estado, pues estas tienen la posibilidad de intermediar el 100% de su personal circunstancia que viola el principio de igual y que a mi criterio es inconstitucional.

Considero, de suma importancia, referirme a los casos en los que está restringido contratar a través de la intermediación laboral, para lo cual analizaré una a una las prohibiciones señaladas en el Art. 9.

*“Art...(9).- Casos en los que se prohíbe contratar a través de intermediación laboral.- Ninguna persona natural o jurídica podrá recurrir a la contratación de empresas de interme-*

*diación laboral en los siguientes casos:*

*a) Para la realización de trabajos que, por su especial peligrosidad para la salud y seguridad, requieran de destrezas y capacitación especiales, cuando en la usuaria no exista el Reglamento de Higiene y Seguridad aprobado por la dependencia correspondiente del Ministerio de Trabajo y Empleo;*

De acuerdo a lo dispuesto las empresas usuarias deberán tener un Reglamento de Higiene y Seguridad aprobado por la dependencia correspondiente del Ministerio de Trabajo y Empleo, para este tipo de trabajos si es que desean contratar para estas actividades personal intermediado.

*b) Para contratar como intermediado a quien se encuentre en actual relación de dependencia, prestando servicios como trabajador estable y permanente, si para contratarlo como intermediado, éste fuere desvinculado por cualquier medio;*

Excluye la posibilidad de pasar a un trabajador que este contratado por una usuaria a tiempo indefinido a un contrato mediante una





intermediaria, hay que tener en cuenta que la norma señala claramente que si para contratarlo como intermediado, éste fuere desvinculado por cualquier medio; estableciendo que inclusive de existir un finiquito legalmente celebrado con un trabajador, éste no puede ser contratado por una intermediadora para que preste servicios en la usuaria de la cual fue desvinculado.

- c) *Para rotar trabajadores entre compañías intermediarias que presten servicios de intermediación laboral a una usuaria, salvo que ésta terminare la relación contractual mercantil con la intermediaria y optare por contratar con otra empresa intermediaria, manteniendo a los mismos trabajadores; y,*

En virtud de lo expuesto en este literal, no es posible que se pueda rotar a trabajadores entre compañías intermediarias que presten servicios de intermediación laboral a una usuaria, pero no excluye la posibilidad de rotar a los trabajadores entre otras intermediadoras que no se encuentren prestando servicios para esta usuaria, siempre y cuando las empresas intermediarias no sean vinculadas entre sí, conforme lo dicta la

disposición general sexta de esta ley dice:

*“SEXTA.- Prohíbese que empresas intermediarias vinculadas entre sí, contraten con una misma usuaria en un período no menor de una año empleando a los mismos trabajadores y haciendo que éstos roten entre esas intermediarias vinculadas.*

*Se prohíbe también que tales trabajadores roten entre las intermediarias que simultáneamente prestan servicios para la misma usuaria, si aquello afectare sus derechos consagrados en la Constitución Política de la República, los Convenios de la OIT ratificados por el Ecuador, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables. De detectarse este hecho o que tales empresas se hallen incurso en la prohibición que se determina afectando los derechos de los trabajadores, serán sancionadas con la revocatoria definitiva e inmediata de la autorización de funcionamiento y los trabajadores intermediados pasarán a depender directamente de la usuaria como trabajadores estables y permanentes”.*

- d) Para desempeñar las funciones determinadas en el Art. 36 del Código de Trabajo.

*Art. 36.- Representantes de los*

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

En tal virtud no se podrán contratar supervisores, jefes departamentales, supervisores y en general personal que ejerza funciones de dirección y administración, a través de una empresa intermediadora.

Hay que recalcar que con relación a los trabajadores tercerizados o intermediados, las empresas usuarias son solidariamente responsables, pues así lo señala Art.35 N. 11 de la Constitución Política: *“sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo, y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio, es responsable solidaria del cumplimiento de las leyes sociales, aunque el contrato de trabajo se efectúe por intermediario.*

Disposición que es transcrita en el Art. 19 de esta Ley con el Subtítulo Responsabilidad Solidaria.- y que en su parte final añade lo siguiente: *“Por tanto el trabajador interme-*



*diado podrá reclamar sus derechos en forma solidaria a los representantes legales y administradores de la empresa intermediaria y/o de la usuaria, por los derechos que representan y por sus propios derechos.*

*La usuaria ejercerá el derecho de repetición para recuperar lo asumido o pagado por ésta a nombre de la intermediaria laboral por efecto de la responsabilidad solidaria”.*

*dores de la usuaria, en las mismas condiciones”.*

En tal virtud las empresas usuarias están obligadas a prestar los servicios que hasta ahora eran ofrecidos sólo para los trabajadores contratados directamente y que evidentemente generarían un costo adicional para las empresas usuarias, sin embargo esta disposición es ambigua al determinar que tipo de servicios son los que

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

*Art. (17).-“Prohibición de vinculación entre la usuaria y la empresa de intermediación laboral.- Las empresas de intermediación laboral y las usuarias no pueden entre sí, ser matrices, filiales, subsidiarias ni relacionadas, ni tener participación o relación societaria de ningún tipo. Hecho que debe acreditarse mediante una declaración juramentada que determine esta circunstancia, suscrita por los representantes legales de las empresas que suscriben el contrato y otorgada ante notario o juez competente.*

---

**...las empresas usuarias están obligadas a prestar los servicios que hasta ahora eran ofrecidos sólo a los trabajadores contratados directamente y que evidentemente generarían un costo adicional para las empresas usuarias,...**

---

Con relación a los derechos que tienen los trabajadores intermediados frente a la usuaria, esta ley introduce un cambio significativo, pues en su Art. 15 señala que: “A más de los derechos consagrados en la Constitución Política de la República y en la ley.

*Los trabajadores Intermediados el desempeño de sus labores, tendrán derecho a hacer uso de los medios de transporte así como de las instalaciones y servicios con los que cuente la usuaria tales como comedores, atención médica y otros que se encuentren a disposición de los demás trabaja-*

se tendrán que brindar en las mismas condiciones a los trabajadores intermediados, puesto que se limita a señalar: “comedores, atención médica y otros”, ¿qué se entienden por otros?, en este caso será la interpretación de los Inspectores del Trabajo y los Jueces los que determinen su alcance, igualmente habrá que considerar que en aquellas empresas que tengan contratos colectivos en los que se han establecido otros beneficios como guardiana, comisariato, club social etc. Es importante señalar que Nuestra Constitución Política en su Art. 35 N. 6 señala: “En

*Cuando se presuma la existencia de vinculación, el Ministerio de Trabajo y Empleo, solicitará toda la información que requiera a la Superintendencia de Compañías, Servicio de Rentas Internas, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y otras instituciones.*

*Se establece vinculación cuando la información que proporcionen dichas entidades determinen que el usuario y la compañía intermediaria, sus socios o accionistas comparten societariamente intereses, patrimonio o administración financiero-contable, en uno o más de estos casos.*

*La usuaria del sector privado que contrate a una persona natural o jurídica, vinculada pa-*





*ra el ejercicio de la intermediación laboral, asumirá a los trabajadores como su personal de manera directa y será considerada para todos los efectos como empleador del trabajador, vínculo que se registrará por las normas del Código del Trabajo. Además, será sancionada con una multa de seis (6) remuneraciones básicas mínimas unificadas. Estas sanciones serán impuestas por los Directores Regionales de Trabajo e incorporadas al registro antes mencionado. En los lugares donde no haya Direcciones Regionales, los inspectores del trabajo una vez conocida la infracción, remitirán en el término de 48 horas, la información a las Direcciones Regionales de Trabajo de la respectiva jurisdicción para la imposición de las respectivas sanciones”.*

Se establece, con mayor rigurosidad sanciones, si se demuestra cualquier tipo de vinculación entre la empresa usuaria y la intermediadora, ya que, todos los trabajadores contratados por una intermediadora pasaran a ser directamente contratados por la usuaria, además de una multa de 6 remuneraciones básica unificadas, a más de acciones penales en contra del Representante Legal de la empresa usuaria, quien deberá rendir una declaración juramentada en la que manifieste que entre la empresa usuaria y la intermediadora no son matrices, filiales, subsidiarias ni relacionadas, ni tener participación o relación societaria de ningún tipo

Con relación al Fondo de Reserva esta ley señala: *“Para el caso de los aportes del fondo de reserva de los trabajadores tercerizados o intermediados, las empresas intermediarias o tercerizadoras de servicios complementarios, se sujetarán al trámite y procedimiento previsto en el Art. 149 de la Ley de Seguridad Social. El que señala: “que cualquiera que fuese el tiempo de aseguramiento de los trabajadores de la construcción, el empleador estará obligado a remitir al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, junto con las demás aportaciones mensuales, el valor equivalente a la doceava parte del salario percibido por el trabajador, por conceptos de fondos de reserva que el IESS acreditará a los trabajadores de la construcción”.*

Es decir los trabajadores tercerizados o intermediados tendrán derecho a Fondos de reserva desde el primer día de trabajo.

Sobre las utilidades de los trabajadores intermediados y tercerizados esta ley en su disposición General Undécima regula lo siguiente:

*“UNDÉCIMA.- En aplicación de las normas y garantías laborales determinadas en el Art. 35 de la Constitución Política de la República, especialmente las previstas en los numerales 3, 4, 6, 8 y 11, y conforme el mandato del Art. 100 del Código del Trabajo, los trabajadores intermediados participarán del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas usuarias, en cuyo provecho se realizó la obra o se prestó el servicio como parte del proceso de actividad productiva de éstas. El ejercicio de este derecho de los trabajadores intermediados, será reglamentado por el Presidente de la República.*

*Si las utilidades de la intermediaria fueren superiores a las de la usuaria, el trabajador sólo percibirá estas.*

*En el caso de tercerización de servicios complementarios, el pago de utilidades corresponderá a la empresa tercerizadora”.*

Hasta ahora, los trabajadores que prestaban servicios me-

---

**Hasta ahora, los trabajadores que prestaban servicios mediante una empresa tercerizadora, tenían derecho a percibir utilidades que estas generen y no las de la empresa usuaria, en lo posterior las utilidades de las empresas usuarias tendrán que cancelarse a todos los trabajadores, sean contratados directamente o por medio de una empresa intermediaria**

---

dante una empresa tercerizadora, tenían derecho a percibir las utilidades que estas generen y no las de la empresa usuaria, en lo posterior las utilidades que se generen en las empresas usuarias tendrán que cancelarse a todos los trabajadores, sean contratados directamente o por medio de una empresa intermediaria, si son contratados por una tercerizadora las utilidades serán canceladas por esta, vale la pena recalcar que se podrá contratar con empresas tercerizadoras sólo para servicios complementarios como: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, mantenimiento, limpieza y otras actividades de apoyo que tengan aquel carácter.

El Gobierno está trabajando en un reglamento a esta ley, el que esperamos se dicte lo más pronto posible, y permita regular situaciones que no están definidas con claridad,

sin embargo es indudable que los beneficios que ofertaban las antes llamadas empresas de tercerización se han visto reducidos, en tal virtud cabe preguntarse ¿si será realmente beneficioso contratar a trabajadores mediante una empresa dedicada a esta actividad? en consideración a todo lo expuesto considero que No; el éxito en las relaciones obrero patronales se genera a través de procedimientos que hagan posible conseguir eficiencia por parte de los trabajadores, lo que desde luego no puede lograrse sin un buen ambiente de trabajo basado en una armonía entre las partes, situación que será posible alcanzar, si se logra una verdadera identificación hombre-trabajo y ello será viable en tanto y en cuanto se establezca una justicia en el tratamiento de quienes colaboran con la empresa con su fuerza de trabajo.