

Derecho Laboral

EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (EIT)•

Dr. Jorge Egas Peña

01.GENERALIDADES: La figura de las Empresas de Trabajo Temporal ha recibido un tratamiento variado a través del tiempo.

Inicialmente no se aceptó el tráfico de mano de obra (Francia 1848 prohibió el marchandage); pues se consideraba que poseía una finalidad fraudulenta, orientada a especular o lucrar con el trabajo ajeno, bajo el entendido de que el trabajo no es una mercancía; pues se sostenía que el intermediario se quedaba con una parte de la remuneración del trabajador, cuando no iba dirigida a ocultar la identidad del verdadero empleador o a eludir el cumplimiento de sus obligaciones patronales. Es decir, se consideraba una especie de sub contratación ilícita de mano de obra.

Sin embargo, la práctica impuso la utilización de este mecanismo, por las necesidades que estaba llamado a cumplir, luego de sortear una serie de situaciones que fueron depurando su concepto.

Así, después de la Segunda Guerra Mundial se comienza a generalizar su utilización en EEUU y en el continente europeo; y/ particularmente en Gran Bretaña, en que se legaliza su funcionamiento, estableciendo un marco jurídico específico para sus operaciones.

Con posterioridad lo hicieron los Países Bajos en 1965/ Francia y España en 1994.

Es decir, que esta forma laboral habiendo sido prohibida y reprimida en sus inicios, se terminó tolerándola y finalmente legalizándola mediante una regulación especial.

- También se las denomina Empresas de Servicios Temporales (EST); Agencias Privadas de Empleo (APE); Empresas Administradoras de Personal (EAP) o Empresas Suministradoras de Personal (ESP), etc.

En la actualidad, las Empresas de Trabajo Temporal se han desarrollado en proporciones considerables, tanto en su número como en el de trabajadores que emplean, incluso se han agrupado en federaciones y en una confederación internacional. Sin embargo, las asociaciones de trabajadores han manifestado su preocupación, cuando no su hostilidad ante esta modalidad de trabajo.

Las razones por las cuales se ha afianzado el uso de esta clase de empresas son:

- a) El deseo de cierto tipo de trabajadores de laborar por períodos cortos (estudiantes, mujeres casadas y hasta jubilados para completar su presupuesto);
- b) La dificultad de ciertas personas para encontrar trabajos permanentes;
- c) Necesidad de ciertas empresas de emplear mano de obra temporal en caso de vacaciones o enfermedad, en épocas de recargo de trabajo, etc. (1) de su personal

02.CONCEYTO: Las Empresas de Trabajo Temporal son aquellas que tienen por finalidad contratar a uno o más trabajadores para ponerlos al servicio de otro empleador.

Es decir, que esta figura da lugar a relaciones originales de trabajo, diferentes a la relación bilateral común, derivada del Contrato de Trabajo, en que existe un trabajador que se relaciona directamente con su empleador a quien presta su servicio; pues, en este caso, el trabajador se relaciona con la EIT, que lo contrata y paga su remuneración, pero que presta su servicio a otra persona a la cual queda sometido en la dirección y ejecución de la prestación.

03.DIFERENCIAS DE OTRAS MODALIDADES DE CONTRATACION: Es preciso aclarar que la figura de las Empresas de Trabajo Temporal no debe confundirse con otro tipo de empresas o figuras afines o parecidas, como son:

- a) Las Agencias de Colocaciones.- Cuya finalidad es la selección de personal por cuenta de un tercero. Para el efecto debe buscar y evaluar las condiciones de los candidatos para desempeñar un determinado cargo; sin perjuicio de poder constituir una bolsa de trabajo para eventuales requerimientos futuros.

Este tipo de empresas no provee de personal, sino que proporciona al cliente una lista de personas que reúnen las condiciones requeridas para el desempeño de la función. Corresponde al cliente escoger al trabajador que mejor le parezca y contratar directamente con él.-

Se trata de una verdadera función de intermediación; pues, su labor se agota con la puesta en contacto entre las partes, que pueden o no celebrar el contrato.

Esta labor está reglamentada en nuestro país mediante R.O.#285 del 27 de marzo de 1998, permitiendo que el servicio sea privado. La OIT ha cuestionado la posibilidad de que estas empresas sean de carácter privado, debiendo, en lo posible, ser manejadas o contratadas por el Estado; y, sus servicios deben ser gratuitos o pagados por el empleador.

- b) Empresas que proveen Maquinaria o Equipos.- Se trata: de empresas que a través de un contrato civil o mercantil alquilan o prestan maquinarias o equipos a otras empresas, incluido el personal especializado en su manejo. Se lo utiliza para equipos de construcción, caminero, agrícola o de computación.

El personal, dependiente del propietario de la maquinaria o equipo, va a trabajar a la empresa usuaria durante un tiempo de utilización de la misma. En este caso, no existe dificultad alguna en determinar que es la Arrendadora quien tiene la calidad de empleadora del operador. Sin embargo, nuestra Corte se ha pronunciado en otro sentido. (ver GIS17#6, pg.1761).-

- e) Agencias Auxiliares Prestadoras de Servicios.- Son empresas especializadas en la prestación de cierta clase de servicios (seguridad, limpieza, reparto, etc.) que por lo general no son del giro principal de los negocios de la empresa receptora. La relación entre las dos empresas es meramente civil o comercial y los trabajadores no tienen relación de dependencia laboral con la empresa receptora del servicio; pues, por lo general, prestan sus servicios a varias empresas, por una paga total.

En este tipo de contrato, más que arrendamiento de mano de obra, existe la sustitución de cierto tipo de funciones, incluido los materiales, transporte, etc., que sean necesarios. En esta clase de servicios tampoco existe dificultad en determinar que el cliente no es empleador de los trabajadores.

- d) Sub contratación de Obras.- Otra modalidad parecida a la de las Empresas de Trabajo Temporal se da a través de los subcontratos, por los cuales determinadas empresas asumen íntegramente la ejecución de cierta parte de una obra contratada, a su cuenta y riesgo, con su personal propio. Tal es el caso de los subcontratos que se dan en la actividad de la construcción. Estos son contratos civiles, que no generan una relación de carácter laboral; y, los trabajadores de la subcontratista no tienen relación alguna de tal carácter con el dueño de la obra.
- e) Contratos Temporales (ETT) y Contratos Eventuales, Ocasionales y de Temporada.~ Si bien en el primer caso el contrato es celebrado entre dos empresas, en los restantes el contrato se celebra entre una persona natural y una empresa, cuyo titular puede ser una persona natural o jurídica. En todo caso, podríamos sostener que en ambas situaciones se trata de contratos precarios; pues, los eventuales son' aquellos que se realizan para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personal que se encuentra ausente por vacaciones, licencia, enfermedad, maternidad y situaciones similares. También se pueden celebrar esta clase de contratos para atender una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales del empleador. Estos contratos no podrán tener una duración mayor de ciento ochenta días continuos dentro de un lapso de trescientos sesenta y cinco días.

Los contratos ocasionales, que son aquellos cuyo objeto es la atención de necesidades emergentes o extraordinarias, no vinculadas a la actividad habitual del empleador y cuya duración no excederá de treinta días en un año; y, los contratos de temporada, que son aquellos que se celebran para realizar trabajos cíclicos o periódicos, en razón de la naturaleza discontinua de sus labores (art.17 del Código del Trabajo).

Estos contratos, en general, no gozan de la estabilidad anual mínima --establecida en la ley, terminan sin derecho a ninguna indemnización

en caso de conclusión de la obra, período de labor o servicios del contrato; y, también pueden terminar por Visto Bueno del Empleador o trabajador, por las causas establecidas en la ley.

En tratándose de las ETT, basta la solicitud de la Empresa Cliente a la Empresa Prestadora, para sustituir o reemplazar al trabajador, para que esta lo haga. Los efectos de esta decisión entre el trabajador y la Empresa de Trabajo Temporal se regulan por la naturaleza del contrato que tienen celebrado entre ellos, que pueden ser los mismos que hemos analizado en tratándose de los contratos precarios regulados en el Art. 17 del Código del Trabajo, aun cuando también pueden ser destacados en misión a otra empresa cliente.

04. CARACTERISTICAS: Lo expuesto nos permite colegir las notas caracterizantes de las Empresas de Trabajo Temporal, a saber:

- a) La característica de la Empresa de Trabajo Temporal es la existencia de dos empresarios, uno de los cuales contrata al trabajador, mientras que sus servicios los recibe el otro, con la circunstancia de que el primero es el empleador, cuando la condición de empleador, generalmente, es ser el receptor del servicio de un trabajador;
- b) Este trabajo es organizado profesionalmente por empresas realmente constituidas, con infraestructura adecuada, para prestar profesionalmente sus servicios con personal propio, a varios clientes (mercado abierto);
- c) Por lo general se trata de préstamos de personal inmediato, transitorios o de corta duración (Manpower: Secretarias, telefonistas, etc.)
- d) Cumplimiento de todas las obligaciones laborales por parte de la empresa prestadora de personal, la misma que debe observar el principio de paridad por el cual sus trabajadores deben tener igualdad de tratamiento en las condiciones de trabajo con los demás trabajadores de la empresa receptora.

Observando estos requisitos, las diferentes legislaciones que han permitido el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal, aun cuando con cierta reticencia, exigen:

1. Especialidad de la empresa prestadora de servicios, la misma que debe estar legalmente constituida;

2. Formalidad de los contratos con los trabajadores;
3. Mecanismos de protección a los trabajadores, tales como homologación de las autoridades y aviso al sindicato de la empresa receptora;
4. Supervisión y control de esta actividad por parte del Estado.

O5. NATURALEZA JURIDICA: En definitiva, las Empresas de Trabajo Temporal son empresas que realizan una modalidad de prestamismo laboral.

Por satisfacer importantes necesidades económico-sociales han sido admitidas por las legislaciones de la mayor parte de los países, aun cuando exigiendo el cumplimiento de determinados requisitos para evitar que su utilización pueda ser un mecanismo de simulación laboral, para evadir fraudulentamente el cumplimiento de la legislación social u ocultar la identidad del verdadero empleador.

El objetivo fundamental de las Empresas de Trabajo Temporal es el de proveer de mano de obra a otras empresas que así lo requieran; es decir, que se trata de un caso de interposición antes que de intermediación, ya que el trabajador es contratado por una empresa y es otra la que en definitiva utiliza su prestación.

La característica del trabajo que prestan las Empresas de Trabajo Temporal es la existencia de dos empresarios, uno de los cuales contrata al trabajador, mientras que sus servicios los recibe el otro.

En consecuencia, se genera la figura de la interposición que da lugar a relaciones triangulares de trabajo, diferente a la relación bilateral común; ya que el trabajador es contratado por una empresa y es otra la que utiliza la prestación.

Por lo tanto, no hay prestación directa del trabajo para quien lo contrata, ya que el trabajador presta sus servicios para la empresa cliente, la misma que no figura como empleadora, cuando lo definitivo de esta calidad es la recepción de los servicios de un trabajador.

En consecuencia, en este tipo de contratos existe una manifiesta dicotomía entre los conceptos tradicionales de contrato de trabajo y de relación laboral; pues, si bien el contrato lo celebra el trabajador con la ETT, la prestación la recibe la Empresa Usuaria; y, la subordinación jurídica

existe con relación a la empresa cliente, en cuanto el trabajador tiene el deber de obediencia frente a ella, pero la dependencia económica está sometida a la ETT, que es quien lo contrata y remunera. Es decir, que la calidad de empleador no se fija por la percepción del servicio, sino por la titularidad del contrato y el pago de la remuneración.

Por lo tanto, en los contratos celebrados con la ETT no existe propiamente intermediación; pues, en este caso, la figura se agotaría con la aproximación o contacto que la ETT hiciera a la Empresa Cliente, como sucede en la labor que realizan las Agencias de Colocaciones; sino en este caso, la ETT contrata trabajadores para prestar servicios a un tercero, no obstante lo cual continua figurando como empleadora.

La relación que se establece a través de las ETT no es de intermediación sino de Interposición; pues, en la primera, la relación es ocasional, se agota en el instante en que el intermediario pone en contacto a las partes. No sucede lo mismo en la interposición, en que la ETT asume una obligación permanente en el tiempo de prestar un servicio a la empresa cliente, proporcionándole uno o más trabajadores, para que laboren en ella. La ETT asume la responsabilidad de escoger al trabajador, contratado y colocarlo en otra empresa, debiendo pagarle la remuneración, cumplir con las demás obligaciones sociales de todo empleador, como la seguridad social, retención y pago de impuestos, etc.

En el caso de la intermediación, la empleadora es la empresa cliente; mientras que en la interposición lo es la empresa de trabajo temporal.

Estas diferenciaciones pueden parecer quizá, semánticas, pero son necesarias para la mejor conceptualización de esta nueva modalidad de contratación.

Con tales antecedentes procede analizar la naturaleza triangular de la relación laboral que se produce entre la Empresa de Trabajo Temporal, el trabajador y la Empresa Usaria, también llamada Empresa Cliente, con vista a los lineamientos dados por la legislación y la práctica internacional; pues, la nuestra, no lo ha hecho.

EÍ1. primer lugar, la Empresa de Trabajo Temporal debe constituirse legalmente y la autorización para su funcionamiento generalmente es

otorgada por la autoridad de trabajo, la misma que le exige determinados requisitos, como la especialidad y exclusividad de su objeto social; que posea cierta autonomía jurídica, económica y financiera; y, que sea controlada por la autoridad laboral, a la misma que deberá remitirle cierto tipo de información dirigida a supervisar el cumplimiento de las leyes sociales con los trabajadores por ella contratados. En algunas legislaciones también se exige que las ETT trabajen en "mercado abierto"; esto es, que presten su servicio a diferentes clientes y no a uno en particular.

En segundo lugar, conviene conocer la situación jurídica del trabajador; también llamado temporal o temporero, el cual puede ser de planta de la ETT (secretarías, contadores, etc.); en cuyo caso estarán sujetos al régimen jurídico común del trabajo; o, cuando es personal en misión, contratado por la ETT para prestar servicios a la empresa cliente; en el que, por lo general, posee un contrato de naturaleza precaria; esto es, sujeto a la permanencia del requerimiento de la empresa usuaria. Sin embargo, algunas Empresas de Trabajo Temporal, en ocasiones, suelen tener trabajadores permanentes; esto es, empleados y pagados por ellas en cuantías mínimas, pero que reciben remuneraciones superiores cuando prestan servicios para terceros. Los países que han legislado esta modalidad de trabajo, por lo general, establecen mecanismos de protección de los derechos de los servidores empleados en la empresa cliente, tales como la formalidad de sus contratos; principio de paridad de tratamiento con los demás trabajadores, etc.

En cuanto a la Empresa Cliente; esto es, la que recibe a los trabajadores contratados por la ETT, para beneficiarse de sus servicios, no es jurídicamente empleadora de los mismos, aun cuando asigna las tareas y supervisa su ejecución. En general, podemos sostener que ejerce las funciones de dirección de personal contratado, sin asumir la condición patronal.

LA TERCERIZACIÓN EN EL ECUADOR

El fenómeno dado por la generalización de la utilización de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) se ha dado por llamar Tercerización y a las empresas que prestan el servicio se suele llamar, también, Tercerizadoras.

En nuestro país las Tercerizadoras se comenzaron a utilizar hace unos veinte años, más o menos, como un mecanismo para satisfacer necesidades

ocasionales de una empresa, cuyos titulares no querían incluir en su rol de personal estable a aquellos trabajadores que solo iban a utilizar de manera ocasional o temporal.

La razón fundamental de su utilización radicaba en la insuficiente regulación de la ley laboral sobre las contrataciones a corto plazo, lo que determinaba que casi todos los contratos debieran tener una duración mínima de Un año.

Si bien el Código del Trabajo exceptuaba del período mínimo de estabilidad legal a los contratos eventuales (anteriormente llamados temporales), ocasionales y de temporada, no definía ni regulaba a los mismos, por lo que los empleadores recurrían a tales figuras con mucha reticencia. Esta situación sólo se corrigió con una reforma legal expedida el año 2000, dentro del contexto de flexibilización de la normativa laboral (ver arts. 14 y 17 del Código del Trabajo), pero para entonces ya se había generalizado la tercerización.

Otra alternativa, anteriormente usada, era la utilización de los llamados contratos a prueba que habilitaban a las partes a dar por terminado el contrato en el período comprendido en los noventa primeros días de celebrado, sin necesidad de aviso previo o pago de indemnización alguna. El abuso que se cometió con este tipo de contratos dio origen a que se endureciera la regulación de los mismos, limitando el número de personas contratadas bajo esta modalidad y la prohibición de celebrado más de una vez.

No obstante lo dicho, la reticencia patronal a tolerar la existencia de asociaciones de trabajadores dentro de la empresa, en ocasiones generadora de innecesaria conflictividad laboral; y, con el ánimo de manejar los recursos humanos con mayor fluidez como es la labor de investigación del mercado laboral, calificación y capacitación de candidatos, pago de remuneraciones y beneficios sociales; y, en general, la administración directa de los recursos humanos, indujo a algunos patronos a acudir al arbitrio de contratar con empresas tercerizadoras o de trabajo temporal (ETT), en un principio de manera ocasional; y, posteriormente de manera estable, generalizando su utilización, especialmente en determinados sectores como el camaronero, floricultor y agrícola en general. Lo dicho, sin desconocer la utilización anterior de ciertas modalidades de intermediación, como la de los capataces en la

construcción, los estibadores en el transporte marítimo y algunas otras ramas de servicios, aun cuando estas figuras contractuales no tenían por titular a una empresa, sino a un capataz, contratista, etc., esto es a una persona natural.

La práctica también reporta que algunos empleadores crearon algunas tercerizadoras, en las cuales enrolaban a los trabajadores que prestaban servicios para su o sus empresas de manera rotativa, de esta forma los trabajadores no permanecían como estables o permanentes en ninguna de ellas.

Mientras tanto la legislación permanecía retrasada en la regulación de esta situación; pues, no se comprendía el fenómeno ni su magnitud, al punto que a nivel administrativo se emitieron reglamentaciones en que se asimilaba a las Agencias de Colocaciones con la Empresas de Trabajo Temporal, como aconteció en el Reglamento expedido en el RO. #285 del 27 de marzo de 1998; o, se pretendía afrontar la situación en una normativa regulatoria de los riesgos de trabajo (RO.# 211 del 14 de noviembre de 2003 posteriormente dejada insubsistente RO.#280 del 26 de febrero de 2004).

Sin embargo, la jurisprudencia comenzó a detectar el fenómeno y se pronunció algunas veces respecto de las ETT, limitándose al rechazo y condena de la figura de la intermediación, con argumentos semejantes a los utilizados por los juristas franceses para rechazar el marchandage (1848); aun cuando sin penetrar en el análisis de la nueva figura jurídico-económica de la tercerización, conforme se lo ha hecho en otros países.

Sin embargo, rescatamos algunos pronunciamientos, como los constantes en la GJS17 #18. Pg.2543-44-45. en juicio seguido por Diego Oquendo contra Teleamazonas, en que se sostiene:

"SEXTO.- En razón de la trascendencia de este pronunciamiento, dada las características de la materia litigiosa, la Sala considera necesario resaltar algunos aspectos que son fundamentales, en relación con la aplicación del #11 del Art. 35 de la Constitución Política de la República, tales como:

a) La disposición constitucional de la referencia tiende a impedir el abuso de ciertos empleadores que a través del sistema de intermediación o el de contratación simulada, procuran excluirse de las responsabilidades que les asigna

la legislación laboral, de naturaleza eminentemente protectora de los trabajadores y convertir el trabajo humano en una mercancía, olvidando que esta última concepción utilitarista repugna a la conciencia social y jurídica de la humanidad, lo que ha motivado expresas manifestaciones de censura, tanto en el Tratado de Versalles (1919), como en la Declaración de la Asamblea de la Organización Internacional del Trabajo efectuada en Filadelfia (1944) y en la Doctrina Social de la Iglesia Católica "

En todo caso, si partimos del razonamiento anterior y del principio de que la verdadera empleadora es la Empresa de Trabajo Temporal y no la Empresa Oriente, con la aplicación del referido precepto constitucional que establece que *"Sin perjuicios de responsabilidad principal del obligado directo (ETT) y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realiza la obra o se preste el servicio, será responsable solidaria de las obligaciones laborales, aun cuando el contrato de trabajo se efectúe por intermediario"* (art. 35 de la Constitución Política), tendríamos confirmado lo expuesto en cuanto a la titularidad de la calidad de empleadora de la EIT; pues, la empresa cliente solo vendría en responsable solidaria en el eventual incumplimiento de la EIT frente a sus trabajadores, al punto que la empresa cliente tiene derecho a repetir control/ la verdadera empleadora y obligada principal, que ha incumplido con su trabajador. En otras palabras, la obligación constitucional solo establece una especie de garantía de las obligaciones del deudor principal frente a su trabajador.

La confirmación de este criterio se colige de la Resolución #461-2000 de la misma sala, en el juicio seguido por Segundo Quindisaca contra el Ing. Hernán Zamora Zea, al negarse la reclamación del Actor, porque no se demandó a aquél por su obligación solidaria con el supuesto intermediario (GJS17 #6, pg.1761).

-

También es importante recordar que a nivel internacional la Organización Internacional del Trabajo, a través de su Convenio # 181, afrontó el tema de la tercerización con lineamientos imprecisos y un tanto oscuros, sobre las Agencias de Empleo Privadas, en que se engloban los servicios de Agencias de Colocación en que se prestan servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo; y, las Empresas de Trabajo Temporal que emplean trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona (empresa usuaria).

Esta imprecisión se ha puesto de manifiesto a posteriori. Es preciso acotar que la mayor parte de los países europeos han regulado a las Empresas de Trabajo Temporal; y, alguno de América, como Colombia y Perú, han hecho lo propio, aun cuando apartándose de los lineamientos de la OIT.

En nuestro país no existe una legislación sustantiva especial sobre el trabajo tercerizado, por lo que subsiste sin una regulación positiva específica.

Han existido algunos proyectos de ley para regular esa modalidad de trabajo, aun cuando parece sin mayor comprensión de la magnitud e importancia de la misma, por lo que han quedado como simples buenas intenciones.

Somos de la opinión que se impone la necesidad de legislar de manera responsable sobre esta modalidad de contratación laboral, aceptando su conveniencia, ~ la par que precautelando no se cometan injusticias con los trabajadores de las mismas .