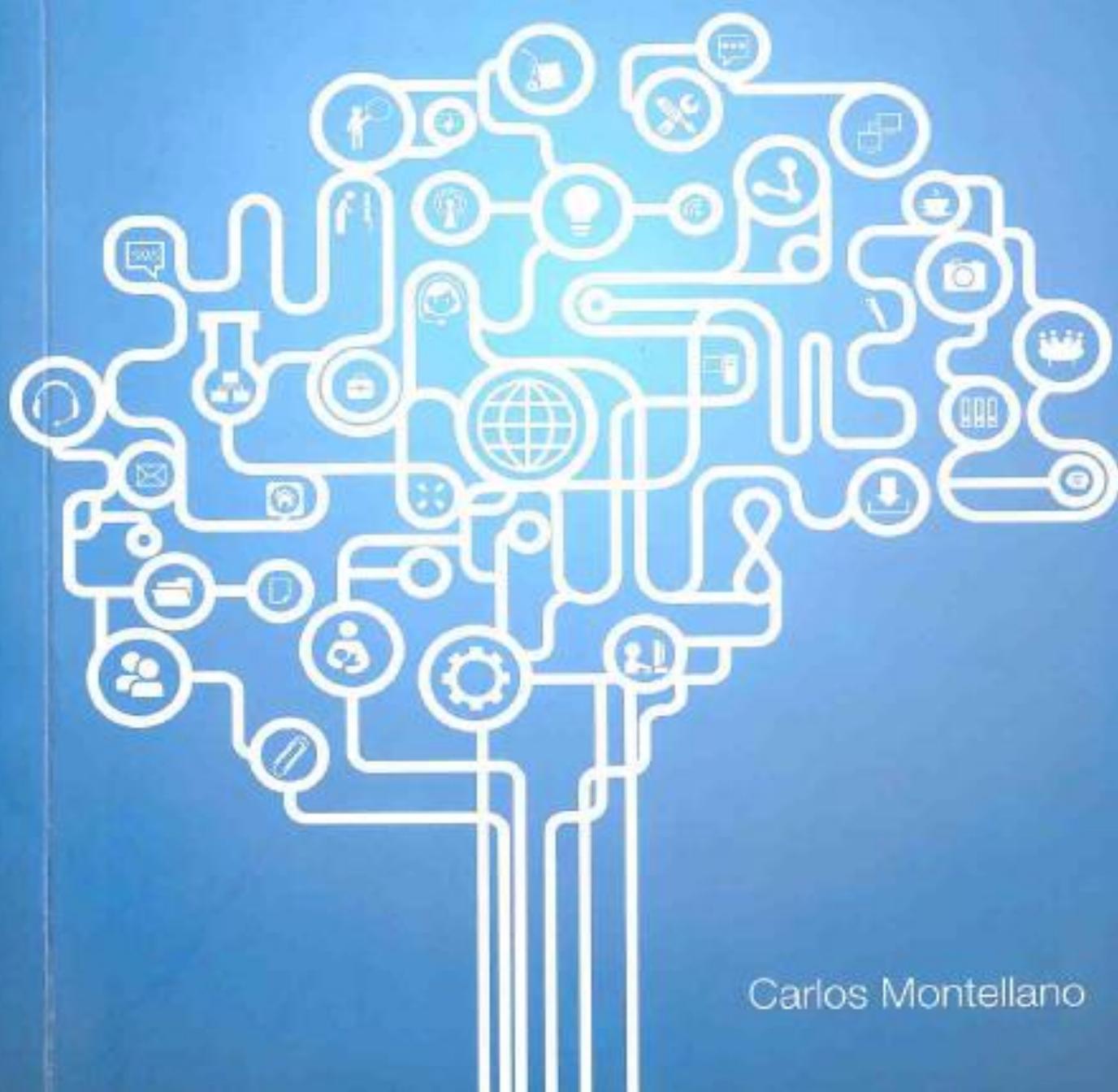


Inteligencia outsourcing



Carlos Montellano

INDICE

Pag.

INTRODUCCIÓN	11
--------------------	----

CAPITULO I

¿SABEMOS QUÉ ES OUTSOURCING?

1. COMENTARIO INICIAL	13
2. PERO, ¿QUÉ ES OUTSOURCING?	15
2.1. ¿Cuándo tercerizar?	17
2.2. ¿Qué tercerizar?	20
2.2.1. Tercerización total	21
2.2.2. Tercerización parcial	22
3. LA TERCERIZACIÓN EN BOLIVIA.....	25
3.1. Tareas propias y permanentes	27
3.2. Tareas propias y no permanentes.....	29
3.3. Tareas secundarias y complementarias	30

CAPITULO II

¿CÓMO SE TERCERIZA? - FORMAS SOLIDARIDAD Y SUS ALCANCES

1. ¿CÓMO SE TERCERIZA? – FORMAS.....	33
a) Tercerización propiamente dicha.....	34
b) Intermediación laboral.....	38
c) Proceso de Selección en cualquiera de sus formas	40
2. SOLIDARIDAD Y SUS ALCANCES	44
2.1. Solidaridad – Tercerización.....	46
2.2. Solidaridad – Intermediación (Suministro de personal).....	47

2.3. Solidaridad - Proceso de selección en cualquiera de sus formas.....	49
3. SOLIDARIDAD EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....	49
3.1. Argentina	50
3.2. Chile	50
3.3. Colombia	52
3.4. España	53
3.5. Perú.....	54

CAPITULO III
CONTRATO DE ENGANCHE

1. ANTECEDENTES.....	57
2. ANALISIS.....	58
2.1. Interpretación gramatical.....	58
2.2. Interpretación histórica.....	59
2.3. Interpretación teleológica	61
2.4. Interpretación sistemática	62
3. CONCLUSIONES	64

CAPITULO IV
ANÁLISIS DECRETO SUPREMO No. 521

1. ALGO QUE SE DEBE CONOCER.....	65
2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	66
2.1. Objeto del D.S. 521	67
2.2. Infracciones de leyes sociales	68
2.3. Contratación en actividades no propias del giro del establecimiento laboral.....	69
2.4. Relación laboral en caso de simulación.....	70

2.5. Cumplimiento de los derechos sociolaborales.....	70
2.6. Sanción por incumplimiento.....	72
2.7. Disposición final única.....	73
3. CONCLUSIONES.....	74

CAPITULO V
HACIA UNA TERCERIZACIÓN SEGURA
QUE AGREGUE VALOR
PRÁCTICA NACIONAL

1. PRIMER PASO: LA BUSQUEDA.....	76
2. SEGUNDO PASO: SELECCIÓN DEL PROVEEDOR.....	77
2.1. Responsabilidad en el Objeto del contrato.....	78
2.2. Características del servicio.....	79
2.3. Duración del servicio.....	79
2.4. Obligaciones de la empresa tercerizadora.....	81
2.4.1. ¿Qué es un pasivo laboral y de qué está compuesto?.....	82
2.4.2. ¿Cuándo se hace efectivo el pasivo laboral?.....	83
3. TERCER PASO: CONTRATACIÓN.....	85
3.1. Tercerización al inicio de actividades.....	86
3.2. Tercerización durante el desarrollo de actividades.....	86
4. CONCLUSIÓN DE LA RELACIÓN COMERCIAL.....	87
5. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA TERCERIZACIÓN.....	89

ANEXOS
LEGISLACIÓN COMPARADA

ARGENTINA.....	95
BOLIVIA.....	98
BRASIL.....	102

CHILE.....	103
COLOMBIA	112
GUATEMALA.....	114
MÉXICO	115
NICARAGUA	117
PANAMA.....	119
PARAGUAY	122
PERÚ	123
URUGUAY.....	134

INTRODUCCIÓN

Resulta formidable observar cómo el ser humano a lo largo de la historia y a medida que descubría nuevas herramientas, logró de manera natural desarrollar un espíritu competitivo, siempre con la finalidad de sobrevivir y ser el más fuerte.

Esto se trata simplemente de competitividad natural que durante los últimos 30 años ha permitido al mundo entero lograr un crecimiento comercial acelerado respecto a otras épocas.

Todo esto no hubiera sido posible sin la presencia de la tecnología, que presionó en gran parte a algunos sectores productivos a crear nuevos escenarios o alternativas de apertura de mercados, dentro de los cuales conjugan plenamente aspectos sociales y económicos.

Pero además, esa destreza de algunos que benefició a muchos, es parte de una evolución cognitiva, que encierra un conjunto de diversos elementos que permiten identificar las oportunidades y establecer las bases para organizar exitosamente un emprendimiento.

Sin embargo, no basta tener el conocimiento para desarrollar un espíritu empresarial, también se precisa de inteligencia emocional para enfrentar un mundo cambiante y globalizado; esto demuestra hoy en día que el aspecto humano debe ser valorizado, tanto al interior de la familia como también dentro de toda organización.

Por esta razón, lo que se pretende mostrar en el contenido de este texto, tiene que ver justamente con una herramienta desarrollada por el hombre en su afán de ser altamente competitivo, pero a su vez, sin olvidarse de los derechos sociales y, en especial, respeto hacia el ser

humano, considerando que es lo más importante en toda organización.

Esta herramienta tan utilizada en el mundo globalizado se llama outsourcing o tercerización, que si bien cumple con su finalidad en el ámbito económico logrando incrementar el desarrollo comercial, está directamente relacionada con las emociones y sentimientos de sus involucrados.

De esta manera nace la idea de hacer un aporte práctico que coadyuve a los diferentes sectores productivos o de servicios, a comprender que pueden y deben convivir la competitividad y el trabajo decente, bienvenidos a "Inteligencia Outsourcing".

CAPITULO I

¿SABEMOS QUÉ ES OUTSOURCING?

1. COMENTARIO INICIAL

Cuando se habla de desarrollo comercial, avance tecnológico o mercado globalizado, es completamente natural pensar en una economía de libre mercado. Es una creencia que para muchos no precisa mayor análisis; están convencidos de su existencia.

Actualmente, se puede evidenciar que el sistema de libre mercado aplicado como política económica en países vecinos, les ha permitido superar la barrera de la subsistencia hacia la competitividad, tal es el caso de Argentina, Chile y recientemente Perú.

Pero, ¿cuál es el elemento esencial que impulsa este fenómeno económico natural? La respuesta a dicha interrogante es muy sencilla: *"LIBERTAD"*. Se trata del principio de la autonomía de la voluntad.

En el campo del Derecho Privado es común observar la fluidez o práctica del libre mercado; por ejemplo, en un contrato de compraventa el propietario decide libremente vender su inmueble, y el comprador tiene la opción de pagar o no el precio. Ambos tienen la libertad de aceptar o rechazar las condiciones del negocio.

Dentro de la esfera del Derecho del Trabajo también existe el principio de autonomía de la voluntad, pero con cierta limitación en su aplicación debido a que existe una presencia o intervención por parte del Estado, y se deben hacer prevalecer las autonomías colectivas, esto con la finalidad de equilibrar en la relación las condiciones del empleador y trabajador

No obstante, las partes siguen bajo el principio de autonomía de la voluntad, en el entendido de que el trabajador tiene la libertad de aceptar o no el puesto ofrecido, y negociar el monto del salario pretendido. Por su parte, el empleador puede desestimar al postulante o contratarlo, fijándole un monto determinado como remuneración. Ambas partes tienen la libertad de negociar previamente los parámetros del contrato de trabajo, buscando obtener un beneficio mutuo, nunca la explotación y enriquecimiento de una respecto de la otra.

Siguiendo esa línea, muchos países están promulgando disposiciones legales buscando nuevos beneficios para ambas partes, acordes a las tendencias modernas del desarrollo comercial, y que no pasa en todos los casos por reglamentar la flexibilización laboral, sino, garantizar la inversión privada en cualquiera de sus formas, pero al mismo tiempo respetando los derechos de los trabajadores.

Por el contrario, la realidad boliviana no acompaña lo señalado anteriormente, ya que algunas disposiciones legales que estaban en desuso o que fueron eliminadas del ordenamiento jurídico hace más de 20 años, recobraron vigencia con el argumento de que su implementación permitirá dejar a un lado el abuso de los derechos y garantías constitucionales de los trabajadores, pareciendo no importar las inversiones privadas o la realidad económica del sector empleador.

Si la promulgación de normas sigue esa tendencia proteccionista y no se moderniza el derecho laboral de manera paralela con el comercio mundial, la contratación de un trabajador ya no será un acto de mutuo acuerdo, sino la imposición de un mandato dispuesto por alguien superior.

Ahora bien, no obstante de que existen duras críticas a la aplicación del principio de la Autonomía de la Voluntad en éste campo, se puede observar que la flexibilización laboral es una práctica común en la realidad boliviana, razón por la cual, la legislación laboral debería ser entendida en una forma más amplia en vez de ser restrictiva e involucionada y, al mismo tiempo, brindar la seguridad jurídica a los trabajadores, permitiendo la generación de nuevas fuentes de empleo a través de la inversión privada.

La tendencia mundial del derecho laboral apunta a una modernización en la medida de las necesidades comerciales, y en muchos países así lo han entendido, regulando nuevas formas de contratación que les permita generar mejores escenarios sociales y económicos; una de estas formas modernas es el outsourcing.

2. PERO, ¿QUÉ ES OUTSOURCING?

No existe en el idioma español una definición de la palabra outsourcing, pero se entiende que está compuesta por dos vocablos que son out y source, cuya traducción del inglés significan “afuera” y “fuente u origen”, dando como resultado la frase fuente u origen de afuera.

Esta representa una explicación básica que no aclara la interrogante planteada en este punto, pero es la manera cómo durante mucho tiempo se tradujo criollamente al español, encargándose sólo el transcurso del tiempo de cambiar la frase “fuente de afuera” por lo que ahora algunas personas denominan como “externalización”.

Para Jesús Cruz Villazón, en su obra Outsourcing y sus relaciones laborales:

“puede que estemos incurriendo en el riesgo de utilizar innecesariamente un anglicismo, cuando la riqueza de nuestro idioma ya ha identificado con facilidad un término autóctono, que cuadra a la perfección con el fenómeno americano del outsourcing, me refiero tanto a la externalización, como a la expresión descentralización productiva.”

Otra definición es la vertida por *Robert White y Barry James*, en el libro *Manual del Outsourcing*, como “una relación contractual entre un vendedor externo y una empresa, en la que el vendedor asume la responsabilidad de una o más funciones que pertenecen a la empresa.”

Sin embargo, aún con una posible traducción o utilización innecesaria de un anglicismo, queda claro que su concepto fue lo que permitió realmente que la palabra outsourcing tenga una definición apropiada, que es el uso o empleo de un “tercero” especializado, para que

desarrolle actividades de una empresa que antes eran realizadas de manera interna por sus propios trabajadores; de ahí proviene el término con el cual se conoce actualmente y de manera corriente a esta figura, "Tercerización".

También es importante mencionar que en otros países se utilizan distintos términos para identificar la figura del outsourcing, dependiendo del contenido y alcance de sus legislaciones. En Argentina y Chile se utiliza el término subcontratación; en España las palabras externalización o exteriorización; en Perú la tercerización como figura comercial.

Ahora bien, toda vez que ya se conoce el concepto de tercerización, corresponde señalar brevemente el origen de esta figura que revolucionó las estrategias comerciales en muchas empresas a lo largo del planeta.

La figura de la tercerización comenzó como una necesidad para mejorar costos a través de la contratación de especialistas que tienen conocimiento profundo de sus actividades y múltiples contratos, lo que les permitía alcanzar la masa crítica necesaria para ofrecer mejores tarifas con óptimos niveles de servicio.

Como era de suponer, la tendencia se expandió a otros escenarios, entre ellos, las grandes manufactureras automovilísticas y de sistemas informáticos, que al emplear el outsourcing como estrategia, lograron optimizar costos y volverse más competitivas. Acotar algo que señaló el profesor emérito del INCAE Business School, Guillermo S. Edelberg, en su artículo titulado **OUTSOURCING EN LA GERENCIA DE RECURSOS HUMANOS:**

"En mis épocas de estudiante —long ago, and far away— un tema mencionado con frecuencia en los estudios de administración de empresas era el de make or buy (hacer o comprar). Recuerdo una tesis de doctorado en Harvard cuyo título estaba compuesto precisamente por estas tres palabras, escrita por quien fue decano de la Escuela de Administración de la Universidad de Notre Dame, el Dr. James W. Culliton. La referencia habitual era a compañías manufactureras. Expresado en forma extrema, la cuestión era la siguiente: ¿qué les es más conveniente? ¿Fabricar o comprar sus respectivos insumos?"

El ejemplo citado era el de una fábrica de automóviles, dado el gran número de partes que utiliza.

Hoy día tengo la impresión de que make or buy se escucha menos. Lo común, en cambio, es hablar de outsourcing."

Algo importante que se rescata de las palabras vertidas por el citado profesor Edelberg, es que existe una gran diferencia que permitió a la figura del outsourcing desplazar al "make or buy", empleado antes como otro modelo. Esta diferencia radica en que la empresa antes compraba los insumos pero continuaba realizando la producción con sus propios recursos humanos y en sus instalaciones, en cambio con el outsourcing, un tercero se encarga de hacer parte de esa producción con sus propios trabajadores y de manera externa, además con los mismos o mejores insumos.

En la actualidad, quedó atrás el criterio de los años 80 de simplemente subcontratar, e ingresó un concepto estratégico de agregar valor a un negocio a través de la alianza entre dos empresas, cuya finalidad es mejorar la competitividad para enfrentar el mercado globalizado.

Del mismo modo, se puede asegurar que esta creciente tendencia ya alcanzó otras áreas de las empresas productivas o de servicios, identificando claramente las siguientes: Capacitación de personal, logística, gestión de almacenes, trademarketing, contabilidad, ventas, call center, cobranzas, gestión de fidelización de clientes, administración de planillas y sueldos, transporte, seguridad y vigilancia, entre otras tantas; parecería que no existe límite para su aplicación en tanto se cumpla la Ley.

Para hacer una explicación práctica sobre el concepto de tercerización y sus alcances, se recurrirá a las siguientes preguntas: **Cuándo, Qué y Cómo tercerizar?** La última será desarrollada en el capítulo II.

2.1. ¿Cuándo tercerizar?

Desde el momento que se constituye una empresa o negocio, los socios, gerentes o propietarios, deben elaborar estudios de mercado y una estrategia que les permita aprovechar las oportunidades para

ser más competitivos, generar mayores ganancias y mantener costos bajos.

A tal efecto, tendrán que analizar todos los factores preponderantes que les posibilite alcanzar las metas trazadas, encontrándose entre muchos de éstos los siguientes: a) Determinar el alcance del negocio; qué se va a producir o qué servicio se brindara, b) En qué mercado se competirá, c) La estructura administrativa, tecnológica e infraestructura.

Una vez realizados todos los estudios y diseñadas las estrategias que permitirán identificar el tipo de empresa o negocio a constituirse o mejorar, recién podrá responderse la interrogante planteada en este punto: ¿Cuándo tercerizar?

Con relación al sector privado no existen mayores inconvenientes a tiempo de efectuar los estudios necesarios y definir las estrategias, pero ¿cómo operaría la tercerización en el sector público, entendiendo que se trata también de una administración?

Es cierto, la tercerización va más allá de ser una herramienta comercial, y se puede convertir en un instrumento coadyuvante a políticas de estado que posibilitan hacer gestión gubernamental con calidad y transparencia.

Un ejemplo interesante sobre lo mencionado anteriormente, se puede observar en el Programa de Modernización del Sector Agua Potable y Saneamiento, impulsado por la Secretaría de Finanzas de la República de Honduras, que publicó un documento elaborado por el Ing. Marco Antonio Blair Chávez denominado "Manual para la identificación e implementación de acciones de tercerización".

Según el autor, el Manual está *"orientado a los Entes Prestadores de Servicios de Agua Potable y Saneamiento, Ente Prestador del Servicio (EPS), municipales desconcentrados, con modelo de gestión a satisfacción del Ente Regulador de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento (ERSAPS) y toma en cuenta el aspecto institucional del sector, el marco legal y el análisis de la investigación en base a la muestra de campo..."*

La justificación sobre dicho trabajo, se asemeja bastante a la práctica empleada por cooperativas bolivianas prestadoras de servicios básicos, tanto de agua potable como energía eléctrica, tal como se cita a continuación:

“Las tareas principales de la gerencia del ente operador es brindar un servicio de calidad que sea satisfactorio al cliente, que sea continuo, eliminando la morosidad, minimizando el agua no contabilizada y extendiendo la cobertura hasta alcanzar, de ser posible, al 100 % de la comunidad. Para lograr estas metas, y de acuerdo con la definición planteada y los ejemplos típicos citados, la Gerencia del EPS puede disponer las acciones que le conduzcan al buen desempeño de sus funciones de servicio y que le permitan alcanzar los logros deseables en su gestión. Es decir, la ejecución de ciertas actividades a través de terceros, ayuda a la gerencia del EPS a enfocar su atención en su quehacer fundamental a fin de alcanzar, entre otros, los siguientes logros:

- a. Mejora de la eficiencia del Ente Prestador del Servicio.*
- b. Mejorar la calidad del servicio.*
- c. Releva al EPS de ciertas acciones que burocratizan los procesos administrativos y trastornan su quehacer fundamental, tales como...*
- d. Reducción de costos operativos. Esto resulta al prescindir de los costos en capacidad instalada para ejecutar acciones especializadas, como la reparación de equipo electromecánico de estaciones de bombeo, de plantas potabilizadoras y depuradoras de aguas residuales, que se realizan ocasionalmente, y por lo tanto no requieren de recursos permanentes para su ejecución.*
- e. Reducción del pasivo laboral y mantenerlo ajustado a su capacidad real.*

- f. *Obtención de economía en sus funciones. Además de la reducción del pasivo laboral, la Gerencia del EPS, puede enfocar su capacidad para que la ejecución de su presupuesto sea conforme a lo proyectado, y establecer estrategias para reducir la mora, y mantenerla en los niveles más bajos posible.*
- g. *Fortalecimiento de la gestión. Al librarse de las tareas que distraen su atención esencial, la Gerencia del EPS puede concentrar su atención al fortalecimiento y control de la gestión, teniendo presente su misión principal que es proveer un servicio de calidad, sostenible y al precio justo.*
- h. *Facilitar la incorporación de nuevas tecnologías y prácticas.*
- i. *Toma de decisión sobre la conveniencia de llevar a cabo la tercerización de una determinada acción.*
- j. *Prever la salvaguarda de los procesos.”*

Obsérvese que mucho de lo descrito en ese manual se viene aplicando en Bolivia, no sólo en cooperativas, sino también a nivel estatal.

De esta forma queda demostrado que es indispensable elaborar un estudio previo que permita tomar las decisiones adecuadas al momento de optar por la tercerización, tanto en el sector privado o público.

2.2. ¿Qué tercerizar?

Estando respondida la interrogante “Cuándo tercerizar”, corresponde pasar a la segunda pregunta, la cual, quizás representa la más compleja cuando de tercerización se habla, debido principalmente a las posiciones contrarias que se han escrito al respecto.

A tal efecto, se realizará una exposición clara y práctica sobre este punto, que permita a cualquier persona comprender la figura planteada.

Se comienza indicando que la tercerización tiene la siguiente clasificación:

- Tercerización total.
- Tercerización parcial
 - a) Horizontal.
 - b) Vertical.

Estas últimas a su vez se dividen por tareas propias y permanentes, tareas propias y no permanentes, secundarias y complementarias.

2.2.1. Tercerización total

Para comprender este primer inciso de la clasificación, se recurrirá a algunas disposiciones legales del Código de Comercio, que demostrarán la posición final que se pretende.

De acuerdo al artículo 448 de dicho texto legal:

"Se entiende por empresa mercantil a la organización de elementos materiales e inmateriales para la producción e intercambio de bienes o servicios. Una empresa podrá realizar su actividad a través de uno o más establecimientos de comercio. Se entiende por establecimiento el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa."

Los conceptos de empresa y establecimiento son claros, pero además, se puede apreciar en la redacción del artículo 454 del mismo cuerpo normativo, que el arrendamiento de la empresa es una posibilidad legal, claro está, siguiendo algunas reglas.

"Art. 454.- (ARRENDAMIENTO O USUFRUCTO). En caso de arrendamiento o usufructo de la empresa se aplicarán los artículos 451 y 452."

Una de las reglas más importantes y que está directamente relacionada con materia laboral, es la dispuesta en el artículo 451 que se refiere a la subrogación de derechos y obligaciones de quien arrienda la empresa, lo que implica que el arrendatario actúa respecto a los trabajadores como su directo empleador.

Al respecto, obsérvese la redacción del artículo 11 de la LGT regula la figura de sustitución de empleador, cuya aplicación es completamente válida al artículo 454 del Código de Comercio, por existir concordancia entre ambas normas legales.

Otro elemento concordante es el dispuesto por el inciso 5 del artículo 449 del C.Com., mediante el cual se estipula que:

*"Son elementos componentes de la empresa los siguiente:
... 5) los contratos de trabajo de empleados y obreros en los términos establecidos en los respectivos contratos y la ley;"*

Con los argumentos jurídicos brevemente señalados en los párrafos anteriores, se puede afirmar que la tercerización total, llámese también cesión total, ya sea de una empresa y establecimiento bajo la figura de arrendamiento, se encuentra legalmente aceptada por expresa disposición del Código de Comercio, con la condición de que "no se vulneren derechos de los trabajadores".

Si la cesión total de la empresa o establecimiento se efectúa por enajenación, está claro que ya no aplica la tercerización; sin embargo, corresponde aplicar las reglas de la sustitución de empleador dispuesta por el artículo 11 de la LGT.

2.2.2. Tercerización parcial

Cuando se mencionó la clasificación de la tercerización parcial, se hizo referencia de que está puede ser horizontal o vertical, dependiendo de lo que se quiere tercerizar, motivo por el cual, reviste importancia aclarar los conceptos de cada una de estas.

a) Tercerización horizontal

Se entiende como la división del trabajo de empresas, con la finalidad de que cada una cumpla una parte del proceso productivo. Dicho de otra manera, el proceso productivo es comenzado por una empresa, que posteriormente subcontrata a un tercero para que concluya el proceso productivo.

A modo de ejemplo se puede mencionar el caso de una fábrica de bebidas o lácteos, que una vez elaborado el producto, terceriza el etiquetado de los envases. Para el caso de una fábrica de alimentos, podría ser el embolsado al vacío.

Como puede observarse, ejemplos como estos existen varios, lo que permite a las empresas alcanzar mejores niveles de eficiencia a través de la tercerización de especialistas o proveedores que permiten abaratar costos por la denominada economía de escala.

Con una gráfica se mostrará de manera clara la forma cómo opera la tercerización horizontal:

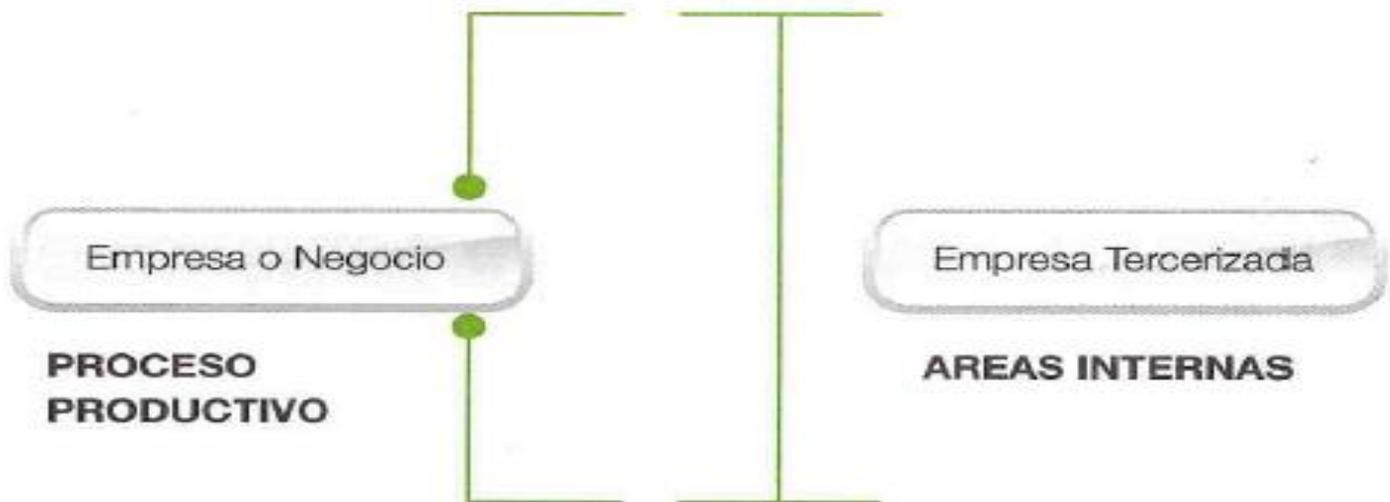


b) Tercerización vertical

Por su parte, se habla de tercerización vertical cuando lo que se divide son las funciones internas de una empresa.

Es así que esta división de funciones internas, le permite contar con la provisión de servicios por parte de empresas calificadas, que posibiliten dedicarse enteramente a su giro principal, sin incurrir en distracciones o gastos innecesarios, lo cual genera mayor grado de competitividad ante el mercado.

Véase la siguiente gráfica:



Cabe recordar que la tercerización vertical a diferencia de la horizontal, se aplica en áreas que una empresa o negocio no desea desarrollarlas internamente, puede ser por falta de personal especializado, quizás por transparentar sus convocatorias a licitaciones, sobre todo cuando comprenden sumas de dinero millonarias, o simplemente porque desea ocuparse de sus actividades sin distracciones.

Los ejemplos generales que se pueden mencionar sobre la tercerización vertical, son los servicios legales, contables, atención al cliente, telefonía, informática; no existe límite para la imaginación, pero siempre con la condición de no evadir cargas sociales.

En especial, se puede citar como ejemplo la tercerización de abogados especialistas en derecho tributario o penal, ya sea a través de una sola persona o todo un estudio jurídico, debido a que su asistencia

no es requerida todos los días, por lo que, tener a estos profesionales internamente sólo representaría un gasto innecesario.

Ahora bien, cuando ciertas áreas de una empresa son transferidas a un tercero para que éste se haga cargo, surgen como elementos de crítica si las actividades principales, secundarias o complementarias pueden ser tercerizadas, sin que afecte los derechos laborales de sus trabajadores.

Cada país tiene su propia posición y legislación sobre las tareas propias y permanentes, secundarias y complementarias, lo que conlleva a tener que interpretar la realidad nacional frente a estas figuras

3. LA TERCERIZACIÓN EN BOLIVIA

De acuerdo a la Declaración Final de la II Conferencia Regional Andina sobre Empleo, que se llevo a cabo en el mes de noviembre del año 2005, en la ciudad de Cochabamba - Bolivia, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), reconoció la figura de la tercerización como una alternativa para generar fuentes de empleo, siempre y cuando no se vulneren derechos laborales.

Asimismo, la OIT estableció que los Países Miembros a tiempo de crear las condiciones necesarias para la generación de empleo, deben buscar la reactivación y recuperación de unidades y sectores productivos, pero con esquemas flexibles de gestión, en los cuales concurren la corresponsabilidad de trabajadores y empleadores.

Con esos antecedentes, muchos Países Miembros tuvieron la posibilidad de crear normas sobre la tercerización en cualquiera de las formas que se señalaron anteriormente, pudiendo identificar y discriminar los diferentes escenarios para su aplicación pero, sobre todo, ejercitarla con estricto apego a la Ley sin alterar la inversión privada.

En países como Argentina, Chile o Perú, entre otros, los efectos y alcances de la tercerización fueron ampliamente debatidos por muchos años. Al presente, existe mucha legislación comparada sobre

esta institución jurídica, cuyos antecedentes pueden fácilmente ser el punto de partida para la elaboración de un proyecto de ley, acorde a las necesidades del pueblo boliviano.

Incluso, recientemente las legislaciones Chilena y Peruana han definido la responsabilidad subsidiaria entre de la empresa tercerizadora y la usuaria, posición jurídica con la que prácticamente se hubieran disipado los vacíos existentes en las disposiciones legales de dichos países.

La realidad boliviana no es distinta a la de sus vecinos que ya tienen legislada la figura de la tercerización, porque se puede observar que algunas empresas tercerizadoras generan fuentes de empleo estables y cumplen todas las cargas sociales, lo que permite un ambiente de seguridad jurídica y credibilidad comercial por lo avanzado de sus estructuras administrativas, que incluso les está permitiendo alcanzar mercados internacionales.

Sin embargo, en este momento surge la interrogante, ¿por qué en Bolivia se tiene una apreciación errada sobre la tercerización?

Al respecto, cabe señalar que esta mala apreciación radica en el elevado porcentaje de empresas que utilizan la tercerización de servicios, con la única finalidad de evadir el pago de costos sociales, contratando los servicios de una persona natural o jurídica denominada contratista, quien a su vez subcontrata personal bajo las condiciones del régimen establecido en el Código Civil, incurriendo en una simulación o fraude laboral.

Dentro de ese contexto, es comprensible que algunos sectores sociales, consideren que la tercerización es empleada solamente como una forma de evadir el pago de beneficios sociales y vulnerar derechos constitucionales. Y en algunos casos se ha podido verificar tal extremo, debido a la práctica arbitraria de algunos contratantes, lo que no quiere decir que la tercerización como institución jurídica tenga falencias por sí misma.

Es evidente que se han creado cientos de empresas tercerizadoras con la única finalidad de evadir cargas sociales, pero también hay

otras que cumplen a cabalidad las disposiciones de la Ley General del Trabajo, Código de Seguridad Social y Ley de Pensiones, y que en la actualidad siguen creando fuentes de empleo.

Otro elemento que sigue generando controversia en el País, representa el límite de su aplicación, más aún considerando que, como se mencionó anteriormente, existe confusión entre la externalización, subcontratación y tercerización, como si fueran figuras distintas.

Para una mejor comprensión sobre lo señalado anteriormente, y siguiendo la clasificación de la tercerización parcial, horizontal y vertical desarrollada en el punto 2 de este Capítulo, se analizarán las tareas propias y permanentes, tareas propias y no permanentes, secundarias y complementarias, actualmente aplicadas en el País.

3.1. Tareas propias y permanentes

El comercio avanza a grandes pasos, sin embargo, la rigidez y la falta de actualización y adecuación del derecho laboral a los tiempos modernos, tornan complicado identificar qué se entiende por tareas propias y permanentes en una empresa, llegando incluso al extremo de confundir ciertas modalidades contractuales determinadas por la LGT.

En algunas ocasiones esta situación es interpretada por algunos sectores sociales como ilegal, sin considerar los grandes beneficios económicos que genera la aplicación de la tercerización.

Dentro de ese contexto, se puede observar que del conjunto de normas legales del País, actualmente en vigencia, sólo dos contienen algo relacionado a tareas propias y permanentes, tareas propias y no permanentes, secundarias o complementarias, y son el artículo 127 del Código de Comercio y Resolución Ministerial No. 650/07 (Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social); esta última está relacionada a una limitación en la aplicación de contratos a plazo fijo, pero no especifica nada relacionado a la modalidad indefinida.

Con relación al Código de Comercio, el citado artículo hace referencia al contenido del instrumento constitutivo, y en especial el inciso 4 señala que el objeto social debe ser preciso y determinado:

“Art. 127.- (CONTENIDO DEL INSTRUMENTO CONSTITUTIVO). El instrumento de constitución de las sociedades comerciales debe contener, por lo menos, lo siguiente:

4) Objeto social, que debe ser preciso y determinado.”

La redacción de este artículo implica el punto de partida del negocio en sí, razón por la cual, la Ley establece que el objeto social o giro principal del negocio debe contener con claridad lo que se va a hacer en el futuro, lo que dependerá únicamente de la voluntad de los socios, y cuyo límite también será determinado por éstos.

Es así que, como ejemplo, si el objeto social o giro principal de un negocio está redactado en el sentido de una actividad hotelera, las tareas propias y permanentes serán aquellas que se encuentran detalladas en la constitución de la sociedad, pudiendo los socios perfectamente mencionar o no aquellas que consideran secundarias o complementarias, como ser las áreas de atención al cliente, comedor, seguridad u otras tantas.

Siguiendo esa línea se encuentra la redacción de la R.M. 650/07, mediante la cual el Órgano Ejecutivo definió lo que se debe entender por tareas propias y permanentes. Cabe recordar que dicha Resolución no alcanza a los contratos indefinidos.

La redacción a la letra dice:

“ARTICULO PRIMERO.- ...

2. En ese contexto las tareas propias y permanentes son aquellas vinculadas al giro habitual o principal actividad económica de la empresa; aquellas sin las cuales no tendría objeto la existencia de la unidad económica.”

Tal como se mencionó en el párrafo precedente, el Órgano Ejecutivo entiende que sin la tarea propia y permanente no tendría objeto la existencia del negocio, y tal como se indicó anteriormente, eso está

determinado exclusivamente por el objeto social redactado únicamente por los socios, no pudiendo interpretarse que cualquier otra actividad sea también parte del giro principal; lo contrario se entendería como imposición por una interpretación forzada y de alguien ajeno a la sociedad.

Como se mencionó anteriormente, no existe ninguna norma legal que regule actualmente la aplicación de contratos indefinidos en tareas propias y permanentes, es más, las disposiciones del D.S. 521/10, muestran una posición amplia sobre este tema, con la única condición de que no se vulneren derechos laborales.

Para mayor información sobre el contenido, análisis y efectos del D.S. 521, remítase al Capítulo IV, en el cual se puede apreciar con detalle un estudio de cada uno de los artículos que componen dicha norma, que si bien puede ser derogada en cualquier momento, sirve de guía para estudiar la aplicación actual de la tercerización en Bolivia

3.2. Tareas propias y no permanentes.

Antes de ingresar al análisis de las actividades secundarias y complementarias, es importante mencionar que el mismo punto 2 del artículo primero de la Resolución Ministerial No. 650/07, señala la definición de tareas propias y no permanentes, dentro de una línea de aplicación sólo a los contratos a plazo fijo, lo que significa que legalmente pueden ser tercerizadas siguiendo ciertas reglas.

"ARTICULO PRIMERO.- ...

2. Las tareas propias y no permanentes son aquellas que siendo vinculadas al giro habitual o principal actividad económica de la empresa, se caracterizan por ser extraordinariamente temporales, señalándose a continuación entre otras las siguientes:

- a) Las tareas de suplencia por licencias, bajas médicas, descansos pre y post natales, declaratoria en comisión.*
- b) Las tareas por cierto tiempo por necesidades de emporada (Art. 3° del D.L. 16187), exigencias circunstanciales,*

demanda extraordinaria de productos o servicios, que requiera contratación adicional de trabajadores.

- c) *Las tareas por cierto tiempo en organizaciones o entidades cuya fecha de cierre o conclusión de actividades se encuentre predeterminado."*

Se puede observar que en los 3 casos establecidos en esa norma, sólo se pueden suscribir contratos a plazo fijo, redacción que guarda total coherencia, por el hecho de que contratar de manera indefinida a una persona para reemplazar a otro trabajador sólo por unos cuantos días o quizás un par de meses, representaría un gasto inadmisibles y atentaría la economía de la unidad de negocio.

Es importante remarcar que no existe relación entre tareas propias y no permanentes, de aquellas que se entienden por secundarias o complementarias, cuyas definiciones y ejemplos se desarrollarán a continuación.

3.3. Tareas secundarias y complementarias

Anteriormente se mencionó que el objeto social pactado entre socios es el que determina el giro principal al que se dedicará un negocio, y que las actividades secundarias o complementarias también pueden o no estar definidas en el mismo texto, pero no por esa situación dejarán de ser desarrolladas.

También se señaló que algunos sectores sociales tienen el criterio de que todas las actividades que desarrolla una empresa, sean estas principales, secundarias o complementarias, corresponden a las tareas propias al giro del negocio, no obstante de que existen normas legales que estipulan lo contrario.

La divergencia demostrada a lo largo de la presente exposición, se encuentra respaldada en la doctrina argentina, siendo uno de los países cuya legislación y jurisprudencia ya han resuelto estos vacíos aún confusos en Bolivia, basándose en las siguientes consideraciones legales:

El tratadista argentino Mario Ackerman sostiene:

“En resumen, para esta postura los términos “específica” y “propia”, utilizados por el legislador para calificar a la actividad contratada, aluden sólo a aquellos servicios o trabajos permanentemente integrados e inseparablemente relacionados con la actividad que se desarrolla en el establecimiento (sea que se efectúe dentro o fuera de su ámbito). De ahí, que deban excluirse aquellas tareas, que aunque necesarias para el funcionamiento del establecimiento, resultan accesorias y perfectamente escindibles de la actividad desarrollada por la contratante, por no formar parte del giro normal y específico (propio) de la empresa.

Por su parte, el tratadista español Jesús Cruz Villalón señala:

“... desde el instante que una empresa opta por descentralizar, concertando una contratación de obra o servicios con una empresa, esa actividad deja de constituir parte integrante de su ciclo productivo y, por ende, en puridad, deja de formar parte de su propia actividad; en una perspectiva diacrónica, esa propia actividad en el pasado deja de serlo a partir del instante en que los descentraliza por medio de la celebración de la correspondiente contratación de obras o de servicios.”

Un ejemplo vertido por la jurisprudencia del vecino país, Argentina, es el relacionado al fallo de la Cámara Nacional de Apelación, dentro del caso 2001-324 seguido por Demetrio Álvarez contra American Green S.A., el cual determinó:

“La circunstancia de que la actividad del subcontratista resulte coadyuvante a la del empresario principal no resulta suficiente para autorizar la aplicación del artículo 30 de la LCT. La concesión de servicios gastronómicos no integra la actividad normal y específica propia del establecimiento dedicado al negocio de apuestas a carreras de caballo ya que, en caso de ser suprimida, no se alterarían los fines y propósitos de este último (CNAT, Sala I, 23-3-2001, Alvarez, Demetrio c/American Green S.A. y otros s/Despido, T. y S.S. 2001-324).”

Siguiendo la doctrina y jurisprudencia citadas, y continuando con el ejemplo de una empresa que sea constituida con el objeto principal de hotelería, perfectamente puede escindir el servicio de gastronomía a través de un tercero por tratarse de una actividad secundaria o complementaria, ya que su eliminación no afectaría la actividad propia, que es el brindar alojamiento.

Ahora bien, no obstante de que se ha identificado con claridad qué se puede tercerizar, existe un solo elemento legal que diferencia a Bolivia respecto de sus vecinos, y es la solidaridad dispuesta ya hace varios años atrás por el Código de Seguridad Social, sea cual fuere la forma de tercerización adoptada por una empresa, y que se verá a profundidad en otro capítulo.

¿CÓMO SE TERCERIZA? - FORMAS SOLIDARIDAD Y SUS ALCANCES

I. ¿CÓMO SE TERCERIZA? – FORMAS

En el capítulo I se habló sobre el concepto de tercerización, y también sobre cuándo y qué se puede tercerizar, correspondiendo ahora ingresar al análisis de la última pregunta, ¿Cómo?

Con carácter previo, resulta necesario advertir que en Bolivia la gente considera que la figura de la tercerización abarca todo lo que se imaginan, sin importar que existan diferencias.

Por tal motivo, para responder la interrogante resulta necesario recordar que en el capítulo I a tiempo de identificarse la pregunta ¿qué tercerizar?, se indicó que ésta podía ser total o parcial.

La cesión total corresponde simplemente a un arrendamiento de la empresa o negocio comercial y que ha sido ampliamente desarrollada en el apartado respectivo.

Respecto a la tercerización parcial se indicó que ésta podía ser horizontal, cuando existe una división de empresas para desarrollar parte del proceso productivo, o vertical si la descentralización corresponde sólo a funciones o áreas internas, sean de tareas propias, secundarias o complementarias.

Ahora bien, la modalidad de tercerización parcial que una empresa o negocio puede adoptar, se encuentra conformada por 3 clases:

- a) Tercerización propiamente dicha.
- b) Intermediación laboral.
- c) Proceso de Selección en cualquiera de sus formas.

Es importante aclarar que esta clasificación responde a una práctica real en Bolivia, que no guarda necesariamente relación con legislaciones de países vecinos, debido a los aspectos sociales o políticos propios de la época en que se vienen desarrollando.

a) Tercerización propiamente dicha.

Antes de ingresar al contenido de este punto, existe la obligación de remarcar la diferencia que existe entre el término “terciarización” y “tercerización”, para lo cual se extrae una parte del trabajo publicado por el economista uruguayo Luis Stolovich, que lleva por título La Tercerización, que dice:

“El lenguaje nos puede jugar una mala pasada y traernos confusión. Si cambiamos la segunda “e” de tercerización por “ia”, tendremos la terciarización. Pese a lo parecido de las palabras significan cosas muy distintas.

... Ya les dije que es tercerización. Su sinónimo es externalización de actividades de una empresa. Terciarización es otra cosa. Los economistas clasifican a las diferentes actividades económicas en tres grupos o sectores. El sector primario lo forman las actividades extractivas o productivas de recursos naturales: agricultura, ganadería, forestación, minería, pesca, etc. El sector secundario es el que transforma los recursos naturales, o sea la industria y la construcción. El sector terciario es una especie de bolsón en el que están todas las actividades comerciales y de servicios, desde las finanzas al comercio minorista, desde el transporte a las actividades jurídicas, pasando

por los servicios gubernamentales, los servicios sociales (salud, educación...), a las personas (peluquerías, cines, etc.), etc.

... La terciarización se refiere al crecimiento del peso económico del sector servicios. Es una tendencia del capitalismo contemporáneo que las actividades de servicios cada vez ocupan una proporción mayor de la población económicamente activa y realizan un porcentaje creciente del Producto (o sea de la producción de bienes y servicios). Cuando eso ocurre la economía de un país se "terciariza".

... Cuando algunas actividades integradas a una empresa industrial son tercerizadas, los trabajadores que antes formaban parte de la industria (sector secundario) pasan a formar parte de los servicios (sector terciario). El mecánico de mantenimiento probablemente siga haciendo la misma actividad que antes, pero como antes estaba en la plantilla de una empresa industrial figuraba en las estadísticas como trabajador del sector secundario. Ahora en las estadísticas figurará como miembro del sector terciario ya que la nueva empresa a la que pertenece es de servicios y no industrial. La tercerización lleva a la terciarización...

Como se puede observar, el autor del trabajo descrito líneas arriba, describe de manera muy práctica la diferencia que existe entre terciarización y tercerización, concluyendo con un elemento quizás nuevo para muchos, señalando que el área tercerizada al ser de servicios, se convierte en sector terciario sin dejar de ser secundario.

Posiblemente de ahí nace la confusión, pero en realidad corresponde emplear el término correcto, tercerización.

Ahora bien, ingresando al contenido del título, es importante recordar que la tercerización no es más que la desconcentración de un área interna para que la realice un tercero de manera externa, a través de la suscripción de un contrato de prestación de servicios.

Dentro de ese contexto, para que la tercerización sea entendida como tal, la empresa tercerizadora debe estar legalmente constituida como una de las sociedades tipificadas en el Código de Comercio;

disponer de recursos humanos, económicos, tecnológicos propios demostrables, y asumir toda la responsabilidad por estos, caso contrario, cualquier contrato suscrito podría ser materia de observaciones o nulidad por autoridad competente.

Del mismo modo, si la tercerizadora se dedicara a la intermediación laboral (destaque de personas), el objeto social de la constitución de la empresa debe contener específicamente tal actividad como parte del giro comercial.

Por lo señalado en el párrafo precedente, se pueden colegir los siguientes pasos que toda empresa debe verificar a tiempo de buscar un proveedor serio, que asegure el cumplimiento del objeto contratado hasta su conclusión pero, sobre todo, que garantice que no existirán conflictos laborales ni legales a futuro.

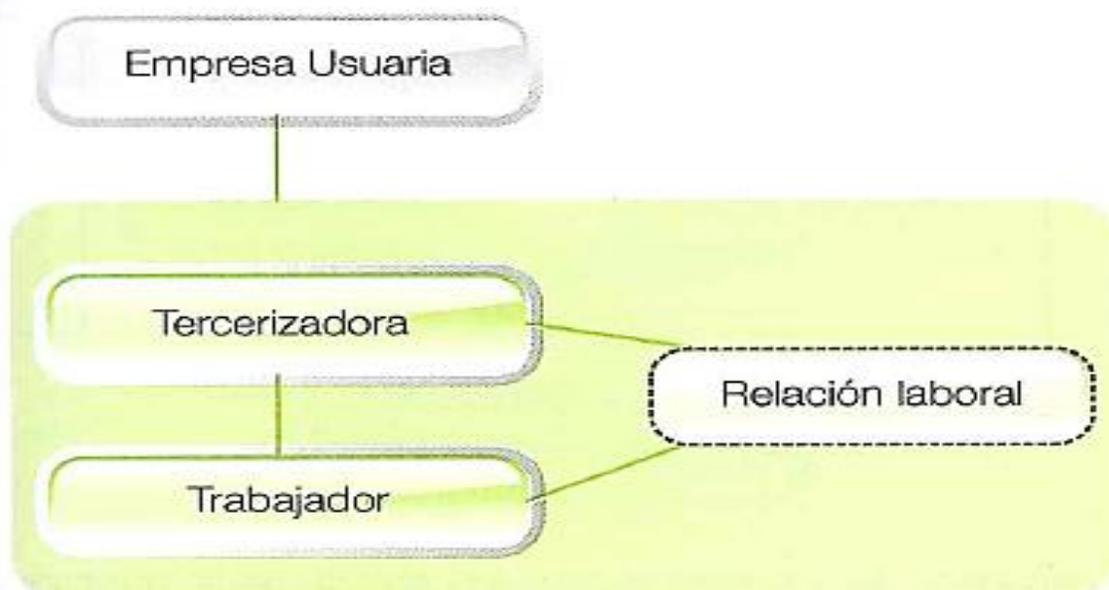
Los elementos imprescindibles que toda empresa tercerizadora debe exhibir a tiempo de ofrecer sus servicios, son los siguientes:

1. Constitución de Sociedad debidamente inscrita en el Registro de Comercio (Fundempresa), y cuyo objeto social sea específico.
2. Matrícula de Comercio actualizada emitida por el Registro de Comercio (Fundempresa).
3. Poder de representación legal inscrito en el Registro de comercio (Fundempresa).
4. Registro en el Servicio de Impuestos Nacionales y Estados Financieros.
5. Certificado de Solvencia Fiscal.
6. Organigrama interno y reglamento interno.
7. Registro en los entes de Seguridad Social de Largo y Corto Plazo.
8. Registro Obligatorio de Empleador (ROE) en el Ministerio de Trabajo debidamente actualizado, y acreditar si tiene sucursales.

9. Última planilla de trabajadores y todos los pagos efectuados a los entes gestores de Seguridad Social de Largo y Corto Plazo. Esto con la finalidad de verificar la existencia de pasivos laborales.
10. Estructura de costos.
11. Cartera de clientes con los que trabaja actualmente.

Sin importar la parte del proceso productivo o qué área se decida tercerizar, toda empresa debe exigir la presentación de estos documentos, y así evitar incurrir en una simulación o fraude laboral, lo que en el futuro podría desencadenar en un alto riesgo para quien contrata.

Cabe señalar que la tercerización siempre ha existido y se encuentra regulada como prestación de servicios en el artículo 732 y siguientes del Código Civil, por lo tanto, las contrataciones que las empresas vienen celebrando por más de 20 años, representa la aplicación de esta modalidad, la cual siempre ha funcionado de la siguiente manera:



b) Intermediación laboral

La intermediación laboral es otra variedad de la tercerización, con la diferencia que no es una parte del proceso productivo o una área interna lo que se terceriza, sino, es la contratación de una empresa para el suministro de personal que realizará sus actividades directamente bajo la subordinación del contratante, ya sea en tareas propias y permanentes, secundarias o especializadas, siempre que no se vulneren cargas sociales.

Si bien la línea que la separa de la tercerización propiamente dicha es muy delgada, sus características y efectos son notoriamente distintos.

Aquellas empresas que utilizan la intermediación para hacer fraude laboral, operan de la siguiente manera:

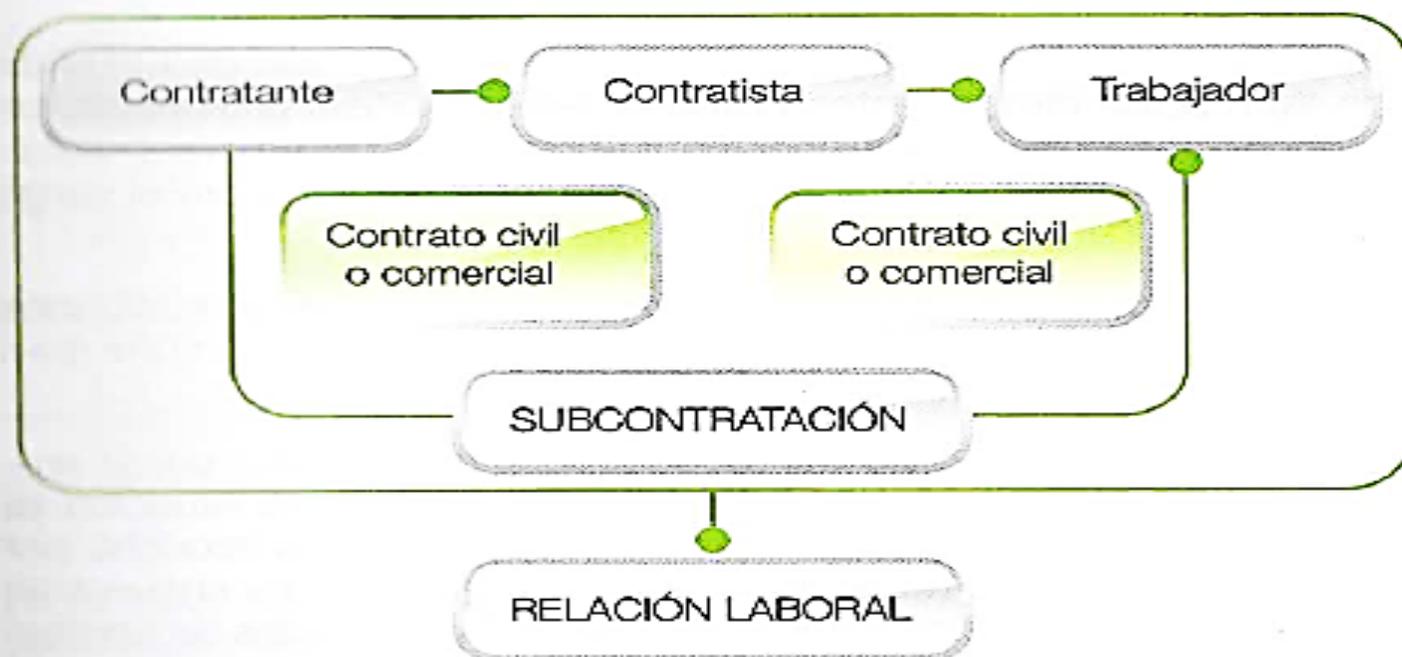


En este escenario se muestra la práctica errada de la intermediación, toda vez que la relación entre el contratista y subcontratista debe ser de carácter laboral en todo momento.

Incluso, en algunos casos se presenta el extremo de que el intermediador cobra a los subcontratistas una comisión de sus remuneraciones por el hecho de conseguirles trabajo.

Aún no existe un fallo del máximo Tribunal de Justicia, pero se infiere que en aplicación del principio de primacía de la realidad y las características esenciales de la relación laboral, con seguridad se determinará la presencia de un vínculo amparado por la Ley General del Trabajo.

Sin embargo, a pesar de que no existe un fallo firme, se debe aplicar también el aspecto de solidaridad dispuesta por las normas de seguridad social vigente, que buscan la protección de cualquier persona que presta sus servicios sin importar la modalidad contractual, lo cual permite entender desde otro punto de vista cómo debe operar la intermediación laboral, siendo correcta la siguiente:



Cabe señalar que si el subcontratado es una persona natural, no puede existir una relación civil o comercial; siempre será laboral. Esta situación es distinta cuando se trata de personas jurídicas, ya sea por prestación de servicios o realización de obras, como se puede ver en el siguiente ejemplo: El Estado contrata a una empresa constructora para que se haga cargo de un tramo carretero, pero ésta al no contar con todos los recursos tecnológicos, podrá subcontratar a terceros debidamente acreditados como sociedades comerciales, para que le provean maquinarias, incluso operadores. Esto es totalmente lícito.

c) Proceso de Selección en cualquiera de sus formas.

Todos los días se pueden ver en los diferentes medios, sean estos escritos, televisivos o virtuales, avisos ofertando fuentes de empleo a través de tercerizadoras, siendo en muchos casos empresas especializadas en el área de la Gestión del Talento Humano.

Estos procesos normalmente consisten en la recepción de hojas de vida, aplicación de diferentes pruebas, evaluaciones, entrevistas, se miden las competencias, alineación a la cultura de la empresa solicitante y, finalmente, contratación del postulante elegido para el cargo ofertado.

Todo dentro de un plazo aproximado de 15 a 30 días, y en algunos casos, quizás meses por tratarse de procesos que implican una gran cantidad de puestos.

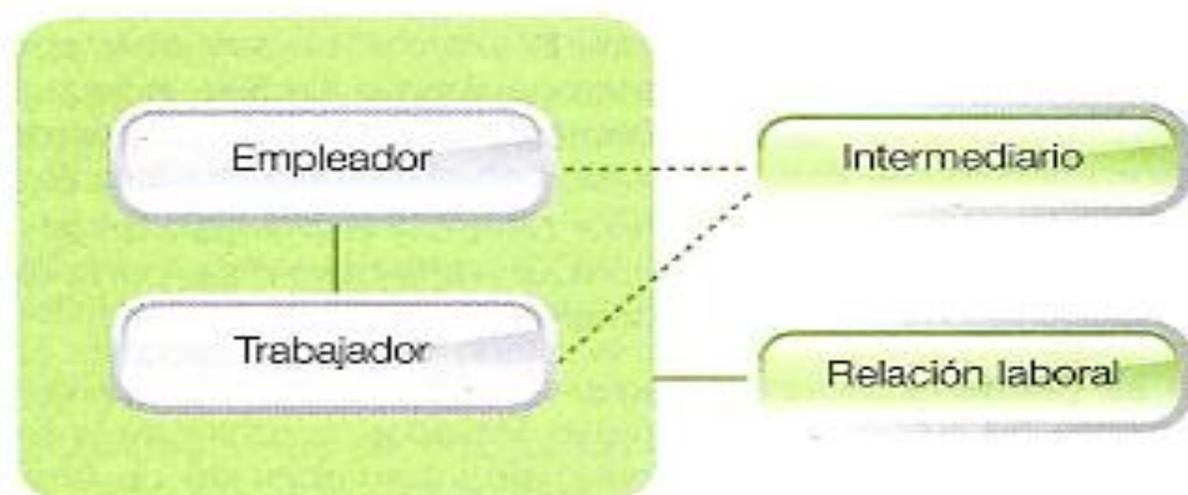
Cabe señalar que el precio del servicio debe ser cubierto por la empresa solicitante y no por el postulante, sin embargo, la situación es distinta en otros mecanismos que ocasionalmente se escuchan por radio y cuyos centros de reclutamiento normalmente se encuentran en los mercados populares, tal es el caso de las Agencias de Empleo Privadas orientadas en su mayoría al sector de las trabajadoras del hogar.

La mayoría de estas agencias funcionan informalmente, motivo por el cual, durante los últimos años han sido objeto de muchas críticas,

principalmente por tres elementos: 1. Cobran un porcentaje al postulante una vez que le consiguen el empleo, 2. Falsas promesas de trabajos en ciudades alejadas, y 3. Trata de personas. En cuanto a este último punto, no existen en el País los sistemas mínimos necesarios para evitar su práctica, quedando sus actores en la impunidad.

Por otro lado, el Ministerio de Trabajo a través de la Dirección Nacional de Empleo, utiliza como herramienta para intermediar la oferta y demanda de trabajo la denominada Bolsa de Trabajo que se publica gratuitamente en los medios de prensa escrita y página web de dicha entidad gubernamental pero, debido a sus limitaciones técnicas en procesos de selección, sólo tiene capacidad para difundir solicitudes de trabajo en su mayoría del sector fabril.

El proceso de selección opera de la siguiente manera:



En el año 2007, el Ministerio de Trabajo encargó a un equipo de consultores la elaboración de un proyecto de decreto supremo para regular este tipo de intermediación, en el cual se sugerían dos puntos:

a) Imponer la solidaridad en las cargas sociales para aquellas empresas intermediadoras, a pesar de que no correspondía por ausencia de relación laboral, y b) Establecer un porcentaje fijo por concepto de

honorarios, los cuales bajo ninguna circunstancia podían ser cobrados al trabajador.

La redacción de dicho proyecto evidenciaba la poca experiencia del equipo al cual se encargó su elaboración, ya que su contenido no contemplaba la forma cómo opera un proceso de selección, y solamente se limitaba a regular el trabajo asalariado del hogar, razón suficiente para ser objeto de críticas y, por tanto, fue rechazado por los diferentes sectores dedicados a la selección de personal.

De igual forma, las Agencias de Empleo Privadas legalmente constituidas, a tiempo de formular sus observaciones, solicitaron al Ministerio de Trabajo efectúe las gestiones necesarias para que se ratifique el Artículo primero, inciso a) del Convenio No. 181 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que dice:

“Artículo 1

A efectos del presente Convenio, la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;”

Como se puede observar, de acuerdo a lo expresado por la OIT, el concepto de Agencias de Empleo Privadas comprende a todas las empresas que prestan el servicio de intermediación de oferta y demanda de empleo, y la ratificación del Convenio No. 181 permitiría que este tipo de actividad se pueda controlar de manera más eficiente.

Sin embargo, actualmente se trabaja sin una reglamentación clara debido a que Bolivia ratificó la parte II del Convenio No. 96 de la OIT, que si bien regula este tipo de actividades, establece que en un tiempo determinado por las autoridades, los intermediarios deberán ser eliminados progresivamente siempre que el Estado haya establecido el servicio público de empleo.

De acuerdo a la parte II del Convenio No. 96, ya se ha conformado un servicio público de empleo y está a cargo de la Dirección Nacional de Empleo dedicada exclusivamente a la oferta y demanda de trabajo, pero en la realidad, la eliminación de los intermediarios es poco probable considerando que el propio Estado recurre a los servicios privados de oferta y demanda antes que a su Bolsa de Trabajo.

Para mayor ilustración se transcribe la parte pertinente del Convenio No. 96 de la OIT:

*"CONVENIO N° 96 DE LA OIT
RELATIVO A LAS AGENCIAS RETRIBUIDAS DE COLOCACION
PARTE I
DISPOSICIONES GENERALES*

Artículo 1°

1.- A los efectos del presente Convenio, la expresión "agencia retribuida de colocación" significa:

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

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

Artículo 2°

1.- Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá indicar en su instrumento de ratificación si acepta las disposiciones de la Parte II que prevén la supresión progresiva de las

agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y la reglamentación de las demás agencias de colocación, o si acepta las disposiciones de la Parte III, que prevén la reglamentación de las agencias retribuidas de colocación, comprendidas las agencias de colocación con fines lucrativos.

PARTE II

SUPRESION PROGRESIVA DE LAS AGENCIAS RETRIBUIDAS DE COLOCACION CON FINES LUCRATIVOS Y REGLAMEN- TACION DE LAS DEMAS AGENCIAS DE COLOCACION

Artículo 3º

1.- Las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, comprendidas en el párrafo 1 A) del artículo 1º, deberán suprimirse dentro de un plazo limitado, cuya duración se especificará por la autoridad competente.

2.- Dichas agencias no deberán suprimirse hasta que no se haya establecido un servicio público de empleo.”

2. SOLIDARIDAD Y SUS ALCANCES

En los últimos años se han promulgado algunos decretos supremos que reglamentan la solidaridad de las cargas sociales, sin importar el tipo de relación comercial que se suscriba, esto con la finalidad de precautelar los derechos laborales que son irrenunciables e imprescriptibles de acuerdo a los numerales III y IV del artículo 48 de la Constitución Política del Estado.

Sin embargo, y sin el ánimo de restarles importancia, estos decretos supremos representan un recordatorio de lo que la Ley General del Trabajo, Código de Seguridad Social y D.S. 5315 Reglamento al C.S.S., establecen con bastante claridad sobre la solidaridad.

La redacción del artículo 2 de la LGT, define al empleador señalando:

“ARTICULO 2º Patrono es la persona natural o jurídica que proporciona trabajo, por cuenta propia o ajena, para la ejecución o explotación de una obra o empresa.”

Obsérvese que la condición de empleador es atribuida a una persona (natural o jurídica) que proporciona trabajo directamente o por cuenta de un ajeno, con lo cual y de alguna manera, se entiende que una fuente de empleo puede ser generada por un tercero, siendo el beneficiado con la fuerza de trabajo también responsable de cubrir las cargas sociales. Aquí se deja pendiente un punto a ser analizado más adelante (*).

Por su parte, el inciso a) del artículo 13 del Código de Seguridad Social define como empleador:

“a) Empleador. - La persona natural o jurídica a quien se presta el servicio y por cuya cuenta u orden se efectúa el trabajo, mediante un contrato público o privado, expreso o presunto de trabajo, o de aprendizaje, cualquiera sea la forma o modalidad de la remuneración. Asimismo, se considerarán empleadores a las cooperativas de producción y a los contratistas, subcontratistas o intermediarios en la explotación de empresas y negocios....”

Este inciso permite comprender con mayor claridad que para efectos de la seguridad social, el beneficiado con la fuerza de trabajo tiene la calidad de empleador, sin importar que haga un contrato de manera directa o mediante un contratista, subcontratista o intermediario. De igual forma se deja pendiente este punto para análisis (**).

Finalmente, el artículo 10 del D.S. 5315 (Reglamento al C.S.S.), establece:

“Artículo 10.- Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que tienen contratistas, subcontratistas u otros intermediario que empleen trabajadores incluidos al campo de aplicación del Código, están solidariamente obligados a la afiliación de estos trabajadores, así como al pago de las cotizaciones patronales y laborales para los mismos.”

En este artículo se puede apreciar la evolución de la normativa de seguridad social, que si bien se refiere sólo a las obligaciones de Largo y Corto Plazo, ya es una norma de antigua data que determina

la solidaridad de quien contrata, en caso de que el contratista, subcontratista u otro intermediario no pague las cotizaciones patronales y laborales, en aplicación de lo señalado en el artículo 2 de la LGT y 13 del Código de Seguridad Social. (*)(**)

Actualmente, a través de lo señalado en el D.S. 521 se ratifica la solidaridad del contratante, motivo por el cual, una de los elementos más importante de precautelar al momento de tomar los servicios de tercerización, pasa por verificar la existencia de una sociedad comercial legalmente constituida, con patrimonio demostrable, infraestructura y organización administrativa. (Se aplica también a la externalización y subcontratación, porque son lo mismo tal como se analizo en el capítulo I)

2.1. Solidaridad – Tercerización

De acuerdo a lo señalado en el numeral II del D.S. 521, la solidaridad se extiende al contratante, cuando se ha verificado que la empresa prestadora de servicios no cumplió con las cargas sociales, tal como se puede ver en la siguiente redacción:

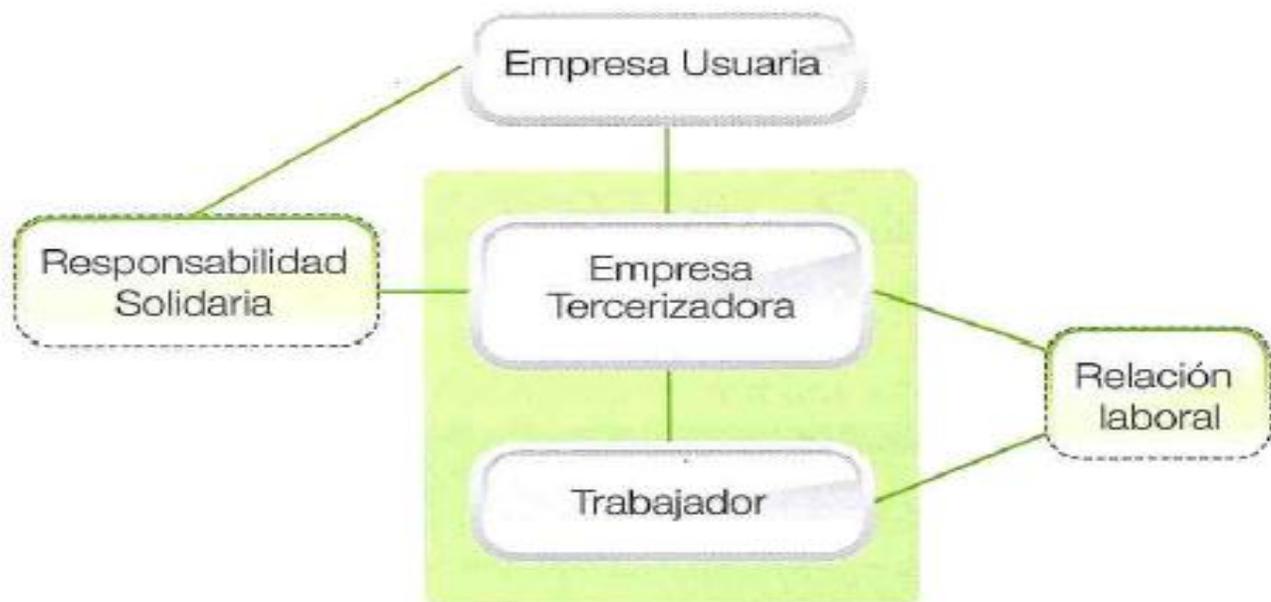
“ARTÍCULO 5.- (CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIOLABORALES).-

En caso de constatarse la tercerización, subcontratación, externalización, enganche u otras en tareas propias y permanentes al giro del establecimiento laboral, las trabajadoras y trabajadores, las ex trabajadoras y ex trabajadores en forma personal o mediante su representación sindical, podrán acudir ante las Jefaturas Departamentales y Regionales de Trabajo dependientes del Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, para exigir el cumplimiento de sus derechos sociolaborales”.

La redacción de este artículo está en directa relación con lo dispuesto por el Código de Seguridad Social y su Decreto Reglamentario, porque el trabajador debe estar protegido sin importar el tipo de tercerización que una empresa opte realizar.

Tal extremo se puede observar cuando los entes de Seguridad Social de Largo y Corto Plazo proceden con una fiscalización de pasivos laborales, utilizando a tal efecto el balance anual del empleador como punto de partida para determinar la presencia de contratos con terceras personas, y verificar si éstos, en su condición de proveedores, están cumpliendo con las cargas sociales de sus trabajadores.

La solidaridad en la tercerización opera de la siguiente manera:



2.2. Solidaridad – Intermediación (Suministro de personal)

Ahora bien, cuando se ingresa al campo de la intermediación laboral a través del suministro de personas, el escenario se torna más complejo porque en esta modalidad a diferencia de la tercerización, se está destacando personal a una empresa para que preste sus servicios bajo su subordinación, lo que implica que el trabajador recibirá las instrucciones directamente del contratante, constituyéndose así en

una relación real de trabajo, mientras que con el intermediario sólo habrá una relación formal.

No obstante de que el artículo 10 del Decreto Reglamentario al Código de Seguridad Social determina la solidaridad en todos los casos de tercerización incluida la intermediación, la única disposición legal vigente que regula la actividad en sí misma se encuentra señalada en el numeral II del artículo 5 del D.S. 521, que dice:

ARTÍCULO 5.- (CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIO-LABORALES).-

II. Los empleadores que ocupen trabajadoras o trabajadores a través de otras empresas, en actividades propias y permanentes al giro del establecimiento laboral, son responsables de todas las obligaciones sociolaborales así como de los aportes a la Seguridad Social."

La solidaridad en la intermediación opera de la siguiente manera:



2.3. Solidaridad - Proceso de selección en cualquiera de sus formas.

Para las empresas que prestan el servicio de oferta y demanda laboral, no puede aplicarse la solidaridad descrita en los casos anteriores, ya que la atribución de fiscalizar el cumplimiento de cargas sociales en una relación laboral es del Ministerio de Trabajo, y no así de los intermediadores.

Es importante recordar que el intermediador sólo realiza la tarea de mediación entre la oferta y demanda de empleo, es decir, interviene en el proceso de selección para la contratación de un trabajador por parte de una empresa que requiere dicho servicio y luego desaparece, por tanto, no puede atribuírsele responsabilidad alguna, más que la de cumplir con la normativa laboral de sus propios dependientes, tal como señala el inciso b) del artículo del D.S. 521, que dice:

"ARTÍCULO 2.- (INFRACCIONES DE LEYES SOCIALES INFRACCIONES DE LEYES SOCIALES).- Son consideradas infracciones de Leyes Sociales además de las establecidas en la normativa vigente, las siguientes:

Reclutar y proporcionar fuerza de trabajo, sea manual, intelectual o mixta, con o sin fines de lucro mediante las figuras de subcontratación, tercerización, enganche y externalización o cualquier forma que no cumpla con la normativa sociolaboral."

3. SOLIDARIDAD EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

La solidaridad en Bolivia ha sido instituida hace más de 50 años con la promulgación del Código de Seguridad Social y su Decreto Reglamentario, a diferencia de los países vecinos en los cuales fue tema de discusión hasta fines de la década de los años 90 o más, habiéndola incluido recientemente en sus ordenamientos jurídicos, lo cual les ha permitido regular estas modalidades antes que prohibirlas, porque además entienden que son necesarias para lograr un desarrollo comercial.

3.1. Argentina – Véase texto completo en anexos.

En la República Argentina, la solidaridad para empresas tercerizadas ha sido instituida mediante el artículo 17 de la Ley 25.013, que modifica el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo No. 20.744, y la parte pertinente señala que:

"ARTÍCULO 17.- Sustitúyese el segundo párrafo del artículo 30 del Régimen de Contrato de Trabajo (Ley 20.744 t.o. 1976) por el siguiente texto:

El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionados, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones, de la seguridad social

Con relación a las empresas intermediadoras, la solidaridad se encuentra regulada por el artículo 29 de la Ley de Contrato de Trabajo, que en la parte correspondiente estipula lo siguiente:

"ARTICULO 29.- Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social."

3.2. Chile - Véase texto completo en anexos

Por su parte, la legislación chilena regula la solidaridad en la tercerización (la denominan subcontratación), en el artículo 183-B del Código del Trabajo incorporado recién en el año 2006 mediante la Ley No. 20123, señalando puntualmente lo siguiente:

"Párrafo 1º - Del trabajo en régimen de subcontratación

Artículo 183-B.- La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente

El inciso siguiente es el descrito en el artículo 183-C, que está relacionado con el derecho que tiene la empresa principal (contratante) de ser informado en cualquier momento sobre el cumplimiento de los derechos sociolaborales de los trabajadores del contratista y también del subcontratista, que a la letra dice:

"Artículo 183-C.- La empresa principal, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informada por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas."

Para la modalidad de la intermediación tal como la conocemos en Bolivia, la legislación chilena ha determinado que el suministro de personal sólo puede operar bajo ciertas circunstancias, estableciendo a tal efecto dos escenarios simples. El primero, que la empresa intermediadora constituya una garantía permanente, susceptible de ser modificada cada doce meses y según la cantidad de trabajadores,

que tiene por finalidad cubrir las obligaciones laborales y legales. La segunda posibilidad es que el trabajador del intermediario sea considerado como dependiente directo de la empresa usuaria (contratante), con lo cual, la situación de esta figura es bastante clara en el vecino país.

3.3. Colombia - Véase texto completo en anexos

No obstante de que Colombia tiene un sistema económico de libre mercado, lo que llevaría a pensar que la relación laboral es flexible, el Código Sustantivo del Trabajo de dicho país regula de manera puntual la solidaridad con los contratistas independientes, señalando en su artículo 34 lo siguiente:

"ARTÍCULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. 1º) ... Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2º) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

Respecto a la solidaridad en la intermediación, la legislación colombiana básicamente establece que el empleador es el que se beneficia con el trabajo, y que el intermediario es el que se convierte en solidario sino manifiesta el nombre de su contratante.

Esta regulación se encuentra en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, y está tipificado como simple intermediario, que dice:

"ARTÍCULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.

3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas."

3.4. España

El Estatuto de los Trabajadores, incluida la reforma laboral del año 2006, establece en el inciso 2 del artículo 42 respecto a la subcontratación de obras y servicios, que el contratante o empresa principal responde solidariamente con los contratistas y subcontratistas hasta un año después de extinguidos los contratos.

"42. Subcontratación de obras y servicios.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata."

Por su parte, la solidaridad en la intermediación se encuentra regulado por el artículo 43 como cesión de trabajadores, e indica puntualmente en el inciso 3 la corresponsabilidad del contratante y contratista:

"43. Cesión de trabajadores.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos."

3.5. Perú - Véase texto completo en anexos

En el vecino país peruano, la tercerización se encuentra muy bien estructurada desde un punto de vista legal, ya que existen dos normas legales separadas que regulan la tercerización y la intermediación laboral.

Con relación a la tercerización, la solidaridad está regulada por lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley No. 29245 denominada "Ley que regula los servicios de tercerización", y artículo 3° del Decreto Legislativo No 1038, que dicen:

"LEY 29245

LEY QUE REGULA LOS SERVICIOS DE TERCERIZACIÓN

Artículo 9°.- Responsabilidad de la empresa principal.

La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral."

Decreto Legislativo No. 1038

Precisa los alcances de la Ley 29245

Artículo 3°.- Responsabilidad en la tercerización de servicios

La solidaridad a que se refiere el artículo 9° de la Ley N° 29245 se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral."

Finalmente, cabe señalar que la intermediación laboral en el Perú está regulada por la Ley No. 27626, de manera separada a la tercerización, regulando expresamente que el suministro de personal sólo puede ser realizado en tareas temporales, especializadas o complementarias, y que en caso de evidenciarse que esta limitación fue infringida, se

entenderá que los **trabajadores son dependientes directos** de la empresa contratante desde el primer día que iniciaron actividades.

Como se puede observar en todas las legislaciones citadas anteriormente, la **solidaridad** se encuentra regulada de manera concreta, y en la mayoría se pretende buscar la protección de los trabajadores que prestan servicios sin importar la modalidad en la cual fueron contratados.

CAPITULO III

CONTRATO DE ENGANCHE

1. ANTECEDENTES

Tal como se mencionó en el primer capítulo, el contrato de enganche en Bolivia será objeto de un análisis especial que permita mostrar las características que lo diferencia de la tercerización, esperando de esa manera que no se vuelva a confundir que esta modalidad, además de estar prohibida expresamente por el artículo 31 de la LGT, no es lo genérico como mencionan en la exposición de motivos del D.S. 521.

Dentro de ese contexto, para el presente análisis se recurrirá a lo establecido por el numeral III de los Fundamentos jurídicos de la Sentencia Constitucional N° 1846/2004-R, que hace referencia a "El canon de constitucionalidad en la interpretación", motivo por el cual, se considera imprescindible mencionar que existen reglas admitidas por el derecho, sobre la forma como las autoridades deben sujetar su labor interpretativa de las normas.

1. Partiendo de esa premisa, se señalan las reglas de interpretación establecidas por el Tribunal Constitucional, que son 4:¹
2. Interpretación al tenor de la norma (interpretación gramatical).
3. Estudios preparatorios de la ley y la historia de formación de la ley (interpretación histórica).
4. Con base en su finalidad (interpretación teleológica).
5. Con base en el contexto (interpretación sistemática).

¹ Sentencia Constitucional N° 1846/2004-R

2. ANALISIS

Para realizar el análisis del contrato de enganche establecido en el artículo 31 de la Ley General del Trabajo, se aplicará cada una de las reglas admitidas por el derecho.

2.1 Interpretación gramatical

Con la finalidad de emplear adecuadamente la primera regla de interpretación, se deben separar los términos contrato y enganche. Respecto al primero, no corresponde hacer ninguna aclaración por considerarlo un concepto básico en derecho.

En cuanto al término enganche se presenta la definición señalada por la Real Academia Española, que dice:²

“enganche.

- 1. m. Acción y efecto de enganchar o engancharse.*
- 2. m. Pieza o aparato dispuesto para enganchar.*
- 3. m. entrada (□ cantidad que se entrega como primer pago).”*

Según esta definición, la palabra “enganche” por si sola, desde el punto de vista gramatical, carece de un sentido semántico cuando se lo pretende aplicar a una relación laboral pero, cuando es aplicado como verbo adquiere el siguiente significado:³

“enganchar.

- 1. tr. Prender algo con un gancho o colgarlo de él. U. t. c. intr. y c. prnl*
- 2. tr. Prender, asir, trabar, aunque no sea con un gancho. U. t. c. prnl. Me enganché el vestido con un clavo.*
- 5. tr. Contratar trabajadores.”*

2 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Madrid, 2001

3 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *ob. cit.*

La segunda definición tampoco permite comprender la naturaleza jurídica de la figura estudiada, debido a que su significado reviste un carácter general, pudiendo asimilarse cualquier relación laboral como un contrato de enganche.

2.2 Interpretación histórica

La legislación laboral data del año 1.939 y 1.942, motivo por el cual, el aspecto histórico jugará un papel preponderante en este estudio, ya que la base principal de su promulgación se encuentra relacionada con la necesidad de regular la relación obrero patronal, emergente de las actividades de comercio desarrolladas dentro de una realidad socio económica de esa época.

Las circunstancias sociales en las cuales se practicaba el enganche durante las primeras 4 décadas del siglo XX, demandó del Estado una mayor protección frente a los permanentes abusos cometidos a los campesinos e indígenas por parte de la clase dominante, situación que se ve plasmada en determinadas normas elaboradas con carácter proteccionista antes que económico.

Si bien la figura de enganche era una práctica común de reclutamiento de trabajadores para tareas agrícolas y zafreras, sus efectos normalmente derivaban en trabajos forzosos, motivo por el cual, el Estado tuvo que prohibir su ejercicio al sector privado, como una manera de erradicar el sometimiento servil de los campesinos y pueblos indígenas que se realizaba de manera habitual, bajo la promesa de una relación laboral justa.

El Programa de Acción Especial Para Combatir el Trabajo Forzoso de la OIT, encomendó a un equipo conformado por un antropólogo y un sociólogo, la elaboración de un estudio minucioso sobre el contrato de enganche en Bolivia y sus efectos.

Durante el mes de enero del año 2005, la OIT publicó esa investigación que lleva por título "ENGANCHE Y SERVIDUMBRE POR DEUDAS EN

BOLIVIA", como parte de la promoción de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

En la primera parte del documento se encuentra una relación histórica de la figura de enganche, demostrando que incluso en nuestra época persiste el sometimiento de los campesinos, siendo casi imposible para el Estado poder controlar su práctica.

Para conocer los alcances del trabajo "ENGANCHE Y SERVIDUMBRE POR DEUDAS EN BOLIVIA, elaborado por Eduardo Bedoya Garland y Álvaro Bedoya Silva Santiesteban, se cita el concepto de enganche brindado por los mismos, que dice:

"... el enganche constituye una forma de reclutamiento a través de la cual un agente reclutador denominado enganchador o "negrero" o contratista, o subcontratista, adelanta a un agricultor con o sin tierra, una cantidad de dinero a modo de "anticipo" que será descontado sobre un futuro ingreso que los trabajadores obtendrán en un lugar lejano, en este caso el departamento de Santa Cruz. El agricultor o trabajador que recibe el adelanto o anticipo, constata tarde o temprano que para pagar la deuda no tiene otra opción que trabajar en el lugar que determine el enganchador, en este caso una plantación de azúcar. En la mayoría de los casos, no obstante, el trabajador conoce perfectamente desde el principio que la relación con el enganchador implica pagar la deuda con su propio trabajo"⁴.

Como se puede observar, el enganche es una figura de reclutamiento de mano de obra para trabajar en la cosecha de las plantaciones de caña de azúcar, algodón, castaña, etc., pero en lugares distintos al de la residencia habitual de los obreros, y por los elementos históricos anteriormente descritos, su aplicación sólo alcanzaba a la actividad agrícola o zafrera.

4 BEDOYA GARLAND, Eduardo, BEDOYA SILVA SANTIESTEBAN, Álvaro, *Enganche y Servidumbre por deudas en Bolivia*, Ginebra OIT, 2005.

2.3 Interpretación teleológica

La redacción del artículo 31 de la Ley General del Trabajo, no refleja con exactitud el origen que motivo su legislación, y menos las causas que generaron su prohibición al sector privado.

En ese sentido, la utilización de la presente regla de interpretación, permitirá conocer con exactitud la finalidad que tuvieron los legisladores de la época, para introducir el contrato de enganche en la legislación laboral de 1939.

Por esa razón, se cree oportuno citar la definición señalada por la Enciclopedia OMEBA sobre el contrato de enganche:

“El reclutamiento de obreros para trabajar en lugares distintos al de su habitual residencia ha recibido la denominación de contrato de conchabo o contrato de enganche”.⁵

En esta parte, se advierte que el uso de la palabra enganche o conchabo consultada en la Enciclopedia Jurídica Omeba, no refleja gramaticalmente el contenido del acto jurídico en sí mismo, motivo por el cual, la utilización del término para calificar un contrato, puede ocasionar error o confusión.⁶

Todos los textos consultados, no señalan a la figura de enganche como una modalidad contractual, sino como una forma de reclutamiento de mano de obra, por la cual, los trabajadores a cambio de un anticipo de dinero, se trasladan a un lugar geográficamente distinto, para realizar trabajos agrícolas o zafreros.

El hecho de que el enganche se encuentre regulado en la Ley General del Trabajo como una modalidad contractual, tiene como única finalidad controlar una mala práctica por parte de los llamados enganchadores, debido a los abusos que se cometían a los trabajadores reclutados bajo esas condiciones, pero nunca la de prohibir el acto en sí.

5 ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA

6 Idem.

Asimismo, se pretendió erradicar el trabajo forzoso de los campos de producción, y el sometimiento servil en el que se encontraban los campesinos e indígenas.

Es así que a partir de la legislación de 1.939, el Estado a través de la Ley General del Trabajo, y concretamente con el artículo 31, tomó la decisión de actuar como enganchador, a fin de asegurar que el contrato de trabajo suscrito entre patronos y enganchados reúna todas las características legales y cargas sociales señaladas por Ley.

Hoy en día, la figura jurídica del enganche no representa una amenaza para los trabajadores, debido a la evolución de la legislación y doctrina laboral, que se encuentra traducida en Convenios de la OIT ratificados por Bolivia, como también en diversos decretos supremos que regulan el trabajo agrícola y de zafra.

2.4. Interpretación sistemática

Para el análisis de este punto, hay que mencionar como fundamento lo estipulado en el Manual de Técnicas Normativas, aprobado por el Decreto Supremo N° 25350 de fecha 8 de abril de 1999, que en el numeral 8° (Contenido descriptivo del título de todas las normas), inciso 8.1., indica que: "El contenido descriptivo del título de la norma, será breve y expresará con claridad el contenido de esta."; asimismo, el inciso 8.2., señala que: "El contenido descriptivo del título hará alusión directa al contenido regulatorio..."

Por ese motivo, es importante estudiar la estructura de la Ley General del Trabajo y otras normas concordantes, con la finalidad de demostrar que la aplicación del contrato de enganche es de uso exclusivo para el sector agrícola y zafrero.

La Ley General del Trabajo de 1939, en el Título II Del Contrato de Trabajo, se encuentra el artículo 31 que hace referencia al enganche como una modalidad contractual, que dice:

"El artículo 31°.- El contrato de enganche es el que tiene por objeto la contratación de trabajadores, por persona distinta del

patrono, para faenas que generalmente deben cumplirse lejos de su residencia habitual. Sólo el Estado podrá en lo sucesivo actuar como intermediario entre patronos y trabajadores, organizando servicios gratuitos de enganche. El traslado de los trabajadores se hará conforme a lo que determina el Art. 9 de esta Ley".⁷

1. *Este artículo está compuesto por 3 partes importantes, que son:*
2. *El contrato celebrado por persona distinta al patrono.*
3. *Para faenas que deben cumplirse lejos de la residencia habitual del trabajador.*
4. *Sólo el Estado podrá actuar como intermediario entre patronos y trabajadores.*

Al respecto, y siguiendo tanto las reglas de interpretación, como el manual de Técnicas Normativas, se puede señalar que la interpretación del contrato de enganche, a la cual hace referencia el Artículo 31º de la Ley General del Trabajo, limita a toda persona natural o jurídica, pública o privada, únicamente cuando practiquen un enganche o reclutamiento de trabajadores para realizar exclusivamente trabajos agrícolas o zafreros de cualquier clase.

Asimismo, la Ley prohíbe el enganche (adelanto de dinero en efectivo para someter a trabajadores a un patrón) y entrega a las autoridades correspondientes la obligación de crear oficinas de contratación que reemplacen al contrato de enganche⁸.

Finalmente, todas las disposiciones que mencionan la figura de enganche, relacionan esta modalidad sólo a labores realizadas por trabajadores gomeros, castañeros, zafreros de la caña de azúcar y algodón. Algunas de estas disposiciones son:

1. *R.S. 158242 de 15 de julio de 1971*
2. *R.S. 158243 de 15 de julio de 1971*

⁷ SANDOVAL RODRIGUEZ, Isaac, *Legislación del Trabajo*, Ed. Amigos del Libro, 17ª ed., La Paz, 2009

⁸ BEDOYA GARLAND, Eduardo, BEDOYA SILVA SANTIESTEBAN, Álvaro, *ob. cit.*

3. *D.S. N° 19524 de 26 de abril de 1983*
4. *D.S. N° 20255 de 24 de mayo de 1984.*

Por todo el análisis realizado anteriormente, se puede determinar que el alcance jurídico del contrato de enganche, corresponde a trabajos relacionados exclusivamente con el sector agrícola y zafrero, por lo que, su prohibición no puede aplicarse, ni siquiera por analogía, a ningún otro tipo de servicio ofrecido bajo la figura de tercerización.

3. CONCLUSIONES

Del análisis realizado, se puede señalar que el contrato de enganche corresponde a una figura jurídica de reclutamiento de mano de obra, para realizar actividades agrícolas o zafreras, en lugar lejano y distinto geográficamente al de la residencia habitual del trabajador.

Las condiciones sociales y económicas de la presente época, difieren enormemente de las primeras 4 décadas del siglo XX, motivo por el cual, el Estado encomendó a una comisión en el año 1970, la elaboración de una nueva legislación laboral, en la cual, ya se preveía la intermediación laboral libre (Título I, Capítulo II – DE LOS TRABAJADORES Y EMPLEADORES), y desaparece la figura del contrato de enganche, toda vez que se pretendían normar nuevos mecanismos regulatorios.

CAPITULO IV

ANÁLISIS DECRETO SUPREMO No. 521

1. ALGO QUE SE DEBE CONOCER

A lo largo de los últimos 6 años, la figura de la tercerización ha sido objeto de varias críticas por algunos sectores sociales, en su mayoría generado por un rechazo a las prácticas de libre mercado como fenómeno natural de la globalización.

Sin embargo, esta herramienta se fue consolidando a partir del año 2011 como un instrumento efectivo para la generación de fuentes de empleo, principalmente porque permite regularizar a ciertos sectores informales que empleaban la tercerización como mecanismo para evadir cargas sociales.

Otro elemento importante que influyó en gran escala a que la tercerización sea aceptada entre ciertos sectores, representa el sistema estatista actual, ya que al convertirse el Estado en el mayor empleador del mercado, su práctica se constituye también en parte de la estrategia para lograr competitividad en sus empresas estatales.

Dentro de ese contexto se promulgó el D.S. 521, que si bien su contenido no guarda un orden cronológico y genera confusiones, su espíritu se encuentra directamente relacionado con impulsar la tercerización como un mecanismo favorable pero con ciertas reglas, garantizando de esa manera los derechos laborales de los trabajadores que prestan sus servicios bajo esta modalidad, y manteniendo la solidaridad dispuesta por el Código de Seguridad Social.

Por tal motivo, corresponde ingresar a un análisis minucioso del contenido de cada una de las disposiciones legales que lo componen y así entender su verdadero alcance.

2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La exposición de motivos que sustentan la promulgación del D.S. No. 521, hace referencia al cumplimiento obligatorio de normas socio-laborales, las cuales se deben interpretar y aplicar bajo el principio protector de los trabajadores como fuerza productiva de la sociedad, de primacía de la realidad, estabilidad laboral y no discriminación.

Asimismo, hace énfasis en la irrenunciabilidad de los derechos laborales, como también la nulidad de cualquier convenio que sea contrario, tal como dispone el artículo 4 de la Ley General del Trabajo.

Menciona las características esenciales de toda relación laboral, dispuestas por los D.S. Nos. 23570 y 28699, que son:

- a) Dependencia y subordinación,
- b) Prestación de trabajo por cuenta ajena, y
- c) Remuneración en cualquiera de sus formas de manifestación.

Sin embargo, la última exposición es la que genera confusión en su interpretación, toda vez que señala que:

“contrariamente a lo establecido por el artículo 31 de la Ley General del Trabajo, han proliferado las modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, contratos de enganche y otras modalidades como estrategias para evadir relaciones típicamente laborales...”

En primer lugar, es importante recordar lo señalado en el Capítulo I, referente a que la externalización y subcontratación significan lo mismo que tercerización, salvo el contrato de enganche.

Con relación a esta modalidad de contratación, cabe diferenciar lo que es el enganche y la naturaleza jurídica de la tercerización, para lo cual se cita el artículo 31 de la LGT, que dice:

“ARTICULO 31º El contrato de enganche es el que tiene por objeto la contratación de trabajadores, por persona distinta del patrono, para faenas que generalmente deben cumplirse lejos de su residencia habitual.”

Por la definición establecida en la citada norma, se pueden identificar dos elementos esenciales:

- a) El enganchador desaparece una vez realizada la contratación ordenada por el empleador directo. No se genera relación laboral con éste.
- b) Las tareas se realizan lejos de la residencia habitual.

Sobre este tema, la OIT ha emitido un informe sobre la constitución de servidumbres en Bolivia como efecto del contrato de enganche, en el cual se puede observar que no existe relación alguna con la tercerización, ya que esta última es una herramienta comercial creada para incrementar el nivel de competitividad de las empresas, y la primera representa actualmente una forma de servidumbre, que no obstante los controles que el Estado pueda ejercer, es una realidad social en el País.

2.1. Objeto del D.S. 521

La redacción del artículo uno del citado Decreto Supremo, genera en cierta medida confusión si no es interpretado en su verdadero sentido, y esto pasa debido a que no se lee de manera completa el texto, limitándose a identificar las palabras que por conveniencia suenan mejor, siendo en esta caso particular el término prohibición.

“ARTÍCULO 1.- (OBJETO).- El presente Decreto Supremo tiene por objeto establecer la prohibición de toda forma de evasión a la normativa laboral, sea mediante el fraude, simulación o cualquier otro medio que se produzca como consecuencia de las modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, enganche u otras modalidades en tareas propias y permanentes del giro del establecimiento laboral.”

El contenido del artículo uno condiciona la existencia de cualquiera de estas modalidades (que son lo mismo), al cumplimiento de los derechos sociolaborales consagrados en la Constitución Política del Estado y normas laborales vigentes, ya que lo contrario implicaría evadir la normativa laboral, ya sea mediante fraude, simulación u otras formas.

La prohibición está dirigida expresamente a la evasión de la normativa laboral que se pretenda hacer mediante el empleo distorsionado de la tercerización, pero no la prohíbe cuando se la aplica correctamente y el resto del decreto así lo especifica.

Resulta importante remarcar, que el contrato de enganche no debería estar alcanzado por este Decreto Supremo, considerando que su regulación está normada por el artículo 31 de la Ley General del Trabajo.

2.2. Infracciones de leyes sociales

Tal como se puede apreciar en la redacción del artículo dos, el fraude o simulación se sanciona cuando la tercerización es utilizada para encubrir una relación laboral, como también si el personal reclutado y provisto a terceras empresas no esté amparado en las normas sociales. Esta última parte trata sobre la modalidad de intermediación laboral.

"ARTÍCULO 2.- (INFRACCIONES DE LEYES SOCIALES INFRACCIONES DE LEYES SOCIALES).- Son consideradas infracciones de Leyes Sociales además de las establecidas en la normativa vigente, las siguientes:

- a) Todo acto que mediante figuras contractuales no laborales encubra relaciones en las que concurren las características de una relación laboral.*
- b) Reclutar y proporcionar fuerza de trabajo, sea manual, intelectual o mixta, con o sin fines de lucro mediante las figuras de subcontratación, tercerización, enganche y externalización o cualquier forma que no cumpla con la normativa sociolaboral."*

Debe entenderse como infracción de Leyes Sociales, el encubrimiento de las características esenciales de una relación laboral, que son: a) Dependencia y subordinación, b) Prestación de trabajo por cuenta ajena, y c) Remuneración en cualquiera de sus formas de manifestación, como también la actividad de reclutamiento o delegación de fuerza de trabajo, manual, intelectual o mixta, en las cuales no se cumpla con la normativa sociolaboral.

Sin embargo, se puede observar que a tiempo de redactar este Decreto, las autoridades no consideraron que en la oferta y demanda de trabajo, el intermediario no necesariamente podrá responsabilizarse de que en la relación de trabajo que suscriban el postulante y el empleador se cumplan con las cargas sociales, ya que este desaparece luego de la mediación.

2.3. Contratación en actividades no propias del giro del establecimiento laboral

Acá se presenta algo muy interesante, ya que esta obligación dispuesta por el artículo tres ya era ejecutada por varias empresas, debido a que la solidaridad está regulada actualmente, tal como se desarrollo en el capítulo II de este trabajo.

El artículo 3 del Decreto señala:

"ARTÍCULO 3.- (CONTRATACIÓN EN ACTIVIDADES NO PROPIAS DEL GIRO DEL ESTABLECIMIENTO LABORAL).- Toda empresa que requiera contratar a otra, en actividades que no sean propias ni permanentes al giro del establecimiento laboral, deberá incluir obligatoriamente en el contrato, una cláusula que establezca que la empresa contratada dará cumplimiento a las obligaciones sociolaborales respecto a sus trabajadoras y trabajadores."

Para aquellas tareas que no sean propias y permanentes del giro del establecimiento laboral, la normativa ha dispuesto la obligatoriedad de insertar una cláusula en los contratos de servicios, por la cual se

obligue a la empresa tercerizadora u otra similar, a cumplir con los derechos laborales de sus trabajadores.

Esta regulación no representa una novedad dentro del sistema laboral, ya que el Código de Seguridad Social y su Decreto Reglamento disponen exactamente lo mismo, por lo tanto su promulgación no debería significar modificación alguna a la forma cómo debió y debe operar una empresa tercerizadora

2.4. Relación laboral en caso de simulación

La redacción de esta disposición está directamente relacionada con lo señalado en el numeral III del artículo 48 de la Constitución Política del Estado y artículo 4 de la LGT, por lo que representa algo repetitivo.

“ARTÍCULO 4.- (RELACIÓN LABORAL EN CASO DE SIMULACIÓN).- Cuando se constituya una relación que simule una modalidad no laboral pero en la misma hayan concurrido las características de una relación de trabajo, ésta se considerará como una relación laboral en todos sus efectos.”

Por otro lado, es importante mencionar que este artículo tiene su base jurídica en el principio de primacía de la realidad, basada en las características esenciales de la relación laboral, ya desarrolladas anteriormente y que corresponden al inciso a) del artículo 2 del Decreto Supremo objeto del presente análisis

2.5. Cumplimiento de los derechos sociolaborales

Este artículo representa el espíritu del Decreto Supremo No. 521, porque demuestra que la tercerización en tareas propias y permanentes está permitida, con la única condición de que no se vulneren derechos sociolaborales. Obsérvese con detalle

"ARTÍCULO 5.- (CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIOLABORALES).-

- I. En caso de constatarse la tercerización, subcontratación, externalización, enganche u otras en tareas propias y permanentes al giro del establecimiento laboral, las trabajadoras y trabajadores, las ex trabajadoras y ex trabajadores en forma personal o mediante su representación sindical, podrán acudir ante las Jefaturas Departamentales y Regionales de Trabajo dependientes del Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, para exigir el cumplimiento de sus derechos sociolaborales.*

La redacción de este numeral es clara al señalar que en caso de constatarse una mala práctica de la tercerización en tareas propias y permanentes al giro del establecimiento laboral, los trabajadores, ex trabajadores o representantes sindicales, tienen la facultad de apersonarse ante el Ministerio de Trabajo, a fin de exigir el cumplimiento de sus derechos sociolaborales.

Por lo tanto, si no hay vulneración de derechos sociolaborales y se contrata correctamente a través de la tercerización, aún en tareas propias y permanentes, esta figura se la tiene que entender como lícita, más aún considerando la redacción del siguiente numeral, que dice:

"ARTÍCULO 5.- (CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIOLABORALES).-

- II. Los empleadores que ocupen trabajadoras o trabajadores a través de otras empresas, en actividades propias y permanentes al giro del establecimiento laboral, son responsables de todas las obligaciones sociolaborales así como de los aportes a la Seguridad Social.*

Tal como se mencionó en el párrafo precedente, este artículo representa el espíritu del Decreto Supremo, porque reglamenta el uso de la tercerización en su sentido más amplio, y recuerda a todos los involucrados en una relación comercial que decidan optar por emplear esta modalidad como herramienta comercial, que no deben olvidarse de

cumplir con las cargas sociales; lo que importa es la situación social del trabajador que casi siempre resulta afectado.

Ahora bien, el sentido amplio de este artículo alcanza a la tercerización total que se vio en el capítulo I, señalando lo siguiente:

"ARTÍCULO 5.- (CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIOLABORALES).-

III. La empresas e instituciones que cedan fraudulentamente en todo o parte sus establecimientos que estén habilitados a su nombre, a terceristas, subcontratistas, externalizadores y otros, son responsables del cumplimiento de obligaciones sociolaborales.

Para comprender con exactitud a que se refiere con la cesión total o en parte de los establecimientos, se debe recordar la definición desarrollada en el artículo 448 del Código de Comercio, que dice

"Se entiende por empresa mercantil a la organización de elementos materiales e inmateriales para la producción e intercambio de bienes o servicios. Una empresa podrá realizar su actividad a través de uno o más establecimientos de comercio. Se entiende por establecimiento el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa."

Cuando se habla de cesión en todo o en parte, se refiere a dos escenarios: a) El arrendamiento del negocio, b) tercerización horizontal (Véase capítulo I), pero que legalmente está permitido siempre que no se vulneren derechos sociolaborales. Nuevamente se toca el tema de la solidaridad, porque ya existía en Bolivia desde la promulgación de la LGT y Código de Seguridad Social.

2.6. Sanción por incumplimiento

Casi al final del Decreto, se establecen de manera muy sencilla las sanciones que aplicaría el Ministerio de Trabajo en caso de incumplimiento a lo descrito en esta norma.

"ARTÍCULO 6.- (SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO).- En caso de incumplimiento de las disposiciones del Decreto Supremo, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, procederá con las sanciones por infracción a Leyes Sociales y dispondrá la restitución de los derechos vulnerados a favor de las trabajadoras y los trabajadores."

La imposición de sanciones por infracción a Leyes Sociales se encuentra regulada por los artículos 222 y siguientes del Código Procesal del Trabajo, razón por la cual, el Ministerio de Trabajo carece de competencia para aplicar una sanción económica, estando en la obligación de presentar la denuncia escrita ante la autoridad judicial, cuando así lo constate.

Sin embargo, esta situación ha sido prevista en la exposición de motivos del D.S. No. 521, cuando señala: "Que el capítulo I del Título VI del Código Procesal del Trabajo establece el procedimiento a seguir en cuanto a Infracción de Leyes Sociales", lo que resulta contradictorio.

2.7. Disposición final única.

La redacción de esta disposición final única resulta algo desconcertante, principalmente porque el Estado deslinda la solidaridad regulada por el Código de Seguridad Social, cuando este actúa como contratante de servicios, ya que también es considerado como empleador por mandato expreso de la Ley.

"DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA.- En el caso de contratos y subcontratos autorizados de obras, bienes, servicios y de consultoría con entidades y empresas públicas en el marco de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, única y exclusivamente el contratista, proveedor o consultor asumirá la responsabilidad del cumplimiento de obligaciones sociolaborales derivadas del contrato principal o subcontrato con el Estado, en relación a su personal y/o terceros."

El D.S. No. 521 señala una excepción con relación a los contratos que suscriba el Estado con una empresa tercerizadora determinando que éstas son las únicas responsables de las cargas sociales

La normativa hace esta excepción, considerando los procesos administrativos regulados por Ley, que permiten al Estado analizar la capacidad y legalidad de sus proveedores, para lo cual exige el cumplimiento de todos los derechos sociolaborales de los trabajadores. Caso contrario, representaría una falta de los funcionarios encargados de velar por los intereses del Estado, como patrimonio de todos los bolivianos.

3. CONCLUSIONES

- La figura de la tercerización están reconocida legalmente por el D.S. No. 521, como una forma de prestar servicios, en tanto no se vulneren derechos sociolaborales.
- Si a través de la aplicación de la tercerización se pretende incurrir en fraude o simulación de una relación laboral, se entenderá como infracción de Leyes Sociales.
- Asimismo, por disposición del D.S. No. 521, toda persona, sea natural o jurídica, que contrate los servicios de una empresa tercerizadora, y sea en tareas propias del giro del establecimiento laboral, se entenderá como solidaria en las cargas sociolaborales de los trabajadores.
- Para aquellos casos en los cuales la contratación de servicios alcance a tareas no propias del giro del establecimiento laboral, se deberá insertar en los contratos una cláusula que las obligue a estas empresas a cumplir todas las cargas sociolaborales.
- En caso de evidenciarse el incumplimiento de esta norma, se aplicarán sanciones por infracción a disposiciones sociales.
- El D.S. No. 521 establece una excepción para la contratación de empresas tercerizadoras, estableciendo que el Estado no es responsable solidario de las cargas sociolaborales, que correspondan a los trabajadores de ésta.

CAPITULO V

HACIA UNA TERCERIZACIÓN SEGURA QUE AGREGUE VALOR PRÁCTICA NACIONAL

Una vez respondidas las tres interrogantes cuándo, qué y cómo tercerizar, corresponde analizar la práctica de la tercerización en Bolivia tal como en la realidad se presenta y sin necesidad de relacionarla con su ejercicio en países vecinos, ya que esta figura responde, sobre todo, a las circunstancias económicas de cada región.

Es importante mencionar que durante los últimos 7 años, la tercerización en Bolivia ha evolucionado junto con las necesidades comerciales en todos los rubros sin excepción, y quizás las más beneficiadas con su práctica, en términos de crecimiento, son las pequeñas y micro empresas.

Ahora bien, para que esta figura sea aplicada de manera correcta se deben respetar dos elementos; el primero que está ligado con la estrategia comercial y que generalmente concluye con la "contratación" de una empresa tercerizadora. Pero, el segundo representa quizás el elemento más delicado a tiempo de tomar la decisión de tercerizar, y si no se lo concibe paralelamente junto con el anterior, puede generar en el futuro la quiebra de la empresa; se trata del aspecto legal.

Cuando se mencionó que la tercerización ha evolucionado en los últimos años, se hace alusión exactamente a ese contexto; las empresas

tercerizadoras no solamente se dedican a motivar a su personal o capacitarlo, sino que están obligadas a formalizar las relaciones con sus trabajadores y sujetar sus actividades dentro del marco legal vigente, momento a partir del cual, los contratantes recién gozarán de seguridad jurídica en el servicio prestado por una tercerizadora, caso contrario y tal como se analizó en el capítulo IV, la solidaridad será latente todos los días y, además, correrán el riesgo de nunca conocer con exactitud los pasivos laborales que se han generado.

Por tal motivo, resulta imprescindible analizar desde el punto de vista legal, todos los pasos que una empresa o negocio debe verificar antes de contratar a una tercerizadora. Siguiendo cada uno de los pasos que se describirán a continuación, es casi improbable que existan contingencias futuras, y la tercerización se convertirá en el mejor aliado a corto y largo plazo.

1. PRIMER PASO: LA BUSQUEDA

Antes de contratar un proveedor que opere bajo la modalidad de tercerización, intermediación laboral o selección, toda empresa o negocio debe realizar las gestiones necesarias para encontrar una empresa que satisfaga los requerimientos comerciales, pero también que cumpla con las cargas sociales de sus trabajadores (disposiciones legales).

Para tal efecto, en muchas ocasiones las empresas o negocios, luego de focalizar sus objetivos y determinar lo que van a tercerizar, recurren a un proceso de licitación como alternativa estratégica que les asegure la participación de proveedores legalmente constituidos.

La mayoría de las empresas grandes recurren a este mecanismo para contratar a un buen proveedor de servicios, e incluso el propio Estado lo hace, y cuyos procedimientos de convocatoria al estar muy bien estructurados por años de práctica, podrían servir de modelo para lograr una búsqueda acertada.

Ahora bien, las licitaciones tienen por finalidad invitar empresas proveedoras de servicios, que por lo general cumplen todos los requisitos descritos en el capítulo II, además de determinar el alcance técnico del área que se desea tercerizar.

Cabe señalar que las empresas tercerizadoras legalmente constituidas en el País, conocen a cabalidad el procedimiento de una licitación y se presentarían a cualquier convocatoria adjuntando todos los requisitos que les sean solicitados.

2. SEGUNDO PASO: SELECCIÓN DEL PROVEEDOR

Una vez concluido el proceso de búsqueda (mejor si está basada en algún modelo de licitación), el siguiente paso será la selección del proveedor, en cuyo caso sólo debe aceptarse a aquellas empresas que cumplieron con las exigencias legales establecidas en el pliego de la licitación. Si bien el aspecto técnico es imprescindible, el legal debe predominar porque de esto depende el éxito de la tercerización.

Es bueno mencionar que, luego de la búsqueda y antes de la selección, la empresa solicitante del servicio practicará a los proveedores postulantes una evaluación técnica y otra legal. En cuanto a la primera, cada empresa puede variar de acuerdo a la característica del servicio que se requiere, sin embargo, en la legal no existe margen de ser distinto, ya que la tercerizadora debe acreditar estar legalmente constituida y que tenga todos los documentos que respalden su actividad, siendo uno de los más importantes el no tener deuda con el Estado o pasivos laborales.

Sin embargo, los elementos quizás determinantes o fundamentales para elegir un proveedor, además de la técnica y legal, son la "experiencia" y que haya desarrollado competencias en el proceso que oferta como servicio; todo lo que la ha convertido en un especialista (experiencia, seguridad y que entiende el negocio del cliente).

Pero además, luego de seleccionar al proveedor idóneo, se tienen que cumplir otros elementos, tal como un buen acuerdo de las cláusulas que conformarán el contrato de servicios, siendo quizás la más importante la relacionada con el cumplimiento de cargas sociales, en aplicación a lo dispuesto por la Ley General del Trabajo, Código de Seguridad Social, su Decreto Reglamentario y el Decreto Supremo No. 521.

2.1 Responsabilidad en el Objeto del contrato

En la misma cláusula que se acuerda el objeto del contrato, que implica "lo que se está contratando", debe mencionarse que el servicio será prestado con trabajadores propios de la tercerizadora y sin responsabilidad alguna para el contratante. Se sugiere la siguiente redacción:

"TERCERA.- (Objeto del contrato). El CLIENTE contrata los servicios de la EMPRESA, para que preste el servicio de de acuerdo a las características que se encuentran detalladas en la siguiente cláusula, y que serán ejecutadas exclusivamente con personal que se encuentra legalmente bajo su dependencia, riesgo y responsabilidad.

Se deja claramente establecido, que la relación laboral entre la EMPRESA y su personal, está regulada por la Ley General del Trabajo, Decreto Reglamentario y otras disposiciones vigentes, razón por la cual, no se creará obligación alguna, responsabilidad ni dependencia con el CLIENTE."

Obsérvese que se trata de un primer filtro para asegurar que la empresa tercerizadora asuma la responsabilidad de pagar a sus trabajadores todas las cargas sociolaborales. Si bien la solidaridad alcanza al contratante por expreso mandato de la Ley, ante un eventual incumplimiento del proveedor, el contratante puede accionar una demanda de repetición por el pago de dichas cargas que se vería obligada a hacer a los trabajadores de la tercerizadora.

2.2. Características del servicio

En una siguiente cláusula se tienen que especificar las características del servicio, lo que implica delimitar el alcance verdadero de lo que se está tercerizando. Viene estrechamente relacionado con el objeto del contrato.

Siguiendo como ejemplo el rubro de carpintería y fabricación de muebles, en una tercerización horizontal, se cita la siguiente redacción:

"CUARTA.- (Características del servicio).

- *El servicio que brinda la EMPRESA, de acuerdo al objeto del presente contrato, tendrá las siguientes características:*
- *Barnizado final con XXX material y bajo los estándares de calidad requeridos para su exportación.*
- *Colocado de accesorios fabricados por el contratista.*
- *Etc.*

2.3. Duración del servicio

Tómese en cuenta que la duración de la relación entre partes, está directamente vinculada en la confianza que el proveedor genera en su contratante. Una vez que se ha consolidado esto, un mayor tiempo le permitirá al proveedor invertir, proyectar y destinar recursos humanos competentes.

Para efectos legales, la duración del servicio debe estar claramente definida en el contrato, pudiendo ser por tiempo determinado o de carácter indefinido; todo dependerá de la necesidad comercial y económica del contratante.

Sin embargo, en vista de que la prestación del servicio es realizada por trabajadores, sin importar que sea un servicio, se debe pactar una cláusula que cubra los costos de las cargas sociales ante una eventual extinción del contrato comercial entre empresas, en aplicación a la solidaridad dispuesta por el Reglamento al Código de Seguridad Social.

En ese sentido, las partes deberán acordar cada una de las cargas sociolaborales dependiendo de los siguientes escenarios:

a) Contrato comercial por tiempo determinado y honorarios

Si este fuera el caso, y si el contrato no sobrepasa el año, la empresa tercerizadora deberá contemplar en sus costos sociales el pago de la indemnización, aguinaldo y prima, pero, si el tiempo acordado se amplía más allá de 1 año, se tendrá que prever la vacación.

Es importante señalar que la modalidad laboral con la cual la tercerizadora contratará personal, está directamente relacionada con la duración del contrato comercial entre empresas.

b) Contrato comercial por tiempo indefinido

Acá se presentan dos escenarios:

- a) Si no existe plazo para la conclusión del contrato suscrito entre partes, se debería acordar 95 días como tiempo mínimo para extinguir la relación comercial, el cual podrá ser comunicado por cualquiera de las partes con la finalidad de otorgar a los trabajadores el preaviso de 90 días señalado en el artículo 12 de la LGT. Los 5 días restantes permiten tener un margen de error por aspectos internos de las empresas.

En caso de que no se hubiese pactado el plazo de 95 días señalado anteriormente, se tendría que insertar otra cláusula que indique la obligatoriedad del contratante de pagar un monto equivalente al desahucio que les corresponde a los trabajadores de la tercerizadora, por extinción de la relación laboral.

- b) En caso de que el contrato esté en vigencia y el contratante opte por disminuir el volumen del servicio pactado (lo que implica reducción de personal), la empresa tercerizadora puede insertar contractualmente en sus costos el pago del desahucio, de la siguiente manera:

1. Primera opción: Cobrar mensualmente al contratante un monto X además de los honorarios por el servicio, y que la tercerizadora hará efectivo al trabajador cuando sea desvinculado. En esta operación no participa el contratante.
2. Segunda opción: Insertar una tabla adicional en el contrato comercial, en la cual constará el cobro separado del desahucio además de los honorarios por el servicio, que será pagado por el contratante sólo en ocasión de que la tercerizadora proceda a la desvinculación de alguno de sus trabajadores.

Ninguno de los escenarios descritos en este punto implica que exista relación laboral entre los trabajadores de la tercerizadora y el contratante, sino que, por la solidaridad dispuesta por Ley, permite evitar contingencias futuras porque no se están vulnerando derechos socio-laborales. Por tal razón, el contrato comercial debe necesariamente contemplar cualquiera de los escenarios.

Otro elemento importante que se debe considerar en el contrato de servicios, es el incremento del costo debido a modificaciones legales que determinen mejorar las condiciones salariales de los trabajadores.

Esta sugerencia se basa en los decretos supremos que el Órgano Ejecutivo promulgó desde el año 2006, disponiendo anualmente el incremento del haber básico en el sector privado sobre un determinado porcentaje, no obstante la ausencia de disposiciones legales en la Constitución Política del Estado o la Ley General del Trabajo que le otorgue dicha atribución.

Sin embargo esa es la realidad, y debe contemplarse en los costos de la tercerización para evitar conflictos sociales que pueden derivar en una huelga.

2.4. Obligaciones de la empresa tercerizadora

Uno de los puntos que más discusión ha generado la figura de la tercerización, ha sido la de establecer el grado de responsabilidad del proveedor frente a sus trabajadores, habiéndose regulado en casi

todas las legislaciones de países vecinos y en el D.S 521 de Bolivia, la obligación por parte de la tercerizadora de presentar de manera periódica al contratante, las planillas de aportes al Seguro Social de Corto y Largo Plazo, como también las que avalan el pago de sueldos.

Asimismo, la tercerizadora debe proveer todo el material necesario para que sus trabajadores puedan desarrollar sus actividades en las mejores condiciones posibles para que no afecten su salud. En caso de que el servicio correspondiera a servicios en el área industrial, la empresa tercerizadora está obligada a dotar ropa de trabajo y materiales de seguridad física necesarios, e incluso contratar un seguro de vida para los dependientes.

Del mismo modo, cuando el servicio que se contrata es de intermediación laboral, el contratante exige a la empresa tercerizadora la presentación de una póliza de responsabilidad civil para cubrir daños ocasionados por sus trabajadores, para lo cual es imprescindible recurrir a un broker de seguros para que oriente a fijar el alcance de la cobertura.

2.4.1. ¿Qué es un pasivo laboral y de qué está compuesto?

En varias oportunidades se mencionó el pasivo laboral, pero no se conoce al interior de las empresas o negocios su verdadero significado y alcance, lo cual podría generar cargas económicas a largo plazo, considerando además de que los derechos sociolaborales son imprescriptibles, tal como manda la Constitución Política del Estado.

Por tal motivo, es importante señalar de manera simple y concreta lo que se entiende por pasivo laboral, que no es más que la acumulación de cargas sociales a las que tiene derecho un trabajador por todo el tiempo que prestó servicios, y que todo empleador debe prever para hacerlos efectivos en algún momento.

Como señala el numeral IV del artículo 48 de la Constitución Política del Estado, si bien no lo identifica claramente como pasivo laboral, sirve para ejemplificar cómo se compone el pasivo laboral:

*"Artículo 48.**...salarios o sueldos devengados, derechos laborales, beneficios sociales y aportes a la seguridad social no pagados..."*

Según lo dispuesto por el numeral citado, el pasivo laboral comprendería los aportes patronales y laborales no pagados, indemnización, aguinaldo, vacación, prima y otros que podrían generarse por acuerdo entre partes. Pero además, se deben contemplar las multas por incumplimiento en la afiliación, desafiliación de trabajadores y el pago de aportes a los entes gestores de Seguridad Social de Corto y Largo Plazo, como también no presentar las planillas de pago de sueldos al Ministerio de Trabajo.

En la práctica, estas faltas llegan en algunos casos a cifras económicas bastante altas y con 100% de ejecución, lo que ocasionaría con seguridad una desestabilización financiera de cualquier empresa.

Por lo expresado anteriormente, toda empresa que opte por tercerizar un servicio y quiera evitar que todos los pasivos laborales le sean transferidos por solidaridad, debe exigir al proveedor la presentación oportuna de todas las cargas sociolaborales de sus dependientes, siendo posible en muchos casos que éste represente el patrimonio de la tercerizadora, que además se constituye en garantía para el pago de las cargas sociolaborales de sus trabajadores.

2.4.2. ¿Cuándo se hace efectivo el pasivo laboral?

Tal como se mencionó anteriormente, el pasivo laboral está conformado básicamente por aportes patronales y laborales no pagados, y cargas laborales (indemnización, aguinaldo, vacación, prima y otras acordadas entre partes), y su pago dependerá de la finalidad para lo cual han sido reguladas.

Con relación a los aportes patronales y laborales, se realizan de manera mensual a cada ente Gestor de Seguridad Social, tanto de Corto y Largo Plazo. En el caso del Seguro de Salud se paga el 10% del monto total que figura en la planilla mensual de sueldos, y para el

Seguro de Vejez de acuerdo al monto percibido por cada trabajador, correspondiendo el 12,71% por aporte laboral y 6,71% como patronal.

Ahora bien, estos conceptos se constituyen en pasivo laboral (deuda) si no fueron pagados oportunamente, además que se aplicarían multas por incumplimiento, lo que derivará en un proceso social por parte de los entes de Seguridad Social.

Por su parte, las cargas laborales (indemnización, aguinaldo, vacación, prima y otras acordadas entre partes), normalmente se hacen efectivas a la conclusión de la relación laboral, salvo el caso del aguinaldo y quinquenio (también son parte del pasivo laboral si no son pagadas oportunamente), que tienen un trato especial según se detalla a continuación.

- a) Según dispone el Ministerio de Trabajo a través de resoluciones ministeriales anuales, el pago del aguinaldo se tiene que realizar hasta el día 20 de diciembre, a pesar de que la Ley de 18 de diciembre de 1944 determina como fecha tope el 25 de dicho mes, estableciendo además que en caso de incumplimiento se aplicará como sanción el pago doble.

"Ley de 18 de diciembre de 1944

Artículo 1o. - Toda empresa comercial o industrial o cualquier otro negocio está obligado a gratificar a sus empleados y obreros con un mes de sueldo y 25 días de salario respectivamente como aguinaldo de Navidad antes del 25 de diciembre de cada año.

Artículo 2o. - La trasgresión o incumplimiento de esta ley, será penada con el pago del doble de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior."

- b) Con relación al quinquenio, los decretos supremos 110 y 522 establecen que debe pagarse a simple solicitud del trabajador una vez que éste cumple 5 años ininterrumpidos de trabajo.

Es importante señalar que por disposición del artículo tercero del D.S. 522, todo empleador, tiene la obligación de pagar el quinquenio dentro de los 30 días de la solicitud

y sin posibilidad alguna de fraccionamiento. En caso de incumplimiento, se actualizará a la Unidad de Fomento de Vivienda (UFV) del día en que se efectúe el pago, más una multa del 30% del monto total.

"Artículo 3.- (Procedimiento y obligatoriedad).

- I Las trabajadoras y los trabajadores que hayan cumplido cinco (5) años de trabajo de manera continua, podrán a simple solicitud escrita y sin necesidad de otro requisito, exigir al empleador el pago de los quinquenios consolidados.*
- II El pago al que hace referencia el Párrafo anterior, deberá efectuarse en un pago único, en un plazo de treinta (30) días calendario, computables a partir de la solicitud de pago.*
- III ..*
- IV En caso de incumplimiento de pago dentro del plazo establecido, el empleador pagará el monto del quinquenio actualizado en base a la variación de la Unida de Fomento a la Vivienda – UFV's, más una multa en beneficio de la trabajadora o trabajador consistente en el treinta por ciento (30%) del monto total a cancelarse."*

Todos las demás cargas laborales se pagarán en el finiquito a la conclusión de la relación laboral.

3. TERCER PASO: CONTRATACIÓN

Luego de analizar los elementos esenciales de carácter legal que deben ser acordados en un contrato de tercerización, el siguiente paso es la contratación del proveedor que haya cumplido a cabalidad los requerimientos efectuados por el contratante.

Siguiendo las necesidades de la empresa o negocio, la tercerización podrá ser aplicada desde el momento que el contratante inicia sus

actividades o durante el desarrollo de las mismas, por lo cual, una vez identificados claramente estos dos escenarios, se deben seguir las siguientes consideraciones de orden legal:

3.1. Tercerización al inicio de actividades

Cuando la empresa o negocio elabora un plan comercial de acuerdo a sus estrategias de mercado, y opta por aplicar la tercerización para iniciar sus actividades, se tiene que considerar que la proveedora del servicio está obligada a demostrar el cumplimiento de las cargas sociolaborales de sus trabajadores, y para lo cual se acordaron ciertos parámetros en el contrato entre partes.

Esto permitirá que el contratante conozca con certeza la situación en la que está contratando un servicio, para que, transcurrido cierto tiempo no se convierta en solidario de los trabajadores de la tercerizadora, y considere que la tercerización fue una mala opción.

Cabe resaltar que al inicio de actividades, el contratante puede controlar eficientemente que no se acumulen pasivos laborales pero, en caso de evidenciar tal extremo, cortar la relación comercial a la brevedad posible.

3.2. Tercerización durante el desarrollo de actividades

Cuando el contratante opta por tercerizar una actividad que venía desarrollando internamente, y lo hace con una proveedora con la cual nunca tuvo relación alguna, se entiende que los trabajadores dependen de la tercerizadora, y solamente se aplicaría la solidaridad en caso de que ésta última no cubra las cargas sociolaborales de sus dependientes.

Sin embargo, la situación es diferente si el servicio contratado es de intermediación laboral (suministro de personal), dentro del cual pueden surgir dos escenarios:

- a) Cuando los trabajadores de la empresa intermediadora nunca tuvieron relación con el contratante, se entenderá que la relación laboral está perfeccionada directamente con la proveedora del servicio. Solamente habrá solidaridad.
- b) En cambio, si los dependientes del contratante son transferidos a la intermediadora, se corre el riesgo de que alguna autoridad competente declare la antigüedad desde el primer momento que el trabajador prestó sus servicios en la empresa usuaria.

Entonces, ¿qué se debe hacer en esos casos?

Si bien la intermediación no está prohibida por Ley, su aplicación obliga a quienes optan por la contratación de servicios bajo esta modalidad, a exigir que la intermediadora cumpla todas las cargas sociolaborales de sus trabajadores, y suscriban contratos de carácter indefinido. Sólo así se evitarán contingencias a futuro.

Las condiciones laborales deben ser las mismas de las que goza cualquier trabajador interno de la empresa usuaria, es decir, una escala salarial idéntica, dotación de ropa de trabajo en las mismas condiciones, incentivos, etc.

Ahora bien, es común ver que en muchos casos se utiliza esta práctica para evitar el pago de cargas sociales, ya que operan mediante la subcontratación de servicios, lo que implica tener mano de obra a través de contratos civiles sin cobertura de Seguro Social de Corto y Largo Plazo. En este momento se está cometiendo una simulación o fraude laboral y se tergiversa la finalidad de la naturaleza jurídica de la intermediación laboral.

4. CONCLUSIÓN DE LA RELACIÓN COMERCIAL

Tal como se mencionó anteriormente, en el contrato de tercerización suscrito entre partes debe estipularse con claridad la vigencia del servicio y las posibilidades de su extinción con antelación a la fecha pactada, ya sea por causas ajenas a la voluntad o por incumplimiento del pacto, todo con la finalidad de evitar posibles riesgos comerciales

o de producción pero, sobre todo, para eliminar el pasivo laboral y no tener contingencias futuras.

En ese sentido, se puede mencionar que la conclusión del contrato podrá efectuarse por:

- a). **Cumplimiento del plazo:** La forma perfecta para que se extinga el contrato de tercerización, es por cumplimiento del plazo. Ahora bien, si el objeto no ha sido desarrollado o ejecutado durante el tiempo acordado, se puede elaborar una adenda que amplíe el plazo inicialmente pactado.
- b) **Antes del plazo pactado:** Esta situación se presenta cuando alguien de las partes comunica su intención de dar por concluida la relación comercial sin que se cumpla el plazo pactado, pudiendo ser a través de un aviso escrito y con cierto tiempo de anticipación (se sugirió anteriormente 95 días como mínimo), o de manera inmediata, momento en el cual se activarán las cláusulas estipuladas para este evento, siendo quizás la más importante, que el contratante tiene la obligación de pagar los honorarios que contemplen la carga laboral de los trabajadores tercerizados, la cual se genera por existir el retiro intempestivo (desahucio).

Lo señalado en el inciso b) tiene una especial importancia en los contratos de tercerización, porque el servicio brindado por éstas es desarrollado por trabajadores, que al estar protegidos por la Constitución Política del Estado, tienen el derecho de recibir el preaviso de 90 días o, en su defecto, a recibir un monto equivalente al salario que correspondan por dicho lapso de tiempo, tal como dispone el artículo 12 de la Ley General del trabajo.

Ahora bien, corresponde mencionar que la conclusión de la relación comercial de tercerización, puede o no derivar en el retiro de trabajadores; todo dependerá de la naturaleza del objeto pactado en el contrato de servicios.

Es así que, en algunos casos la tercerizadora desarrolla actividades contratadas con la cantidad de trabajadores que tiene en su planilla

actual, pero existe la posibilidad de que contrate un grupo adicional de personas para mejorar la calidad del servicio. Con relación a estos se presenta la posibilidad de retiro a la conclusión de la relación comercial.

Por otro lado, cuando el servicio contratado implica una intermediación laboral, definitivamente los trabajadores serán contratados bajo una modalidad de tiempo determinado (lo ideal sería indefinido), señalado en el artículo 12 de la Ley General del Trabajo, cuya relación laboral se extinguirá junto con el contrato entre empresas.

Cabe mencionar que si la relación comercial entre empresas se interrumpe de manera anticipada al plazo estipulado, ya sea por cualquiera de las razones señaladas anteriormente, los trabajadores tendrán derecho al pago del desahucio, por tal motivo, este costo debe estar previsto en el precio del servicio.

5. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA TERCERIZACIÓN

Luego de analizar la tercerización y la forma cómo se presenta en Bolivia, resulta interesante observar cuáles son las ventajas y desventajas que esta figura brinda a las empresas o negocios que pretenden enfocar su visión comercial a través de su aplicación.

En ese sentido, se comenzará por señalar las ventajas de la tercerización que, si bien se mencionan varias, quizás existan otras de acuerdo a algún rubro específico.

5.1. Ventajas

Dentro de las ventajas se pueden mencionar, entre otras, a las siguientes:

1. La transmisión de responsabilidades a una tercerizadora, permite que el contratante se concentre en las actividades principales de su empresa o negocio.

2. Si alguna parte de las actividades principales son tercerizadas, el contratante logrará optimizar su empresa o negocio a través del mejor proveedor, logrando mayor grado de competitividad.
3. Una tercerizadora en su condición de proveedor especializado, puede brindar al contratante la oportunidad de mejorar los niveles de calidad, ya que cuenta con tecnología de punta. Esto implica que el contratante no necesitará efectuar de manera regular, gastos para actualizar tecnología; la puede tercerizar a mejor precio, transformando costos fijos en variables.
4. Lo señalado anteriormente permite al contratante hacer inversiones en otras áreas centrales, que posiblemente requieran la atención de los socios o plantel ejecutivo.
5. A través de la tercerización se puede contratar un servicio con personal altamente calificado y en cualquier punto del País, lo que representa generar mayores oportunidades de empleo.
6. Si una empresa o negocio nuevo quiere ingresar al mercado con mayor competitividad, la experiencia de la tercerizadora representa una buena alternativa de alianza.
7. Permite al contratante contar con una póliza de seguros que le cubra un eventual siniestro, y que en la práctica muchos negocios buscan la tercerización como mecanismo de protección.
8. Facilita la contratación por campañas o proyectos específicos, lo cual resulta muy interesante sobre todo para el rubro de marketing y publicidad.
9. Para los procesos de selección, la empresa tercerizadora cuenta con una base de datos y candidatos que el cliente o contratante no tiene.
10. Finalmente, la tercerización permite contratar servicios con proveedores altamente especializados, que además de brindar tecnología de punta, también disponen de infraestructura en edificios inteligentes, donde los trabajadores realizan sus actividades con todas las comodidades.

Pero también existen algunas desventajas, señalando algunas:

1. En algunas ocasiones se presenta el hecho de que ingresan nuevos socios o jefes en una empresa o negocio, con la visión de que esta modalidad sólo representa un riesgo eminente a futuro, razón por la cual, optan por eliminar su aplicación, lo que podría generar pérdidas económicas en ambas empresas, además de los posibles conflictos por pasivos laborales no contemplados.
1. Si la empresa tercerizadora no se dedica a motivar a su personal, el hecho de no trabajar directamente para el contratante, podría generar una sensación de inestabilidad en los trabajadores, momento en el cual, surge una confusión general respecto al vínculo jurídico que los une con su empleador.