

COMPARATIVE LABOR LAW DOSSIER OUTSOURCING AND SUPPLY CHAINS

Abstract

The Comparative Labor Law Dossier (CLLD) in this issue 3/2016 of IUSLabor is dedicated to outsourcing and supply chains. We have had the collaboration of internationally renowned academics and professionals from Belgium, France, Germany, Greece, Italy, Portugal, Spain, United Kingdom, Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Mexico, Peru, Dominican Republic, Uruguay and Canada.

El Comparative Labor Law Dossier (CLLD) de este número 3/2016 de IUSLabor está dedicado a la externalización y cadenas de producción. Hemos obtenido la participación de académicos y profesionales de prestigio de Alemania, Bélgica, España, Francia, Grecia, Italia, Portugal, Reino Unido, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú, República Dominicana, Uruguay y Canadá.

Título: Comparative Labor Law Dossier. Externalización y cadenas de producción

Keywords: outsourcing, supply chains, Temporary Employment Agencies, joint liability, equal treatment principle

Palabras clave: subcontratación, cadenas de producción, Empresas de Trabajo Temporal, responsabilidad solidaria, principio de igualdad de trato

Summary

1. Outsourcing and supply chains in Belgium, by Pieter Pecinovsky and Miet Vanhegen
2. Outsourcing and supply chains in France, by Foulques de Rostolan and Guillaume Navarro
3. Outsourcing and supply chains in Germany, by Alexander Stöhr
4. Outsourcing and supply chains in Greece, by Evangelos D. Angelopoulos and Sophia Ampoulidou
5. Outsourcing and supply chains in Italy, by Nicolò Rossi
6. Outsourcing and supply chains in Portugal, by Catarina de Oliveira Carvalho and Ana Lambelho
7. Externalización y cadenas de producción en España, por Albert Martín Gámez y Marta Martínez Martí
8. Outsourcing and supply chains in the United Kingdom, by Roger M Walden
9. Externalización y cadenas de producción en Argentina, por Agustín Hernán Carugo
10. Externalización y cadenas de producción en Brasil, por Helena Stela Sampaio y Eduardo Pragmácio Filho
11. Externalización y cadenas de producción en Chile, por Francisco J. Tapia Guerrero y Carmen Elena Domínguez S.
12. Externalización y cadenas de producción en Colombia, por Diana María Gómez Hoyos
13. Externalización y cadenas de producción en Costa Rica, por Alexander Godínez Vargas y Isabel C. Jaramillo Arango
14. Externalización y cadenas de producción en México, por Alfredo Sánchez-Castañeda
15. Externalización y cadenas de producción en Perú, por Raúl G. Saco Barrios y Karla Canova Talledo
16. Externalización y cadenas de producción en República Dominicana, por José Federico Thomas
17. Outsourcing and supply chains in Canada, by Eric Tucker, Leah F. Vosko, John Grundy and Alec Stromdahl

OUTSOURCING AND SUPPLY CHAINS IN BELGIUM

Pieter Pecinovsky and Miet Vanhegen

PhD Researchers at the Institute for Labour Law of KU Leuven, Belgium

Introduction

It is hard to find general data and numbers for outsourcing in Belgium. In 2008 Ernst & Young (now E&Y) found in their European Outsourcing Survey that 81% of the Belgium Company outsourced certain services, which made it the (relatively) biggest outsourcer of all the surveyed countries. Unfortunately, Belgium was not included in the survey of 2013. Due to the diversity of actors, there is no real official association or committee which represents outsourcing companies or the sector and which would be able to keep statistical data. However, it is obvious that outsourcing is a very popular tool for companies in order to keep their focus on their core business. One of the main legal forms to organize outsourcing in a company is (sub)contracting. In this sense, a company, the user company, can rely on another company, the (sub)contractor, and its employees to provide certain services or take over a part of the production process. Because of the strict contractual nature of sub(contracting), there is no conclusive legal framework with regard to the protection of employees in such contractual relation.

Temporary agency work however is a more well-defined type of labour, with clear rules and limits. In 2015, there were 584.332 agency workers in Belgium, which equaled to 100.345 full time equivalents. This was a record high in the history of the Belgian labour market. Especially students (217.880) seem to find their way to the world of work through agency work, but it is also an important tool for 50+ workers (38.924). 42,7% of the agency workers are white collar workers, 57,3% are blue collar workers. The gender balance is 60/40, with more male agency workers. The agency workers still only make up 2,63% of the working population. Nonetheless, the agency activity grew in 2015 with 11,16% and there was an increase in all the 3 regions, yet Flanders still counts for 67,96% of all agency workers. There were 1.255 Temporary Employment Workers, with a total permanent staff of 7458 employees, boosting an annual revenue of close to 5 billion euros (data from the annual report of Federgon, 2015)

1. Is outsourcing a legal form of production organization?

In Belgium, outsourcing can be organized through various legal forms.

One of them is the form of (sub)contracting. A company, the user company, can rely on another company, the (sub)contractor, and its employees to provide certain services or take over a part of the production process (article 1170 of the Civil Code). They provide these services independently and on behalf of their employer, the subcontractor. The character of these services can be very divers (maintenance work, cleaning services, accountancy, technical services, services outside the field of expertise of the user company, etc.). The employment contract between those employees and the subcontractor remains unchanged during the performance of those services and is irrespective of the (contractual) relation between the user company and the subcontractor. The main characteristic of subcontracting is the fact that the subcontractor does not delegate any authority over his employees to the user company.

Subcontracting must be distinguished clearly from the legal forms of temporary work and posting of workers, where there is a certain transfer of authority. When those (temporary) workers are performing services within a company, this user company is responsible for the application of provisions regarding regulation and protection of labour on the work place (e.g. provisions on health and safety of workers). The user company thus acts as the employer with respect to the compliance with these obligations (article 19 of the Law of 24 July 1987 regarding temporary work, agency work and the posting of workers for the use of user companies).

2. Are there limits and/or prohibitions to outsourcing?

According to the Law of 24 July 1987 regarding temporary work, agency work and the posting of workers, it is in principle prohibited to allocate employees to third parties who use the services of those employees and exercise certain authority which normally belongs to the employer (article 31, §1 of the Law of 24 July 1987 regarding temporary work, agency work and the posting of workers). In the case of subcontracting however, there is no delegation of authority to the user company. It only has the right to give instructions to the employees of its subcontractor regarding health and safety issues or in the case certain legal conditions are met (see question 6). In the light of the principle of freedom of contract and the absence of a conclusive legal framework with regard to the protection of employees in such contractual relation, no other general limits/prohibitions are to be found in Belgian legislation.

However, one specific limitation can be found in the sector of the petroleum industry, where it is stipulated in article 1 of the collective agreement of 31 December 1981 regarding job security that the companies within the sector commit themselves to not outsource certain jobs to third parties, when those jobs can be executed by the

employees of the company itself. This entails an obligation of means to not turn to (sub)contractors within this sector.

3. Does the company that partly or totally outsources its production have any labor or Social Security responsibility towards the subcontractor's workers? What responsibilities?

Because of the absence of a conclusive legal framework for (sub)contracting, the user company in general has according to Belgian law no labour or Social Security responsibility towards the subcontractor's workers. There are however, some limited obligations stipulated with regard to health and safety in the work place and the responsibility for u or Social Security debts.

The user company is namely obliged to inform the (sub)contractor for the benefit of its employees about the risks and provisions regarding well-being at the work place with respect to his company. The user company has to make sure that the employees of the (sub)contractor are well informed about the instructions that are inherent for the company's activities and that they are sufficiently trained. The user company is obliged to take the appropriate measures for the organization of the reception of the employees of the (sub)contractors and to coordinate the functioning and cooperation between the (sub)contractors and his company with regard to the execution of the measures regarding the health and safety of the employees when they perform their services. It must decline the services of a (sub)contractor when there are indications that they do not respect the obligations concerning the protection of the health and safety of their employees. The user company is also obliged to conclude a contract with its (sub)contractor with regard to those health and safety obligations (articles 8 and 9 Law of 4 August 1996 regarding the health and safety of workers).

Under Belgian law, the user company who relies on the services of a (sub)contractor who has Social Security debts at the time of the conclusion of the contract, is severally liable for the payment of those Social Security debts of his (sub)contractor. The same liability applies for the outstanding wages of the employees of the (sub)contractor (articles 61-78 Law of 28 March 2012).

4. And regarding pension plans and pension funds?

According to Belgian law, the user company does not have any specific legal obligations towards the employees of the (sub)contractor regarding pension plans or pension funds. The obligations of the user company are limited to those mentioned above.

5. Is the subcontractor legally obliged to recognize its workers the same labor conditions applicable to the workers of the user company?

According to Belgian law, the answer is negative. There is no duty for (sub)contractors to recognize its employees the same conditions than those recognized to workers in the user company. The employment contract and the working conditions between the employees and the subcontractor remain unchanged during the performance of those services and are not affected by the (contractual) relation between the user company and the subcontractor.

6. In which cases is outsourcing considered fraudulent or is there an illegal transfer of workers? What are the consequences?

As mentioned in question 1, the Belgian labour law sets out a clear distinction between outsourcing (seen as a company hiring another company to provide a service or take over a part of the production process, a.k.a. “subcontracting”) and posting of workers. This distinction becomes evident in the right of the initial company (the user) to give instructions to the employees of the subcontractor. In the case of contracting, the user company only has the right to give instructions to the employees of its subcontractor regarding health and safety issues. In principle, it cannot give any other instructions, otherwise it would function as direct employer of the employees of the subcontractor (or there would be agency work/posting of workers). Only when certain conditions are met, the user can give other instructions. This is the case when:

- There is a written agreement between the user and the subcontractor which states which instructions the user can give to the subcontractors’ employees.
- The instruction right of user is not allowed to undermine the instruction power of the (sub)contractor as the true employer of these employees. This means that the instructions cannot go further than necessary for the completion of the work for which the subcontractor was hired.
- The practice (of giving instructions) has to comply with the written agreement.
- The employer has to inform the works council or the committee for health and safety (if there is no works council) and hand over a copy of the agreement if the union members in these institutes demand it.

These conditions and the general rule are to be found in article 31, §1 of the Law of 24 July 1987 regarding temporary work, agency work and the posting of workers.

If these conditions are not met or there is no agreement and the user gives instructions which go further than health and safety measures then there is a forbidden transfer of

employees and an illegal situation of posting of workers at hand (article 31, §2 Law of 24 July 1987). In this case the user and the employee of the subcontractor are supposed to be connected by a labour contract of indefinite duration since the start of the work (article 31, §3 law of 24 July 1987) and the user and the subcontractor will be both responsible to pay the Social Security contributions (article 31, §4 Law of 24 July 1987). There is however a possibility to mitigate these consequences when the conditions of article 32 of the Law of 24 July 1987 are met. This article entails the rules for a legal construction of temporary posting of workers.

7. Is the hiring of workers through Temporary Employment Agencies allowed in your country? If so, in which cases?

Temporary agency work is a form of temporary work, which is only allowed in six situations, when the temporary agency worker is used for:

1. Replacing a permanent employee.
2. Responding to a temporary increase of the workload.
3. Performing an exceptional work.
4. Having a temporary agency worker working for a period of maximum 6 months, after which the worker may be hired directly by the user. Hence, the temporary agency work is used as a means of recruitment.
5. For an artistic work output, in exchange for a wage, commissioned by an occasional user.
6. The employment in the context of an employment project, recognized by the region in which the user is situated.

Beyond these activities, temporary agency work is not permitted (cf. articles 1, §1, §1bis, §6 and §7 Law of 24 July 1987 on Temporary Work).

With the replacement of a permanent worker is means:

- The replacement of a permanent worker whose contract is temporarily suspended, except when this suspension is caused by economic reasons or weather conditions.
- The replacement of a permanent worker whose contract is ended.

The artistic work output refers to the creation or performance or interpretation of artistic works in the audiovisual and fine arts, music, literature, spectacle, theater and choreography. Also services by stage technicians are seen as artistic work output.

The regulation of the duration and conditions is more detailed regulated by the Law of 24 July 1987 and Collective Agreement n° 108 of 16 July 2013. These conditions

sometimes differ from those for other forms of temporary work. The conditions mostly concern the form of the agreement, the anticipatory permission of the union delegates or worker representatives (which is often necessary) and the terms of duration and prolongation. When the law describes the permission of the union delegates in the user company as a necessary condition, agency work is obviously not legally possible if the union delegates refuse their approval.

Further, the use of temporary agency workers is prohibited during a strike action or a lock-out (article 19 Collective Agreement n° 108 of July 2013). This rule is mostly meant to safeguard the right to strike of the employees of the user as it prevents the employer to hire temporary workers to replace the strikers.

Of course the Temporary Employment Agencies have to be licensed to be able to provide their agency workers to users. The recognition rules for Temporary Employment Agencies are laid down in regional legislation.

8. Are there specific cases or economic activities in which hiring workers through Temporary Employment Agencies is limited and/or prohibited?

It is possible for certain branches of undertakings (sectors) to prohibit temporary agency work (article 23 Law of 24 July 1987). This is by example the case for the sector of moving companies and the safekeeping of furniture and the sector for inland water transport.

Furthermore some collective agreements on sector or enterprise level include certain limits to agency work. These limits refer to the shorter maximum duration, the limitation of the acceptable motives/reasons for agency work (by example if a sector refuses agency work as recruitment tool), the compulsory recruitment after a certain time with a permanent contract, supplementary formalities for the agency contracts and others. Federgon, the professional association for Temporary Employment Agencies, argues that these limitations are mostly illegal since the Law of 24 July 1987 states in several articles that further regulation of temporary agency work has to or can be laid down in collective agreements which are concluded by the National Labour Council and which are declared universally applicable. The first condition is problematic because the collective agreements which stipulate limitations for specific sectors or undertakings are obviously not concluded on a national level in the National Labour Council. In practice however, the sector and enterprise level collective agreements are well respected by the users.

The most known deviations are those for the important construction sector, which are even expressly included in article 11 of Collective Agreement no. 108. For this sector it is by example not possible to conclude day contracts for agency work and in the case of a temporary increase of work the duration of the employment of the agency worker cannot surpass six months.

9. What labor and Social Security liabilities do Temporary Employment Agencies have with respect to the workers hired and transfer to user firms? And the user company?

In fact, Temporary Employment Agencies are considered to be the real employers of the agency workers under Belgian law. The companies that make use of the agency workers are called the “users” and are thus not the juridical employers. So temporary worker have only an “agency employment” contract with the Temporary Employment Agency and he/she is only indirectly “bound” to the user via the commercial contract that the agency concluded with the user, which could be seen as some sort of rental contract.

This means that the Temporary Employment Agency has to fulfill the employer obligations like paying the Social Security contributions and the wages. However, as in practice the temporary workers have to follow the instructions of the users, the instruction power is delegated to the user. As follows, the Temporary Employment Agencies are the juridical employers, but the users are the employers in practice. This *inter alia* includes the obligation for the user to make sure that all the rules of the Belgian labour law are followed when they come in contact with the agency worker, by example the working time and health and safety provisions.

10. How are the labor conditions applicable to workers hired by Temporary Employment Agencies and transferred to user companies determined?

The equality principle of article 6.4 of Directive 2008/104/CE was implemented by article 3 of the Law of 9 July 2012 into article 10 bis of the Law of 24 July 1978. This article states that the agency worker has access, under the same conditions as for the permanent employees of the user, to all the company facilities and services, like restaurants, transport and child care services, unless if a difference in treatment can be objectively justified. Furthermore, the wage of the agency worker cannot be lower than the salary he would have received if he was employed with a permanent contract. However one can deviate from this rule if equivalent benefits are awarded to the agency worker by a universally applicable collective agreement, concluded in the agency sector (article 10 of the Law of 24 July 1987).

References

VANACHTER, O. (ed.), *Arbeidsrecht: een confrontatie tussen theorie en praktijk*, Antwerpen, Maklu, 1993, 483 p.

BUELENS, J., Collectief overleg in (onder)aannemingsverhoudingen. (Prospectieve) analyse van concepten, procedures en structuren in rechtsvergelijkend en Europeesrechtelijke perspectief in Reeks van het Belgisch Genootschap voor Arbeids- en Socialezekerheidsrecht, Brugge, die Keure, 2012, 459 p.

NIJS, K., “De gebruiker van uitzendarbeid in de rol van praktische werkgever”, *SOCWEG* 2005, afl. 18, 14-18

PELTZER, L., “Mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs: applicabilité et portée de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs”, *Soc.Kron.* 2001, 268-270.

VAN DEN BERGH, P. and HENDRICKX, F., “uitzendarbeid en terbeschikkingstelling” in HENDRICKX, F., and ENGELS, C., *Arbeidsrecht, 1*, Brugge, die Keure, 2015, 267-289.

OUTSOURCING AND SUPPLY CHAINS IN FRANCE

Foulques de Rostolan
Attorney, Partner, Gide Loyrette Nouel, Paris

Guillaume Navarro
Attorney, Partner, Gide Loyrette Nouel, Paris

Introduction

Outsourcing is an operation whereby an entity, known as the user company, entrusts another, known as the subcontractor, the task of executing, according to pre-established specifications, a part of the acts of production and services for which the user company retains its responsibility. This operation is made according to an outsourcing contract between the user company and the subcontractor. This contract's object is the performing of work requested in exchange of remuneration¹.

Indeed, a contract must be considered to be an outsourcing contract when a company (the subcontractor) offers to the user company (the company that outsources its production) a service carried out by the subcontractor's employees, who remain under the direction and responsibility of the subcontractor. Therefore, outsourcing involves that the subcontractor must carry out a work determined in return of remuneration².

The concept of outsourcing also encompasses transfer of undertakings pursuant to article L. 1224-1 and following of the French Labour Code. In this context, a company (transferor) transfers to another company (transferee) a part of its business. Under certain conditions, the employment contracts attached to the business transferred by the user company are automatically transferred to the subcontractor on the same terms and conditions.

By contrast, the purpose of temporary workers and temporary employment undertakings is to place one or more employees at the disposal of another company for a fixed period. This activity is strictly rules by 63³ articles of the Labour Code. All lawful cases of outsourcing or temporary placement are characterized by a tripartite relationship between a provider company, a user company and workers.

¹ Court of Appeal of Toulouse 11 April 2005 n° 04/03168 : Bull. inf. C. cass. 2005 n° 2069

² CJCE 23 April 2009 aff. 533/07 : D. 2009.1489.

³ Article L. 1251-1 to L.1251-63 of the French labour Code.

It is noteworthy to precise that new forms of legal temporary placement have recently emerged in France. The main new forms of employment are umbrella companies (*portage salarial*), grouping of employers and independent workers providing their services through IT platforms.

1. Is outsourcing a legal form of production organization?

French regulation considers outsourcing as a legal form of production organization. Firms –except in some cases addressed below– can partly or totally externalize their production by contracting other companies.

The Constitution of the French republic does not contain any clause relating to covenants not to compete. But the French *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* (Declaration of rights of Man and of Citizen) of 1789 provides in its article 4 that liberty consists in being free to do anything that does not harm other people, and its article 17 that property is a sacred and inviolable right. A Decree of 2 and 17 March 1791 also provided that any person would be free to do such business, or to practice such occupation, craft or job she saw fit to her. The French Constitutional Council (*Conseil Constitutionnel*) held in 2001 that the principle of freedom of commerce and industry is of constitutional value. In a more recent decision (Decision n° 2000-439 DC of 16 January 2001) the same Council stated that the law maker is allowed to bring to the freedom of undertaking limitations related to constitutional requirements or justified by the general interest, provided that there should not result disproportioned restraints regarding the aimed objective. The Council also recognized the freedom of contract as a principle of constitutional value. First, indirectly (Decision n° 98-401 DC of 10 June 1998) in this case the criterion was that a severe damage to the economy of the contract would realize a violation of the general liberty set by the Declaration of 1789⁴. Then directly in 2003 (Decision n° 2002-465 DC of 13 January 2003) ruling, about the “*liberté contractuelle*” (freedom to contract), that the legislator should not breach contracts legally concluded, if he did not justify of a sufficient general interest.

This principle, is expressly included in the reform of Title III of Book III of its Civil Code on contracts (*Des contrats ou des obligations conventionnelles en general*) which became Law on 1 October 2016. With minor exceptions, all contracts concluded prior to its entry into force will remain subject to the previous regime as “underpinning French contract law”. It is stated as follows: “[e]veryone is free to contract or not to contract, to choose the person with whom to contract, and to determine the content and form of

⁴ “*Considérant, enfin, que le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*”.

the contract, within the limits imposed by legislation” (article 1102 Civil Code as amended).

In the construction and development sector the use of subcontractors is strictly regulated under French law. Subcontractors and the method of their payment must be approved individually by the owner before the conclusion of any agreement with the main contractor⁵.

In the public sector, the subcontractor in the construction area must be paid directly by the owner. In the private sector, the contractor must either provide the subcontractors with a bank guarantee covering all sums due or ask the owner to pay the subcontractors directly. Subcontractors regularly approved by the owner have a direct action against him or her if the contractor fails to pay within one month of service of a formal notice.

If the owner has knowledge of the presence on the construction site of a subcontractor he or she has not approved, he or she must serve the contractor with a formal notice to seek approval. The owner may be liable in tort to the subcontractor.

If the subcontractor is approved by the owner and the payment terms are agreed by the owner, the subcontractor is legally entitled to bring his claim directly against the owner if the contractor fails to pay.

Transfer of undertakings are regulated by article L. 1224-1 to L. 1224-4 of the French Labour Code:

“In the event of a change in the employer’s legal situation, notably, as a result of inheritance, sale, or merger of the undertaking, a change in its legal form or its incorporation, all employment contracts in force on the date of this change in the

⁵ In the construction and development sector the main parties involved include the:

- Owner or developer known as the *maître d'ouvrage*. The owner often delegates part or all of his responsibilities to a *maître d'ouvrage délégué* to manage the project on his behalf.
- Architect (*maître d'oeuvre de conception/d'exécution*) and consulting engineers (*bureau d'études techniques*) (BET), which are in charge of the design phase of a project and of monitoring the construction phase of the project.
- Health and safety protection co-ordinator (*coordonnateur de sécurité et de protection de la santé*) (CSPS) appointed by the owner, in accordance with mandatory rules, to monitor and manage health and safety risks during the life of the project.
- Contractor(s) in charge of the construction of the project.

Subcontractors appointed by the contractor(s) with the approval of the owner in accordance with mandatory rules regulating subcontracting.

employer's legal situation continue between the new employer and the undertaking's staff".

2. Are there limits and/or prohibitions to outsourcing?

Outsourcing and contracting out part or the entire production of a company are in principle legal as part of the contractual and entrepreneurial freedom.

Although outsourcing is permitted, there are relevant conditions defined by the jurisprudence of the Court of Cassation which limits outsourcing. In fact, the performance of the task, clearly determined, in the outsourcing contract must constitute the main obligation of the contract⁶.

A noteworthy condition is that the performance of the subcontractor's task must be conducted independently of instructions of the user company⁷.

The resort to outsourcing is equally regulated by article L. 2323-10 of the French Labour Code. This article requires in any case of transfer or contract out both the user company and the subcontractor to inform and consult their respective Works Council (if any) in respect of the proposed transfer or resort to contract out. "Consultation" means that the works council members will be asked to give their opinion on the prospective project. The opinion issued by the Works Council is not binding on the user company's decision.

There are also specific limits for the transfer of undertakings. Indeed, the French Court of Cassation states that employment contracts are automatically transferred only where the operation involves the transfer of "*an autonomous economic entity which retains its identity and where the activity is continued or renewed*".

Courts look at the circumstances as a whole to determine whether there is a transfer of an autonomous economic entity, such entity being defined as "*an organized grouping of individuals and tangible or intangible assets that enables the continued running of an economic activity with its own objective*"⁸.

⁶ Commercial Division of the Court of Cassation, 20 June 1989: D.1990.246.

⁷ Labour Division (*chambre sociale*) of the Court of Cassation, 29 January 1970 n° 60-40.029.

⁸ Labour Division (*chambre sociale*) Court of Cassation, 7 July 7, Bull. civ. V, n°. 363

3. Does the company that partly or totally outsources its production have any labor or Social Security responsibility towards the subcontractor's workers? What responsibilities?

A specific chapter under the title "Obligations and liability of the client and principal contractor" (article L.8232-1 to L.8232-3) of Labour Code establishes a system of joint liability between a user company and their subcontractor for the payment of salaries, holidays and Social Security contributions for the benefit of the subcontractors' workers. This legislation must be seen in the context of combating bogus subcontracting and trafficking.

Any contractor entering into a contract for the performance of work, the provision of services or the performance of a business transaction (you can hardly imagine a broader scope) must make sure that the other contracting party complies with its obligations as employer, particularly its obligations related to the declaration and payment of social-related contributions.

This "duty of vigilance" must be performed at the date of signature of the contract and every six months until the effective termination of the contractual relation. The contractor has to obtain the communication of a number of documents from the other party and verify that such documents are authentic, valid and consistent. Prior to 2011, main contractors had to demand documentation from subcontractors demonstrating that they did not employ illegal workers and fulfilled their obligations to pay Social Security contributions. Under the new law, subcontractors now have to provide a certificate, provided by Social Security bodies, to show they fulfil their legal obligations to their employees and pay Social Security contributions.

The 1990 Act applies to every entrepreneur who has recourse to a national or foreign subcontractor for the supply of work or services, outside the legal framework of temporary agency work; the Act applies provided that this operation causes some kind of prejudice to the worker and/or violates legal or collective agreement provisions.

Where the subcontractor defaults on the payment of salaries and Social Security contributions, the entrepreneur, having had recourse to the subcontractor's services, is liable for the payment of workers' salaries and Social Security contributions – irrespective of any contractual provisions to the contrary. If the work or services are provided in the entrepreneur's place of business or in its dependencies, his or her liability in respect of the subcontractor's workers extends to their salaries, annual holiday, social insurance benefits, family allowances and accident or sickness compensation. By contrast, if work or services are provided in a different location or in

the context of home working, the entrepreneur's liability is limited to the salaries, annual holiday payment, (double) Social Security contributions and family benefits of the subcontractor's workers (article L. 8232-2 Labour Code). The territorial scope of these legal provisions is not explicitly limited to national subcontractors. As a result, it can be said that they equally apply to national and foreign subcontractors, even though established abroad.

The entrepreneur is subject to a number of obligations in respect of the subcontractor's workers. These obligations include making sure that legal provisions are being complied with –more specifically, regarding hours of work, daily rest breaks, holidays, health and safety, and maternity leave (article L.8232-1 of Labour Code). They may have a preventive effect on the liability of the entrepreneur. The offence of bogus subcontracting is punishable by two years' imprisonment or a fine of 30.000€. The client/principal contractor having had recourse to trafficking through another is also punishable by one year's imprisonment or a fine of 12.000€ (article L.8234-1 of Labour Code). Four other sanctions against employers committing the labour law offences of undeclared work, illicit negotiation, lending of labour and employment of undocumented workers: administrative closure of the business; exclusion from government work; denial of government subsidies; and reimbursement in part or in full of subsidies. As an example, the Social Security inspecting agency URSSAF can cancel the reduction or waiver of Social Security contributions from which the principal had benefited.

Also, there is a special regulation for the construction sector, as article L. 4532-2 of the French Labour Code provides for the following:

“Worker safety and health coordination shall be organized for all building site involving several undertakings including subcontractors, in order to prevent the risks arising from their simultaneous or successive interventions”.

The Code imposes a security and protection coordinator in the building site involving several undertakings. This coordinator must be appointed by the user company. The coordinator must present specific health and safety skills in the construction sector⁹.

To ensure the safety and protect the health of employees working on a construction project, the owner, the architect and the health and safety protection coordinator (CSPS) must apply the general principles of prevention set out in article L.4121-2 of the French Labour Code¹⁰.

⁹ Articles R 4532-17 to R 4532-19 and R 4532-23 to R 4532-37 of the French Labour Code.

¹⁰ Article L. 4532-4 of the French Labour Code.

These provisions impose an obligation on the owner, the architect and the CSPS to, for example coordinate the works also of subcontracting companies to ensure maximum safety on site; create a health, safety and working conditions committee (*Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail*) which is also competent for subcontracting companies (CHSCT) on construction sites and develop a general coordination plan to promote health and safety (*Plan général de coordination en matière de sécurité et de protection de la santé*) (PGCSS) including the subcontractors activities. Any breach of these obligations may result in both tortious liability and criminal penalties.

Moreover in cases of undeclared work, the Labour Code establishes “Obligations and liability of the client and principal contractor” (article L. 8222-1 to L. 8222-7) as well as every person contractually linked to the resort of undeclared work. Indeed, every employer which has resorted to undeclared work as well as every employer which contracts directly or indirectly with this person using undeclared workers are their liability jointed.

Also, the article L. 8222-2 of the Labour Code states that the user company and their subcontractors are their liability jointed for:

- Social security obligations, especially, to pay social insurance contributions.
- Damages to the worker next the breaches of an employer having resort to undeclared work.

In the event of a transfer of undertakings, article L. 1224-2 of the Labour Code provides that the transferee will be liable for all obligations for which the transferor was responsible at the date of the transfer, except in limited circumstances (e.g. insolvency proceedings). As a consequence, employees can make claims to the transferor for amounts due before the transfer, but they can also choose to make claims against the transferee.

According to article L.1224-2 of the Labour Code, the transferor must reimburse the transferee with any amounts paid by the transferee for debts arising before the transfer, unless the costs were taken into account in the transfer agreement.

As a result of the aforementioned provisions, if the subcontractor defaults, their workers can take a direct action in court against the principal contractor (article L.8232-3 of Labour Code). In addition, an action on behalf and for the benefit of the subcontractor's workers can be exercised by a representative trade union without having to justify express authorization. However, trade unions need to notify the relevant worker of their intentions and can only proceed with the court action if the worker involved does not

oppose the action within two weeks of the date that he or she has been notified of the union's intentions (article L.8233-1 of Labour Code).

4. And regarding pension plans and pension funds?

The subcontractor is the only employer of the subcontractor's workers. In this way, the employee retains treaty's provisions from which he benefits with the subcontractor. As a result, workers hired by the subcontractor cannot make claims against the user company for these obligations.

As French case-law currently stands, pension commitments that employees affected by the transfer had with the transferor are not transferred to the transferee. For example, concerning the retirement benefit, it has been judged that it does not constitute an acquired individual right¹¹.

5. Is the subcontractor legally obliged to recognize its workers the same labor conditions applicable to the workers of the user company?

In principle, there is no duty for subcontractors to recognize its employees the same conditions than those recognized to workers in the user company. In any cases, the user company or subcontractor must pay its workers the legal minimum wage¹².

In the event of a transfer of undertakings, the employment contract concluded by the transferor is transferred without any modifications to the transferee.

With respect to the collective status however, i.e. the rights and benefits applying collectively to the employees, the situation is different, since employees transferred in application of article L.1224-1 of the French Labour Code benefit from the collective status in force within the transferee as from the transfer date (and at the same time continue to benefit, for a temporary period, from the collective status in force within the transferor).

Regarding, article L. 3221-2 of the French Labour Code establishes the principle of "equal pay for equal work" (employees performing the same exact work should receive the same pay). This is a relevant rule in cases of transfer of undertaking with the automatic transfer of all workers' transferor to the transferee.

¹¹ Labour Division (*chambre sociale*) Court of Cassation 20 January 1971, n° 70-40.181, Bull. Civ. V, n° 36.

¹² Article L. 3231-2 of the French Labour Code.

Indeed, a workers transferred must benefit from it will be applied: the same essential work and employment conditions that they would have benefited from, had they been the workers transferred would be entitled to have, if they had been directly hired by the user company to occupy the same position.

6. In which cases is outsourcing considered fraudulent or there is an illegal transfer of workers? What are the consequences?

Outsourcing is considered fraudulent in any cases where the subcontractor is bound by the instructions of the user company or when the subcontractor is not independent in the performance of his tasks.

Therefore, outsourcing is considered fraudulent when:

- The only aim of the contract between the user company and the subcontractor is for the latter to hire workers and lend them to the user company.
- The subcontractor is not a real firm, in the sense that it does not exert an activity or does not possess any infrastructure or enough means to perform the hired activity.
- The subcontractor does not carry out the tasks of direction, organization and control of its workers in the provision of services.

Indeed, judge fears that, through the outsourcing, the user company tries to avoid the employer's labor or Social Security obligations, especially, to pay social insurance contributions.

For example, a company has employees whose functions are to give training courses. The company decides to dismiss all its employees. Then, proposes them to continue to work for the company but as subcontractor and not as employee. The former employees create their own company and work for their former employer by an outsourcing contract between their company and their former company. In fact, the former company organizes the work teams, establishes the daily tasks that must be carried out, controls possible absences from work, organizes holidays etc. In this example, the company created by the former employer is a company empty of any authority or normal employer's prerogative whereas the performance of the subcontractor's task must be conducted independently of instructions of the user company.

Indeed the legal employer of the subcontractor's worker (the subcontractor) must be the only holder of employer's prerogatives.

In this example, the consequences will be a requalification of the outsourcing contract in employment contracts between the user company and the subcontractor's workers. The

user company will be recognized like the employer, therefore like the only debtor of the employer's labor or Social Security obligations, especially, to pay social insurance contributions.

7. Is the hiring of workers through Temporary Employment Agencies allowed in your country? If so, in which cases?

Hiring out workers in order to make a profit is an activity regulated and strictly reserved for the Temporary Employment Agencies or in a system of umbrella companies (*portage salarial*).

This operation for profit outside of a temporary agency is forbidden and engages a criminal liability¹³. By exception, temporary placement is lawful if it is a non-profit operation.

The concept was defined in the Law of the 28 July 2011, n°2011-893¹⁴, codified at the end of article L. 8241-1 of the French labor Code:

“Outsourcing is a non-profit operation if the lending company invoices to the user company, merely, the wages, social insurance contributions and professional fees relating to worker lent”.

In other words, the invoice of the lending company to the user company must strictly reflect the employee's pay slip¹⁵. In this case, the outsourcing is a non-profit operation and is lawful.

As far as Temporary Employment agencies are concerned, hiring workers through them is allowed but strictly regulated by law.

Pursuant to article L. 1251-1 of the French Labour Code, temporary placement must be a triangular relationship between the temporary placed employee, a Temporary Employment Agency (*Entreprise de Travail Temporaire - ETT*) and a user company.

It involves two concomitant contracts, first a commercial “availability” contract between the temporary employment agency and its customer, i.e. the user company. Second, an employment contract based on so-called “assignments” concluded between

¹³ Article L. 8241-1 of the French Labour Code

¹⁴ Law n° 2011-893 of the 28 July 2011 for the development of block release training and the securing of professional process.

¹⁵ Labour division (*chambre sociale*) of the Court of Cassation 29 October 2008, n°07-42379.

the temporary employee and his or her employer, i.e. the temporary employment agency. Both contracts must include some compulsory provisions, especially the duration and conditions of execution of the worker's employment¹⁶.

An important point is that the worker must be assigned to the user company for a fixed-term duration. Article L. 1251-11 imposes that the duration be fixed when the contract is concluded. Moreover article L. 1251-12 provides for a maximum duration of 18 months in principle.

Finally, running a Temporary Employment Agency implies notifying the administrative authority and obtaining a financial guarantee¹⁷.

8. Are there specific cases or economic activities in which hiring workers through Temporary Employment Agencies is limited and/or prohibited?

Article L. 1251-6 of the French Labour Code defines the cases where outsourcing by an agency is possible:

“Firstly, to replace an employee of the user company, who is: absent; in a transitional part-time; in suspension of his employment contract; leaving before the removal of his employment; waiting for the arrival of an employee on an indefinite-term contract.

Secondly, to ensure the continuity of the activity of the company in case of: temporary increase of the activity; seasonal employment; the replacement of an artisanal, industrial or commercial entrepreneur or a farm operator.”

The resort to temporary employment agencies is equally possible to encourage the recruitment of unemployed persons encountering particular social and professional difficulties or to provide additional vocational training to the employee¹⁸.

The hiring of workers through agencies is prohibited in certain cases:

- Temporary placement cannot have the objective or effect of filling permanently a position connected with the normal, on-going activity of the undertaking¹⁹.

¹⁶ Article L. 1251-16 and article L. 1251-43 of the French Labour Code.

¹⁷ Article L. 1251-45 of the French Labour Code.

¹⁸ Article L. 1251-7 of the French Labour Code.

¹⁹ Article L. 1251-5 of the French Labour Code.

- In principle, outsourcing by an agency is prohibited until 6 months after a redundancy²⁰.
- To replace workers on strike in the user firm²¹.
- To perform tasks especially dangerous for the health and safety of workers. Specifically, activities in which employees are exposed to radiation, cancerous or toxic agents, and biological agents.

Hiring workers through Temporary Employment Agencies in any of these cases may be deemed an illegal transfer of workers.

9. What labor and Social Security liabilities do Temporary Employment Agencies have with respect to the workers hired and transfer to user firms? And the user firm?

The temporary employment agency is the legal employer and therefore the only debtor of the employer's labor or Social Security obligations, especially, to pay social insurance contributions. The employment agency is liable for fulfilling of labor and Social Security obligations with regard to the workers hired.

However, with respect to work-related accidents:

- The degree of danger of the employment in the user company is taken into account to calculate social contributions of the temporary employment agency (article L. 412-3 of the Social Security Code).
- The user company must inform the temporary employment agency (article L. 412-4 of the Social Security Code).
- The user company's liability may be engaged in lieu of the temporary employment agency's liability in case of reckless misconduct (article L. 412-6 of the Social Security Code).

Also, the temporary employment agency must take a financial guarantee in case of insolvency, in order to ensure that wages and social insurance contributions related to the temporary worker be paid²².

In case of insolvency of the employment agency and in the absence of financial guarantee, the user company will be considered liable for the payment of salary, Social

²⁰ Article L. 1251-9 of the French Labour Code:

²¹ Article L. 1251-10 of the French Labour Code

²² Article L. 1251-49 of the French Labour Code.

Security contributions and severance with respect to the workers used by the user company²³.

10. How are the labour conditions applicable to workers hired by Temporary Employment Agencies and transferred to user companies determined?

The general principle is that the employer is in fact the temporary employment agency. It is fully responsible for paying and training temporary employees and for exercising disciplinary powers regarding them.

But responsibility during the performance of the work (in particular for working conditions: working hours, night work, weekly breaks, hygiene and safety) lies with the user company.

Indeed article L. 1251-21 of the French Labour Code states:

“Through the duration of the assignment, the user company is responsible of conditions of execution of the worker’s employment (...) for the application of provisions concerning: hours of work; at night work; weekly rest; health and safety at work; the work of women, children and young workers”.

Temporary workers have access to all collective facilities, in particular, any canteen, transport services, restaurant vouchers, on the same terms as workers employed directly by the user company.

Also, article L. 3221-2 of the French Labour Code establishes the principle of “*equal pay for equal work*” (employees performing the same exact work should receive the same pay). In accordance with article L. 1251-18 of the Labor Code, equal treatment of agency workers and permanent workers in a user company is a general principle which covers all the employee's individual and collective rights.

In other words, a temporary worker must benefit from the same essential work and employment conditions that they would have benefited from, had they been directly hired by the user company to occupy the same position.

²³ Article L. 1251-52 of the French Labour Code.

11. Other relevant aspects and personal assessment of the regulation regarding outsourcing and supply chains

Hiring out employees for a profit is legal for temporary employment agencies but also for French umbrella companies (*entreprises de portage salarial*).

Portage salarial was established in France in the 1980s with the aim of facilitating the employment of senior unemployed persons. It is now regulated under article L.1251-64 of the French Labour Code and according to an order of 2 April 2015²⁴.

This system can be defined as a set of contractual relationships between an umbrella company, an independent contractor, and a client company. Two contracts are concluded: first, a service contract between the umbrella company and the client company, and second a temporary employment agreement between the independent contractor and the umbrella company.

When the independent contractor completes the project, the client company pays the fees to the umbrella company which subsequently pays a salary to the independent contractor.

The worker carried is entitled to a minimum wage²⁵.

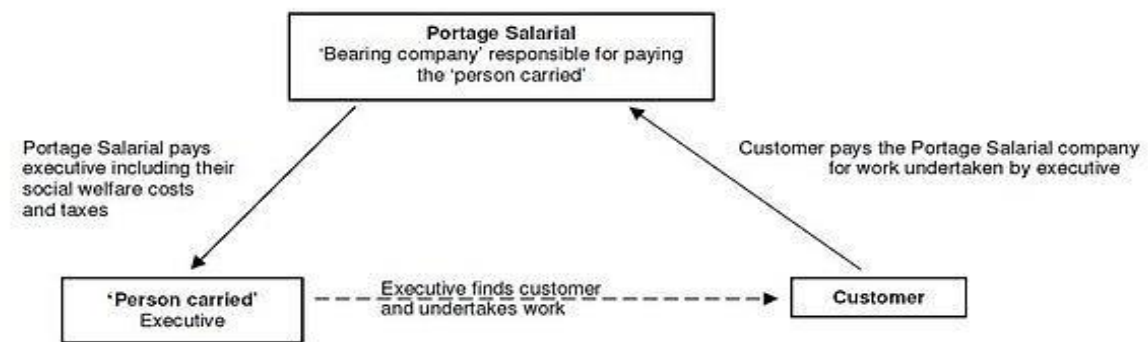
The particularity of this temporary placement is that the umbrella company is not required to provide work to its “employees”, i.e. the independent contractors. Moreover the worker must have a specific expertise, a qualification and be autonomous, so as to be able to search for clients himself and to agree with them the terms and conditions (including the price) of the mission²⁶.

Figure of the umbrella companies system:

²⁴ Order n° 2015-380 du 2 April 2015 relating to “French portage salarial”.

²⁵ Article L. 1254-2 of the French Labour Code.

²⁶ Article L. 1254-2 of the French Labour Code.



The resort to *portage salarial* is legal only if the mission is concluded for an occasional task and a limited duration (maximum 36 months²⁷). This mission must not be part of the normal and permanent activity of the customer company²⁸. *Portage salarial* cannot have the objective or effect of filling permanently a position connected with the normal, on-going activity of the customer undertaking.

In conclusion, *portage salarial* is an innovative form of temporary placement in French, which can be viewed as a halfway house between self-employment and regular employment.

²⁷ Article L. 1254-4 of the French Labour Code.

²⁸ Article L. 1254-3 of the French Labour Code.

OUTSOURCING AND SUPPLY CHAINS IN GERMANY

Alexander Stöhr

Research Assistant at the Department of Commercial, Business and Labor Law,
University of Marburg, Marburg, Germany

Introduction

Outsourcing is an area of increasing importance in Germany. According to the 2013 *Outsourcing in Europe* report, 15 percent of services are outsourced in Germany, which is above average in comparison to other European countries.²⁹ Measured by the Annual Contract Volume, the German outsourcing market is the second largest in Europe.³⁰ The IT-sector is dominating with a volume of 8 – 10 billion euro.³¹ However, the outsourcing activity has slowed down slightly in recent years. This is explained by the fact that a lot of big companies already have outsourced large parts of their infrastructure. Furthermore, many companies prefer smaller contracts with several specialized subcontractors over a big contract with a generalist.³² The main objective of outsourcing is to reduce certain costs, like non-core business expenses, taxes or collective-agreement wages. Therefore, outsourcing has been widely criticized in Germany, because it is associated with cutting costs at the expenses of the employees. However, the acceptance seems to have increased in recent years.³³

Temporary work is also gaining economic importance, particularly after the controversial labor market reform “Agenda 2010”. The supply chain branch in Germany is characterized by a complex and rapidly changing world market. Independent transportation and warehousing companies increasingly encounter problems responding to the accelerating pace of business and expanding networks resulting from the global trade. From a legal perspective, outsourcing and supply chains taken in isolation are not of a primary importance in Germany. So far, 619 judicial decisions explicitly deal with outsourcing. For comparison purposes, 1.022 judicial

²⁹ [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Outsourcing_in_Europe_2013/\\$FILE/EY-outsourcing-survey.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Outsourcing_in_Europe_2013/$FILE/EY-outsourcing-survey.pdf).

The other investigated countries were Denmark (9%), Finland (19%), The Netherlands (13%), Norway (10%), Sweden (9%), Spain (17%) and the United Kingdom (17%).

³⁰ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Bericht-Outsourcing-Markt-in-Europa-sackt-um-20-Prozent-ab-1856632.html>.

³¹ Compare the study of PricewaterhouseCoopers, IT-Sourcing-Studie – *die Perspektive der Anbieter*, 2015.

³² <https://www.channelbiz.de/2014/04/23/outsourcing-markt-in-deutschland-ruecklaeufig>.

³³ Business Process Outsourcing in Deutschland. *Eine Trendanalyse von EDS und Pierre Audoin Consultants*, 2006, p. 10.

decisions deal with compliance, and 8.850 deal with the transfer of undertakings.³⁴ A coherent regulation of outsourcing does not exist. Rather, the various aspects are governed by several statutes which are spread over different fields of law.

1. Is outsourcing a legal form of production organization?

In this point, the German law allows outsourcing as a legal form of production organization. Companies can partly or totally externalize their production and services by contracting other companies. The German Constitution guarantees entrepreneurial freedom, in dispute is only whether this freedom is anchored in article 2 (1), which recognizes the general freedom of action, or in article 12 (1), which recognizes the freedom to engage in an occupation.³⁵ Regardless of this rather theoretical debate, the companies are guaranteed an adequate margin to work toward the company's success which undisputedly includes outsourcing measures. Limitations of this freedom therefore require a constitutional justification.

2. Are there limits and/or prohibitions to outsourcing?

Specific prohibitions regarding outsourcing do not exist in Germany. However, the implementation of concrete measures is limited by various statutes and triggers certain obligations respectively.

The *Bundesdatenschutzgesetz* places limitations to outsourcing measures that require the collection, processing or use of personal data. Important examples are IT-maintenance and the destruction of media data. In these cases, the outsourcing company needs the permission of the person concerned to supply the contractor with personal data, § 4 *Bundesdatenschutzgesetz*. In addition, both companies have to reach an agreement concerning the data protection that must fulfil certain conditions, § 11 (2) *Bundesdatenschutzgesetz*. It is necessary to ensure that the contractor meets the data protection requirements. Furthermore, violations of professional secrecy would be liable to prosecution according to § 203 *Strafgesetzbuch*. § 26b *Kreditwesengesetz* places specific limitations to outsourcing measures by credit institutions and financial service institutions.

After the outsourcing, the company typically no longer needs the employees who performed the outsourced activity. Therefore, the dismissal of those employees is a firm component in the outsourcing measure. Germany is known for its high level of dismissal protection. The Termination for operational reasons has several legal

³⁴ This results from an evaluation of the data base *juris*.

³⁵ Di Fabio, Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2016, Art. 2 paragraph 126.

requirements. However, in the light of the constitutional guarantee of the entrepreneurial freedom, the labor courts are not allowed to judge whether the entrepreneurial decision is useful, but only if it is arbitrary. Hence, the German Federal Labor Court has approved a dismissal on the grounds of an outsourcing measure.³⁶

Finally, it is important to bear in mind the codetermination rights of the works council. According to § 111 (1) Works Council Constitution Act (*Betriebsverfassungsgesetz*), companies with more than 20 employees are obliged to inform the work council timely, effectively and comprehensively about a plant modification (*Betriebsänderung*) that can produce major disadvantages for the workforce. Furthermore, the employer has to try to reach an agreement on a reconciliation of interests (*Interessenausgleich*) and a social compensation plan (*Sozialplan*). According to § 111 (1) sentence 3 number 4 of the Works Council Constitution Act, plant modifications shall be regarded as fundamental changes in the company organization. Therefore, outsourcing measures are plant modifications in this sense if they affect at least 5 percent of the workforce.³⁷ In this case, the work council can demand a social compensation plan, § 112 (4) Works Council Constitution Act. If an economic committee (*Wirtschaftsausschuss*) exists, it also has to be informed in due time, effectively and comprehensively about the outsourcing measures, § 106 (2) Works Council Constitution Act. Otherwise, § 80 (2) Works Council Constitution Act at least states a general information requirement, whereby the work council has to be informed in a manner that it may properly execute its tasks. In companies with more than 500 employees, the work council can exact the formulation of selection guidelines, § 95 (2) Works Council Constitution Act.

3. Does the company that partly or totally outsources its production have any labor or Social Security responsibility towards the subcontractor's workers? What responsibilities?

As a basic principle, in Germany only the contractual employer has any labor or Social Security responsibility. Therefore, the outsourcing company normally does not have such responsibility in relation with the subcontractor's workers if their employment contracts exist with the subcontractor.

An important exception results from § 613a (2) *Bürgerliches Gesetzbuch*. This provision states that in the case of a transfer of undertakings, the previous employer is liable alongside the new owner of the business in respect of obligations which arose from the labor relation before the date of transfer and become due to a maximum of a year after this date. If such obligations become due after the date of transfer the previous

³⁶ BAG 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06, paragraph 30.

³⁷ Kania, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16th edition 2016, § 111 BetrVG paragraph 17.

employer is liable just to the extent that equates to the part that as already lapsed at the time of the transfer. This provision represents a compromise: The previous owner shall neither be completely discharged from liability nor continue to be liable for an indefinite period of time.

The term “transfer of undertakings” must not only be interpreted in the light of the national provision, but also in the light of the underlying Directive 2001/23/EC. According to article 1 (1) (b) of this directive, a transfer of undertakings means a transfer of an economic entity which retains its identity, meaning an organized grouping of resources which has the objective of pursuing an economic activity. Against this background, outsourcing measures can constitute a transfer of undertakings, but they always require the examination of the particular case. A simple functional succession is not sufficient, as the European Court of Justice has made clear.³⁸ Further indications are necessary, like the assumption of existing means of production or of a substantial part of the workforce in terms of number and expert knowledge. If the subcontractor does not assume any means of production or employees of the outsourcing company, a transfer of undertakings is to be negated.

4. And regarding pension plans and pension funds?

The term “rights and duties” as referred to in § 613a (1) *Bürgerliches Gesetzbuch* means not only wages and salaries, but also pension entitlements.³⁹ Hence, if the conditions of § 613a (2) *Bürgerliches Gesetzbuch* apply, the outsourcing company remains responsibility with regard to the pension entitlements of its former employees. However, since the right to a pension is rarely due within a year after the date of the transfer, this liability is of little practical relevance.

5. Is the subcontractor legally obliged to recognize its workers the same labor conditions applicable to the workers of the user company?

According to § 613a (1) *Bürgerliches Gesetzbuch*, in the case of a transfer of undertakings, the new owner enters into the “*rights and duties arising from the existing employment relationship*”. Therefore, the subcontractor is legally obliged to recognize its workers the same labor conditions applicable to the workers of the user company if the outsourcing measure complies with the aforementioned requirements of a transfer of undertakings.

³⁸ ECJ, 11.3.1997, C-13/95, Ayse Süzen, paragraph 16.

³⁹ Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16th edition 2016, § 613a BGB paragraph 73.

6. In which cases is outsourcing considered fraudulent or is there an illegal transfer of workers? What are the consequences?

In the German legal system, § 1 (1) sentence 1 *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* states that commercially hiring workers and transferring them to another company requires an official permit, otherwise it is illegal. Therefore, outsourcing is fraudulent if (a) the only aim of the contract between the user company and the subcontractor is for the latter to hire workers and lend them to the user company; (b) when the subcontractor is not a real company, in the sense that it does not exert an activity or does not possess any infrastructure or enough means to perform the hired activity; and (c) when the subcontractor does not carry out the tasks of direction, organization and control of its workers in the provision of services.

For example, a factory outsources the surveillance service to a surveillance company. However, it is not the surveillance company, but rather the factory that interviews candidates to be hired by the surveillance company, organizes the shifts and execution of the duties and approves vacation of the surveillance personnel. In this example, the surveillance company is the contractual employer, but is it the factory that performs the entrepreneurial functions. As a result, there is a case of illegal transfer of workers, because the surveillance company does not have the required permit, and of fraudulent outsourcing.

The main consequences are: (a) the contract between the factory and the surveillance company is void, as well as the contract between the surveillance company and the employees, § 9 number 1 *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*; and (b) an employment contract is deemed concluded between the employees and the factory on the basis of the content of the void contract, § 10 (1) *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*.

7. Is the hiring of workers through Temporary Employment Agencies allowed in your country? If so, in which cases?

The German regulation allows hiring workers through Temporary Employment Agencies, provided they have the required permit. The permit is issued on application and shall be refused if the applicant is not reliable or unable to deal with the employer obligations.

The transfer of a worker to the user company shall be temporary, § 1 (1) sentence 2 *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*. However, it is disputed how this time limit is ought to be interpreted. The German Federal Labor Court merely stated that a permanent transfer

cannot be interpreted as temporary and is therefore illegal,⁴⁰ which obviously is a matter of course. The current draft submitted by the German government provides a clear time limit of 18 months. Further requirements, like a temporary work need of the user company, do not exist. Hence, the transferred workers may be occupied by the user company to perform permanent tasks.

8. Are there specific cases or economic activities in which hiring workers through Temporary Employment Agencies is limited and/or prohibited?

Hiring workers through Temporary Employment Agencies is prohibited for companies in the construction sector with regard to work activities which are usually performed by workers, § 1b sentence 1 *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*. § 1b sentence 2 *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* provides narrow exceptions.

9. What labor and Social Security liabilities do Temporary Employment Agencies have with respect to the workers hired and transfer to user firms? And the user firm?

Under German law, the Temporary Employment Agencies are the contract employers of the workers. Hence, they are the sole and fully subject of labor and Social Security liabilities. Only if the Temporary Employment Agencies fail to comply with Social Security contributions, the user company shall be liable as absolute guarantor, § 28e (2) sentences 3, 4 *Sozialgesetzbuch IV*. This liability is limited to the period of the transfer.

10. How are the labor conditions applicable to workers hired by Temporary Employment Agencies and transferred to user companies determined?

§ 10 (4) *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* states the principle of equal pay, which gives effect to the Directive 2008/104/EC. In accordance with this provision, Temporary Employment Agencies are obliged to grant its employees for the period of the transfer the same essential working conditions, including the same salary, as a similar employee within the user company is entitled to. A contract between the Temporary Employment Agency and its employer that provides worse conditions for the period of the transfer is void, § 9 number 2 *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*. However, varying conditions can be agreed in collective agreements.

⁴⁰ BAG 10.7.2013 – 7 ABR 91/11, paragraph 28.

Judicial decisions

German Federal Labor Court, 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06: a dismissal on the grounds of an outsourcing measure is generally not arbitrary.

European Court of Justice, 11.3.1997 – C-13/95, Ayse Süzen: a simple functional succession is not sufficient for a transfer of undertakings. Further indications are necessary, like the assumption of existing means of production or of a substantial part of the workforce in terms of number and expert knowledge. Only under those conditions an outsourcing measure can be regarded as a transfer of undertakings.

German Federal Labor Court, 10.7.2013 – 7 ABR 91/11: a permanent transfer of workers cannot be interpreted as temporary and is therefore illegal under German law.

OUTSOURCING AND SUPPLY CHAINS IN GREECE

Evangelos D. Angelopoulos
Attorney at Law, LL.M., PhD candidate

Sophia Ampoulidou
Attorney at Law, LL.M., Partner at Drakopoulos Law Firm

Introduction

Greek economy was until recently a relatively closed/introvert one, state-focused and/or state-subsidized economy. In this context, outsourcing and modern supply chains didn't constitute a significant portion of production organization. As a matter of fact last year's (2015) total exports amounted to 25.8 bn Euros and the export sector comprised 13,9% of the Greek GDP. Unfortunately there aren't any official data regarding the supply chains and outsourcing practice, but according to a recent independent survey 78,6% of the industrial/commercial undertakings answered that they have outsourced at least one of their activities and only 3,57% of the undertakings surveyed answered that they have not outsourced any activity [Liapopoulos, 2013, p. 96]. Logistics, cleaning and security services, esp. in the public or quasi-public sector, are the main fields of outsourced activities.

1. Is outsourcing a legal form of production organization?

In principle, the Greek regulation treats outsourcing as a legal form of production organization. Firms –except in cases in the following question– can partly or totally externalize their production by contracting other companies. This freedom in outsourcing is provided by articles 5§1 of the Greek Constitution and/or article 16 of the EU Charter of Fundamental Rights that recognize entrepreneurial freedom, and article 361 of the Greek Civil Code establishing the general freedom of contracts.

2. Are there limits and/or prohibitions to outsourcing?

The Greek legislation generally allows outsourcing or contracting out –partly or fully– the production of an undertaking. However, there are important restrictions and prohibitions to outsourcing in the banking/financial sector. Thus, pursuant to national and EU legislation, banking institutions are prohibited to outsource most of their core banking activities (deposits, loans, mortgages etc). Nevertheless, under the strict condition of authorization by the supervising authority (Bank of Greece), banking institutions are allowed to contract out the internal inspectorate, compliance, risk

management, and finally, IT departments, though exclusively to undertakings controlled by the relevant banking institution.

3. Does the company that partly or totally outsources its production have any labor or Social Security responsibility towards the subcontractor's workers? What responsibilities?

In general, in Greece the outsourcing undertaking (Company A) is not responsible whatsoever towards the subcontractor's workers as far as the labor or Social Security obligations are concerned. Sole responsible is the subcontractor (Company B), since the outsourcing undertaking (Company A) is not a contracting party as far as the employment agreement between the subcontractor (Company B) and its workers is concerned.

A possible exemption to the above rule is introduced in those cases where outsourcing agreements are found to constitute transfer of undertakings within the meaning of the Presidential Decree 178/2002 (that incorporated to Greek legislation the Directive 98/50/EC's provisions).

Evidently and pursuant to the general principle of contractual freedom, the contracting parties who enter the outsourcing agreement may legally stipulate that both of them are liable to labor and Social Security claims by the employees. Nevertheless, this joint-liability clause remains empirically a quite limited phenomenon, since one of the functions that make outsourcing agreements so attractive to the outsourcing undertakings is exactly their lack of liability towards the employees of the subcontractor.

Last but not least, article 8 of the –still in force– Royal Decree of 24.7.1920 regarding work accidents expressly introduces a joint liability of both the outsourcing employer and the subcontractor, whereas in cases that the outsourcing party is the Greek State the compensation of the injured-at-work employee remains solely within the subcontractor's sphere of liability.

4. And regarding pension plans and pension funds?

Even if the outsourcing undertaking is found to be liable for labor and Social Security claims of the subcontractor's employees, that liability does not include contributions to either pension plans or pension funds, since (assumption taken for granted) the user company is not a contracting party to the relevant pension schemes agreements between the subcontractor and its personnel. Consequently, employees hired by the

subcontractor have no justiciable claims against the user company regarding pension plans or pension funds.

5. Is the subcontractor legally obliged to recognize its workers the same labor conditions applicable to the workers of the user company?

In the Greek legal order, the answer is negative. The subcontractors are not *ex lege* obliged to employ their employees with the same terms and conditions applied to workers in the user company. It goes without saying that according to the general principle of contractual freedom the parties (outsourcer, outsourcee and/or employees) if they will to, are free to agree that the terms and conditions of the former's employees should apply to the latter's as well.

The only case that the user employer has an obligation of same-terms employment is that of Temporary Agency Workers. Specifically, according to article 117 para. 1 of L. 4052/2012: “[t]he basic working and employment conditions, including remuneration, of temporary agency workers shall be, for the duration of their assignment at a user undertaking, at least those that would apply if they had been recruited directly by that undertaking to occupy the same job.”

6. In which cases is outsourcing considered fraudulent or there is an illegal transfer of workers? What are the consequences?

Since outsourcing is not regulated by the national or supranational labor law, it is adequate for the undertakings involved to conform to the general contractual requirements of the Greek Civil Code (law of obligations/law of contracts) as far as their bilateral outsourcing agreement is concerned. Additionally, the outsourcee/subcontractor should meet the minimum legislative labor standards and the relevant collective labor agreements regarding the employment of his employees.

We could envisage a fraudulent or abusive case of outsourcing when the outsourcer in order to avoid high remuneration proceeds to collective redundancies and simultaneously he contracts out core activities of his business to a sham undertaking (outsourcee) set up by him that hires the dismissed employees with lower remuneration. In this –extreme– case the outsourcing/project agreement is fraudulent, hence null and void and the employees are *de facto* considered to be working for the user undertaking with –in principle– indefinite time employment contracts.

7. Is the hiring of workers through Temporary Employment Agencies allowed in your country? If so, in which cases?

Greek labor legislation allows employment through Temporary Work Agencies. The hiring of workers through Temporary Employment Agencies is regulated by articles 113-133 of L. 4052/2012. The aforementioned statute incorporates within the Greek legal order the provisions of the Directive 2008/104/EC (L 327/05.12.2008).

Pursuant to article 124 L. 4052/2012 mandatory condition for providing work through a Temporary Employment Agencies is a written contract of employment (fixed-term or indefinite) between the Agency and the employee. This written contract must necessarily contain the terms and the duration of the employment between the agency and the worker, the terms of employment as far as the user undertaking(s) is(are) concerned, the terms regarding remuneration and Social Security, and every other essential employment term the worker should be informed about under the principle of good faith. It should be mentioned also that the remuneration of the worker by the Agency when the former is not providing her work to a user undertaking should not be inferior to the national minimum wages legislation that applies to the private-sector employees.

Finally, *ex lege* Temporary Work Agencies are burdened with the obligations and enjoy the rights of the employer (article 122 para. 2 L. 4052/2012). Consequently, the Temporary Work Agency has the general right to manage (along with the more limited right to manage of the user undertaking, limited in the sense of serving only for the purposes of the temporary work provided) and only the Temporary Work Agency can dismiss the employee, since the latter enters a contract only with the former and not with the user undertaking.

8. Are there specific cases or economic activities in which hiring workers through Temporary Employment Agencies is limited and/or prohibited?

Pursuant to article 116 of the L. 4052/2012, temporary agency work is forbidden:

- a) When the temporary agency worker is hired in order to replace an employee on strike.
- b) When the user undertaking (“user/indirect employer”) has proceeded to (i) economic/technical/organizational dismissals of employees with the same specialization within a three-month period since the hiring of the temporary agency worker; (ii) collective redundancies of employees with the same specialization within a six-month period respectively; (iii) when the user undertaking falls into the

application field of the L. 2190/1994 or the provisions of article 1 para. 3 of L. 2527/1997, as amended (regarding the public sector or the quasi-public sector and the state-owned undertakings); (iv) when the employment due to its nature entails special threats for the health and safety of the employees (as defined by an ad hoc Decision of the Minister of Labor and Social Security); (v) when the worker falls within the application field of the Social Security provisions regarding the construction workers (note: construction workers are excluded from the above mentioned prohibition when employed in projects that their initial budget exceeds 10,000,000 euros, are financed or co-financed by national funds and are undertaken on behalf of the public, quasi-public sector or a state-owned/controlled firm.)

9. What labor and Social Security liabilities do Temporary Employment Agencies have with respect to the workers hired and transfer to user firms? And the user firm?

In the Greek legal order, Temporary Employment Agencies and user companies are *ex lege* jointly liable for labor and Social Security obligations regarding transferred workers. According to article 124 para. 4 a) L. 4052/2012: “[t]he Temporary Work Agency and the user undertaking are both jointly and fully liable for claims of the temporary agency worker as far as remuneration and social security contributions are concerned”. The user undertaking’s liability is suspended if the relevant employment agreement stipulates that sole responsible for remuneration and Social Security contributions is the Temporary Work Agency.

It should be noted that as far as temporary agency workers in the construction sector are concerned, responsible/liable towards the relevant Social Security Authorities for the worker’s Social Security contributions is the Temporary Employment Agency and not the user undertaking.

10. How are the labor conditions applicable to workers hired by Temporary Employment Agencies and transferred to user companies determined?

The principle of equal treatment is introduced by article 117 L. 4052/2012, according to which the basic working and employment conditions, including remuneration, of temporary agency workers shall be, for the duration of their assignment at a user undertaking, at least those that would apply if they had been recruited directly by that undertaking to occupy the same job. Moreover the protective national or supranational provisions concerning the protection of pregnant women and nursing mothers and protection of children and young people; and equal treatment for men and women and any action to combat any discrimination based on sex, race or ethnic origin, religion,

beliefs, disabilities, age or sexual orientation are applicable for the temporary agency workers as well (article 117 para. 2 L. 4052/2012).

It should be noted that the duration of temporary work performed for the user undertaking is strictly restricted to a maximum of 36 months (article 117 para. 3 a L. 4052/2012). If the temporary work duration exceeds the above limit, then the temporary work agreement becomes *ex lege* an indefinite term employment agreement between the worker and the user employer (article 117 para. 3 b L. 4052/2012). The same *ex lege* transformation (from a temporary work agreement to an indefinite employment contract) occurs when the employment of the worker by the user undertaking continues though there is an expiration of the initially agreed temporary work duration and its legal extensions (up to a maximum of 36 months) and there isn't an intervening period of 23 calendar days between the two periods (article 117 para. 4 L. 4052/2012), though it should be noted that temporary workers in hospitality and restaurant sectors are excluded from the protective transformation when employed for short-day social events (article 117 para. 4 b L. 4052/2012).

Additionally, any clause that –directly or indirectly– forbids or prevents full employment of the temporary agency worker with the user undertaking after the expiration of the temporary work is null and void. Equally null and void is any clause that –directly or indirectly– (a) prevents the temporary agency worker from enjoying her collective labor rights (trade union participation etc.) or (b) impedes/violates or her Social Security rights (article 118 para. 2 L. 4052/2012).

Finally, pursuant to article 118 para. 3 L. 4052/2012 it is strictly forbidden to incur any economic burden (e.g. commission paid to the Temporary Work Agency) upon the temporary agency worker for either her temporary work or her permanent recruitment of the user undertaking after the expiration of the temporary work agreement.

11. Other relevant aspects and personal assessment of the regulation regarding outsourcing and supply chains

From a critical point of view, it should be noted that the maximum duration of temporary employment (36 months) is unacceptably high and should be amended by the Greek legislator to considerably lower levels (preferably within the 12-18 months range). Considering the astronomic percentage of unemployment in Greece (23,2% - July 2016), the extremely high plafond of temporary agency work's duration unnecessarily creates negative incentives for employers to hire permanent staff. At the same time, temporary agency workers feel and sometimes are treated like “second or third-class workers”, having a hard time to fit in the working environment, a condition

that adds to the systemic precariousness and anxiety of their employment relationship. Moreover, the temporary agency workers due to their inherently disadvantaged position within the user undertaking are the least able to have their voices (interests) expressed/heard when a collective bargaining process takes place.

Additionally, the abolished provision that hiring through temporary work agencies is only allowed if justified by (i) extraordinary/emergency, (ii) seasonal or (iii) impermanent/temporary needs of the user undertaking should be reinstated.

Finally, *de lege ferenda*, the minimum capital requirements regarding the set up of a Temporary Work Agency should be re-introduced, in order to attract only serious businesses to such a socially sensitive market.

As far as outsourcing is concerned, an express provision should be introduced establishing the joint liability of the outsourcer for claims of the subcontractor's employees, especially when the latter are employed within the premises of the former or in cases of group of companies (parent/subsidiaries corporations) where the danger of abuse of employment outsourcing is *prima facie* increased.

Though a *prima facie* legitimate business strategy based on the principle of economic freedom, quite often it is exploitatively abused against the employees in order for the outsourcer to avoid hiring permanent staff and relieve herself from the mandatory and pro-employee provisions of labor law. Thus, both national legislature and the competent authorities (e.g. Labor Inspectorate) should enhance their efforts to regulate and monitor respectively the outsourcing market for abusive, though covert, employer tactics.

References and judicial decisions

Law 4052/2012 (article 113-133) – Temporary Agency Workers.

Greece: Flexible forms of work: “very atypical” contractual arrangements (<http://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/national-contributions/greece/greece-flexible-forms-of-work-very-atypical-contractual-arrangements>).

Greek Supreme Court (“Areios Pagos”) Judgement No 436/2012, *Labour Law Review* (“*Epitheorisis Ergatikou Dikaίου*”), 2014, 1026 (in Greek).

KYNIGOPOULOU S., *Temporary Work*, Nomiki Bibliothiki, Athens, 2015 (in Greek).

LIAPOPOULOS, *Surveying the strategic outsourcing in undertakings operating in Greece*, Phd dissertation, University of Piraeus, 2013 (in Greek).

PAPADIMITRIOU K., *Temporary Work*, Ant. Sakkoulas, Athens, 2007 (in Greek).

ROBOLIS SAVVAS and TARGOUTZIDIS ANTONIS: «Occupational risk in flexible forms of employment in Greece», *Safety Science*, 2009

ZERDELIS DIMITRIS, Employee lending agreements through project contracts, *Business & Company Law Review* (“*Dikaio Epicheiriseon & Etairion*”), n° 8-9, 2015, p. 788-810 (in Greek).

OUTSOURCING AND SUPPLY CHAINS IN ITALY

Nicolò Rossi

PhD candidate, Catholic University of Milan

Introduction

Supply chain fragmentation is today a common feature of Italian productive organization. According to a recent report published by the Italian Institute of Statistics⁴¹, in the last few years, firms especially externalized transport, distribution and storage activities, as well as legal and accounting services. Between 2012 and 2014, outsourcing has significantly increased in the manufacturing sector, also with regard to functions which was not traditionally involved in this practice, such as research and development, marketing, post-sales services and ICT.

1. Is outsourcing a legal form of production organization?

Italian regulation allows outsourcing as a legal form of productive organization. Therefore, in general, firms can partly or totally externalize their production by contracting with other companies. This possibility of outsourcing can be considered as an expression of entrepreneurial freedom, recognized by article 41 of the Italian Constitution.

2. Are there limits and/or prohibitions to outsourcing?

For a long time, Italian regulation had been characterized by important restrictions to outsourcing. Specifically, Act n. 1369/1960, on one hand, forbade mere supply of workers (the so called *marchandage du travail*) and, on the other, imposed relevant limits to firms which contracted out works or services. That is, companies couldn't simply lend their workers to other companies, while they could commission a more complex activity, which should have been performed by the whole contractor's entrepreneurial organization. The difference between these two cases is that, in the last one, the contractor did not only provide its workers, but it was required to carry out a work or a service, at its own risk, by using its employees and means. Therefore, in this case, the contractor was legally obliged to grant its workers the same labour conditions of the user company's employees. Furthermore, both companies were jointly liable for labour and Social Security rights regarding contractor's workers.

⁴¹ Italian Institute of Statistics, *Report on the competitiveness of productive sectors*, 2015, pp. 48-49, available on the web site: <http://www.istat.it/it/files/2015/02/Rapporto-competitivit%C3%A0-2015.pdf>

As will be explained below, a lot of these limits have been gradually eliminated, starting from Act n. 196/1997 (“Pacchetto Treu”) and especially from the successive Legislative Decree n. 276/2003 (“Biagi Act”).

Nowadays, specific restrictions remain in such particular sectors. For instance, in accordance with article 29 of Insurance Supervisory Authority Regulation (ISVAP) n. 20/2008, insurance companies can externalize services, provided that it doesn’t lead to the emptying of their activity. Anyway, outsourcing cannot concern risk-taking activity. Moreover, in any sector, limits and prohibitions to outsourcing can be introduced by collective bargaining. In this regard, it should be noted that many collective agreements lay down special procedures aimed at ensuring the continuity of existing employment relations, in case of change of contractor.

3. Does the company that partly or totally outsources its production have any labor or Social Security responsibility towards the subcontractor’s workers? What responsibilities?

According to article 29, paragraph 2 of Legislative Decree n. 276/2003, when a company contracts out an activity, it is responsible for labour and Social Security rights of the employed contractor’s workers. Specifically, such liability concerns Social Security contributions and insurance premiums due to public authorities and, of course, wages –including the percentage of the employee severance indemnity (*Trattamento di Fine Rapporto* – T.F.R.)– owed to the hired firm’s workers, for their activity during the performance of the contract. Furthermore, as stated in article 26, paragraph 4 of the Italian Act on safety and health at work (Legislative Decree n. 81/2008), both companies are jointly liable for the contractor’s employees’ damages which are not indemnified by the National Institute against Accidents at Work.

Therefore, workers can address claims either against the user firm or against the contractor, in order to get a full payment of all those entitlements. However, the user firm’s liability does not legally include obligations regarding civil penalties, which only the responsible party has to pay. On the other hand, article 29, paragraph 2 of Legislative Decree n. 276/2003 gives to the user company the right to raise the *beneficium excussionis*. It compels workers to prosecute firstly the contractor and the potential subcontractors. Thus, the user firm will only have to pay if the contractor and the subcontractors are insolvent. Moreover, pursuant to this regulation, workers cannot sue the user firm after two years from the end of the contract.

Notwithstanding, after this lapse of time, the outsourcing company may still be held liable, in accordance with the most general rule of article 1676 of the Civil Code.

Nevertheless, in this case, contractor's workers are not enabled to obtain from the user firm the payment of all their credits. As a matter of fact, the one who contracts out an activity is not obliged by this provision to pay more than the amount of debts it (eventually) has with the contractor at the time of workers' demands.

The regulation stated by the mentioned article 29, paragraph 2 is applicable not only to companies, but also to individual employers. The only exception to the principle of joint liability regulated by this norm concerns outsourcing to a person who doesn't exercise a professional or business activity. Anyway, once again, this regulation can be modified by national collective agreements, concluded by the most representative trade unions and employers' organizations of a productive sector.

4. And regarding pension plans and pension funds?

Article 29 of Legislative Decree n. 276/2003 does not exclude from the joint liability regulated by paragraph 2 contributions to pension funds and pension plans. On the contrary, considering the breadth of the expressions of the article, it is correct to believe that the user firm is also responsible for these obligations. As a result, when the contractor has to contribute to pension funds or pension plans for its workers, these latter can pursue a claim against the user firm for the contributions that their employer should have paid during the performance of the outsourcing contract.

5. Is the subcontractor legally obliged to recognize its workers the same labor conditions applicable to the workers of the user company?

Since the abrogation of Act n. 1369/1960, in the Italian legal system, the contractor is not obliged to recognize its workers the same labour conditions of the user company's employees. Therefore, nowadays, the economic convenience of this kind of outsourcing can peacefully consist in the lower labour cost derived from the fact that contractor is subjected to a collective regulation less onerous than the one applied by the user firm.

Nevertheless, specific rules exist for public works tenders. For instance, it is important to highlight that, pursuant to article 36 of the Italian Workers' Statute, tender dossiers must contain a clause which binds contractors to apply or enforce labour conditions which are not lower than those established by the collective agreements of the sector and of the zone. Non-compliance with this norm may determine the revocation of the tender and, in the most serious cases, the exclusion from any procurement procedure up to five years.

6. In which cases is outsourcing considered fraudulent or there is an illegal transfer of workers? What are the consequences?

As anticipated above (answer n. 2), the abrogated Act n. 1369/1960 forbade mere supply of workers. Consequently, in the past, no company could simply lend their workers to other firms, which would exercise the employer's powers. In this perspective, according to article 1 of Act n. 1369, there was an illegal transfer of workers when the user firm was the owner of "capitals, machines and equipments" used for performing the contract. In essence, the fact that the contractor didn't possess the necessary means of production was seen as an indication of lack of a real entrepreneurial capacity to carry out the work or service commissioned.

Over the years, under the pressure of technological transformations, courts gradually gave an evolutionary interpretation of this rule. As a matter of fact, on the one hand, judges revisited the meaning of "capitals, machines and equipments", including in this expression also software and know-how. On the other hand, they increasingly attached importance especially to the circumstance that contractor really organized labour and productive functions.

Considering this jurisprudence, Legislative Decree n. 276/2003 abrogated the previous regulation and, specifying the general rule stated by article 1655 of the Civil Code, codified some conditions under which contract is lawful. According to article 29 of Legislative Decree n. 276/2003, these conditions are (a) the fact that contractor organizes the necessary means to perform the activity and (b) the circumstance that the same contractor acts at its own entrepreneurial risk.

Moreover, the latter provision clarifies that, considering the features of the work or service required, the first condition can also subsist when contractor directs and organizes the workers employed for performing the contract. It means that, nowadays, especially in labour-intensive activities, the contractual relationship can be considered legal even if contractor does not possess any infrastructure or enough means to perform the hired service. For example, let us imagine a company (Company C), which outsources to another company (Company D) the cleaning services of its premises. In this case, there will not be a fraudulent transfer of workers, if Company D performs the entrepreneurial functions with regard to direction, organization and control of its employees. Conversely, the contract will be considered illegal, if it is not Company D, but rather Company C that really organizes the work teams, establishes the daily tasks that must be carried out by the cleaning personnel, controls possible absence from work, etc. However, as will be explained in the following answer, in the latter case, outsourcing will be lawful if Company D is an employment agency.

Pursuant to article 29, paragraph 3-*bis* of Legislative Decree n. 276/2003, the consequence of an illegal transfer of workers is that the affected employees have the right to obtain an employment contract with the user company. Furthermore, both companies are subject to the criminal penalties established by article 18 of Legislative Decree n. 276/2003. In addition, if firms take advantage of workers' state of need and apply exploitative labour conditions, their conduct may constitute the crime provided for in article 603-*bis* of Penal Code. Finally, administrative sanctions can be applied for the violation of the rules regarding agency work.

7. Is the hiring of workers through Temporary Employment Agencies allowed in your country? If so, in which cases?

Agency work has been allowed in Italy by Act n. 196/1997, which modified the previous regulation stated in the mentioned Act n. 1369/1960. Therefore, in the Italian legal system, agency workers can legally be assigned to a user company to work under its supervision and direction.

Nowadays, the regulation is established by the recent Legislative Decree n. 81/2015, from article 30 to article 40. In accordance with these provisions, it is possible to hire workers through employment agencies to perform any task or activity in the user company and also to attend permanent needs. However, it is important to remark that employment agencies must be registered by the Ministry of Labour, after a procedure aimed at verifying if they fulfill specific requirements, which essentially reflect a good economic strength and a serious organization.

On the other hand, article 31 of Legislative Decree n. 81/2015 sets out specific quantitative limits, which shall be respected by user firms. In this respect, it is to be noted that the last reform modified the previous regulation, which allowed agency work only in some cases or to attend specific needs in the user company.

In detail, nowadays, the number of agency workers assigned to a company indefinitely ("staff leasing") cannot exceed the 20 per cent of the number of its permanent employees, calculated with reference to the 1st of January of the year in which the contract with the agency has been concluded. In the event that the user firm starts its activity during the year, this limit shall be determined referring to the day of the conclusion of the contract with the employment agency. However, the limit can be modified by the collective agreements applied by the user company. Anyway, the last reform stated that only agency's permanent workers can be assigned indefinitely to a user firm.

Conversely, the number of agency workers who can be employed by a user company temporarily is determined by the collective agreements applied by the same user. Nevertheless, temporary agency work is not subject to any quantitative limit, when it concerns workers who have been made redundant, who are unemployed and have received for at least six months the relative allowance or who are considered “disadvantaged” or “very disadvantaged” according to specific criteria set by the Ministry of Labour.

If the aforementioned limits are not respected, the affected workers can obtain an employment contract with the user firm. To this end, they have to sue the user company in sixty days since the conclusion of the activity for which they have been assigned at the same user. If the judge admits the claim, he or she condemns the company to pay a compensation which shall not be lower than 2,5 or exceed 12 months’ salaries, with regard to the last pay of reference for calculating the employee severance indemnity. This compensation should repair the whole damage suffered by the workers, during the period between the conclusion of the activity and the judge’s decision. In addition, the user company is also subject to administrative sanctions provided by article 40 of Legislative Decree n. 81/2015.

8. Are there specific cases or economic activities in which hiring workers through Temporary Employment Agencies is limited and/or prohibited?

According to article 32 of Legislative Decree n. 81/2015, in the Italian legal system, there exist activities in which hiring workers through employment agencies is banned. Although hiring workers through such agencies is legal, there are some specific cases and activities where it is forbidden. Specifically:

- a) To replace workers on strike in the user firm.
- b) To fill a position that was deleted as a result of collective redundancies, in the previous six months, except in the event that the contract is concluded in order to replace absent workers or that it has an initial term no longer than three months.
- c) To fill a position that is suspended or affected by a reduction of working hours, with the application of wages guarantee fund system (CIG).
- d) If the company didn’t carry out the risk assessment, required by the Act on safety and health at work.

If workers are hired through employment agencies in any of these prohibited cases, the affected workers are entitled to get an employment contract with the user firm, in accordance with the regulation explained above (answer n. 7). At the same time, administrative sanctions are imposed on the responsible user company.

9. What labor and Social Security liabilities do Temporary Employment Agencies have with respect to the workers hired and transferred to user firms? And the user firm?

Pursuant to article 35, paragraph 2 of Legislative Decree n. 81/2015, employment agencies and user companies are jointly liable for labour and Social Security obligations regarding transferred workers. That is, the agency, as formal employer, is obviously liable for fulfilling employed workers' labour and Social Security obligations. However, agency workers can also pretend the full payment of these entitlements from the user firm. If the latter satisfies workers' claims, it can refer to the employment agency in order to recover the paid amount.

10. How are the labor conditions applicable to workers hired by Temporary Employment Agencies and transferred to user companies determined?

Italian regulation establishes an equal treatment principle between transferred workers and user company's employees. Specifically, for the duration of their assignment at a user company, agency workers must be given a labour treatment "*on the whole not inferior*" than the one that would apply if they had been recruited directly by that company for the same position. Furthermore, article 35, paragraph 3 of Legislative Decree n. 81/2015 specifies that workers are entitled to benefit from the same social and welfare services of the user's permanent employees.

Moreover, specific rules are established with regard to agency workers' safety and health. In detail, the user company shall take the same prevention and protection measures stated for its employees. On the other hand, the agency is obliged to inform workers about the risks for their safety and to train them to use the equipments needed to perform the activity for which they are hired. However, the contract between the agency and the user firm may provide that this latter shall fulfill such obligations.

Article 36 then clarifies that agency workers have the same rights of the end user's employees, also regarding to collective employment relations. Therefore, agency workers may exercise all the rights recognized by the Italian Workers' Statute in the user company's premises. To this end, every twelve months, user firm shall provide information on the use of agency workers to employees' representatives. Administrative sanctions are provided for if the user company doesn't comply with this obligation. The same sanction shall be applied to both companies in case of infringement of the above mentioned equal treatment principle.

References

AIMO M. and IZZI D. (Editors), *Esterneizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 2014.

BOLLANI A., *La somministrazione di lavoro liberalizzata*, in MAGNANI M., PANDOLFO A. and VARESI P. A. (Editors), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 155-184.

DE ANGELIS L., *Responsabilità solidale nell'appalto e processo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2016, 314.

FERRANTE V. and BRICCHI M., *Solidearietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2012, II, p. 463.

MAZZOTTA O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979.

OUTSOURCING AND SUPPLY CHAINS IN PORTUGAL

Catarina de Oliveira Carvalho⁴²

Universidade Católica Portuguesa, CEID-CRCFL – Católica Research Centre for the
Future of Law, Faculdade de Direito – Escola do Porto

Ana Lambelho

STM, RCJS, Polytechnic Institute of Leiria

Introduction

In Portugal, outsourcing practices are widely allowed without legal constraints and with no relevant restrictions or consequences regarding employees, whose labor status is not protected against these new forms of productive organization, with the exception of the transfer of undertaking regime as a result of the Directive 2001/23/EC and the corresponding ECJ case-law. As a consequence, outsourcing has become very common in all productive sectors.

As a rule, the employee must work directly for the employer who exercises exclusively the directive and disciplinary powers: generally, the employee's activity must directly benefit his/her employer. However, there are two main exceptions which are legally regulated: the so-called temporary agency work and the occasional assignment.

Moreover, since 2003, the Portuguese Labor Code allows for a single contract between one employee and several employers at once and contains a specific legal provision regulating this sort of employment relationship. This is the so-called contract with a plurality of employers. Such a contract is possible if various employers belong to a group of enterprises or simply have a common organizational structure, which may include different forms of organizational frameworks. The legal relation arising out of the contract with a plurality of employers is characterized by the existence of a single contractual relationship between the employee and a plurality of entities that assume joint ownership of the employer position and subsequent joint and several liability. The main objectives of this legal regulation are, on the one hand, to solve the problems arising from the identification of the employer in relations between a plurality of actors and to establish the corresponding responsibilities. Therefore, this regime could lead to a “re-internalization” of corporate responsibilities instead of the usual externalization, improving employees' protection.

⁴² The authors are members of the research team of the Project DER2015-67099-P: “Impacto laboral de las redes de empresas”.

Temporary Employment Agencies are allowed since 1989, but in order to operate legally there is a number of demanding requirements that must be met (v.g., the need of a permit for this kind of economic activity, the number of staff of the agency itself, their level of expertise, the absence of criminal record, a public registry)⁴³. If a Temporary Employment Agency operates without the permit all the contracts signed with users will be null and void and, as a result, the employee will be deemed to have an open-ended employment contract with the agency itself (regrettably not with the user).

Still, the temporary employment legal regime has suffered some changes over the years which have introduced some additional flexibility. A Temporary Employment Agency (which, by the way, is not necessarily a corporation, since it can be simply a single person) may hire employees to transfer to users either through a fixed-term or an open-ended employment contract. Even though, recently, a new law aiming to combat modern forms of forced labor⁴⁴ extended liability in cases of temporary work.

There are no statistical data referring solely to the number of employees working for Temporary Employment Agencies, but the wider number referring to all employees who have “temporary jobs” points to 22% of the Portuguese workforce⁴⁵.

1. Is outsourcing a legal form of production organization?

The Portuguese regulation allows outsourcing as a legal form productive organization. Firms can partly or totally externalize their production by contracting other companies. This freedom in outsourcing is regulated in article 61 of the Portuguese Constitution⁴⁶ that recognizes entrepreneurial freedom.

2. Are there limits and/or prohibitions to outsourcing?

There are no restrictions or prohibitions to outsourcing in the private sector.

⁴³ See Decree-Law No. 260/2009 of September 25th, modified by Law No. 5/2014 of February 12th, Law No. 146/2015 of September 9th and Law No. 28/2016 of August 23th.

⁴⁴ Law No. 28/2016 of August 23th (<https://dre.pt/application/file/75171218>).

⁴⁵ Available at:

<http://www.pordata.pt/Europa/Trabalhadores+com+contrato+de+trabalho+temporário+em+percentagem+do+total+de+empregados+total+e+por+sexo-2402-216813>

⁴⁶ <http://www.en.parlamento.pt/Legislation/CRP/Constitution7th.pdf>

3. Does the company that partly or totally outsources its production have any labor or Social Security responsibility towards the subcontractor's workers? What responsibilities?

The Portuguese regulation does not have a rule such as article 42 of the Spanish *Estatuto de los Trabajadores*⁴⁷. The company that partly or totally outsources its production does not have any labor responsibility in relation to the subcontractor's employees.

However, according to the recent amendment to article 551/4 of the Labor Code, the contractor, their managers, as well as the companies in a corporate relationship of reciprocal ownership, control or group with the contractor, are joint and severally liable for the compliance with the law and for any offences committed by the subcontractor, including administrative responsibility.

The same applies to safe and security obligations (art. 16/5 of Law No. 102/2009, of 10th September⁴⁸).

Moreover, if the (sub)contracted is an independent worker, who is obliged to contribute to the Social Security system, with an annual income of at least 6xIAS (Social Support Index) and who earns at least 80% of his incomes from just one contractor or outsourcer, the contractor has to pay to Social Security 5% of the total cost of the services that the independent worker provided to him or her in that civil year. To this effect, the Portuguese legislation considers "the same contractor" companies that have a control or group relationship (articles 140 and 168/7 of Law No. 110/2009⁴⁹ of September 16th and Circular de Orientação Técnica No. 1 of 28 March 2011⁵⁰).

4. ¿And regarding pension plans and pension funds?

In the Portuguese regulation, despite the liability of the outsourcer or subcontractor for the Social Security contribution when the independent worker earns at least 80% of his income from him, there is no other obligation. As a result, employees hired by the

⁴⁷ http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_571_0.pdf

⁴⁸ Available at:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1158A0016&nid=1158&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo

⁴⁹ Available at: <http://www.sg.min-saude.pt/NR/rdonlyres/E0A3D8AB-0543-4E9A-BFE0-6703B5EB8B8B/18530/0649006528.pdf>

⁵⁰ Available at: http://www.seg-social.pt/documents/10152/58551/COT_1_2011/0fc22f38-9795-436c-9bd6-53332a8e368b

subcontractor could not claim against the user company for pension plans or pension funds contributions.

5. Is the subcontractor legally obliged to recognize its workers the same labor conditions applicable to the workers of the user company?

In the Portuguese legal system, the answer is negative. There is no duty for subcontractors to recognize the contractor company employees' the same conditions than those recognized to employees in the user company.

6. In which cases is outsourcing considered fraudulent or there is an illegal transfer of workers? What are the consequences?

As we previously mentioned, outsourcing is allowed in the Portuguese regulation. In the Portuguese legal system, it is illegal hiring employees and transferring them to another company. Though, there are two exceptions: (i) Temporary Employment Agencies (following question); and (ii) what it is called "occasional assignment to another employer" (articles 288 to 293 of the Labor Code⁵¹).

In general, the occasional employee's assignment is illegal. Nevertheless, it is legal when five cumulative requirements are observed: (i) the employee has an open-ended contract; (ii) the transfer takes place between associated companies (companies in corporate relationships of reciprocal ownership, control or group) or between employers who share common organizational structures; (iii) the employee agrees with the assignment; (iv) the assignment duration does not exceed one year (although it can be renovated until the maximum limit of 5 years); and (v) a written contract between the companies has been signed. The transference will be illegal if one of the above-mentioned requirements does not occur (articles 289, 290 and 292 of the Labor Code). The terms of the occasional assignment can be regulated by collective agreement, except for the need of the employee's agreement (article 289/2 of the Labor Code). Note that the transferor cannot have, as principal or secondary activity, the transference of employees as business, because this only allowed to temporary work agencies. Apart from these cases, the transference of employees between companies is illicit.

Although there is no specific rule in the Portuguese Labor Code, outsourcing and occasional employees cession are illicit, because fraudulent, in the cases specifically mentioned in the Spanish regulation: (a) when the only aim of the contract between the

⁵¹ Available at:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1047A0288&nid=1047&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo

user company and the subcontractor is for the latter to hire employees and lend them to the user company; (b) when the subcontractor is not a real firm, in the sense that it does not exert an activity or does not possess any infrastructure or enough means to perform the hired activity; and (c) when the subcontractor does not carry out the tasks of direction, organization and control of its employees in the provision of services.

For example, if a fixed-term employee of the company AAA (which is not a temporary work agency) agrees his transference to company BBB (which has with company AAA a corporate relationship of reciprocal ownership, control or group, or both share common organizational structures), there is an illegal transfer of employees, because, as we said, to be a licit cession it is necessary that the employee has an open-ended contract.

Another example: if an employee of company AAA (which is not a temporary work agency) works in company BBB, because of a service contract between the two companies (outsourcing), but receives orders and is controlled by BBB, it is clear that it is BBB who performs the entrepreneurial functions with regard to the direction, organization and control of the employees, and not the company AAA. As a result, in this example, there is a case of fraudulent outsourcing and company BBB will be considered the employer.

The consequences of illegal occasional employees' assignment are that the affected employees acquire an open-ended contract with the company of their choosing and, in addition, there is an administrative offense. The consequence for illegal outsourcing is that the real employer (the one who performs the entrepreneurial functions with regard to the direction, organization and control of employees) shall be recognized as the employer, instead or together with the formal one.

7. Is the hiring of workers through Temporary Employment Agencies allowed in your country? If so, in which cases?

The Portuguese regulation allows hiring employees through Temporary Employment Agencies (articles 172 ff. of the Labor Code)⁵². However, pursuant to article 175 of the Labor Code, it is only possible to hire employees through such agencies in some of the circumstances in which fixed-term contracts are allowed (to attend temporary needs that are exhaustively listed) and in some additional situations where there is a temporary

⁵² Available at:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1047A0172&nid=1047&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo

need which does not expressly allow fixed-term contracts (also listed exhaustively). That is, only when the user company has a temporary work need in the company. Companies can never hire employees through Temporary Employment Agencies for the fulfillment of needs which are not of a temporary nature.

8. Are there specific cases or economic activities in which hiring workers through Temporary Employment Agencies is limited and/or prohibited?

In the Portuguese regulation, although hiring employees through such agencies is legal, there are some specific cases and some activities where it is forbidden. Specifically:

- a) To replace employees on strike in the user firm (article 535 of the Labor Code).
- b) To perform tasks especially dangerous for the health and safety of employees, except when that task corresponds to the professional qualification of the employee (article 175/4 of the Labor Code).
- c) To fill in a position that was amortized by collective redundancy or dismissal by extinction of the work post in the previous 12 months (article 175/5 of the Labor Code).
- d) To transfer them to another Temporary Employment Agency, which in turn will transfer them to a user company (article 173/2 of the Labor Code).

In case of hiring employees through Temporary Employment Agencies in any of these prohibited cases, the consequences can be, depending on the situation: (i) administrative responsibility; (ii) criminal responsibility (in the first situation mentioned above); and (iii) the establishment of an open-ended contract with the user company.

9. What labor and Social Security liabilities do Temporary Employment Agencies have with respect to the workers hired and transfer to user firms? And the user firm?

In the Portuguese legal system, the Temporary Employment Agencies, as sole (formal) employers, are the entities liable for fulfilling labor and Social Security obligations with regard to the employees hired.

As a rule, the Temporary Employment Agency and the user company are not jointly liable for the payment of salary and Social Security obligations to the employee, since these remain the duty of the employer (the Temporary Employment Agency).

Nevertheless, there are some cases where the user company may become liable *vis-à-vis* the employee: (a) to begin with, if a user company contracts with a Temporary

Employment Agency that is not legally allowed to operate, then both are jointly and severally liable for any debts to the employee arising from the employment contract, its breach or termination during the last three years, as well as for the corresponding social security obligations (article 174/1 of the Labor Code); (b) on the other hand, a *very* recent amendment to the Labor Code⁵³ established that the Temporary Employment Agency, the user, their managers and members of the board of directors, as well as the companies which have mutual ownership stakes, control or group relationships with the Temporary Employment Agency or with the user, are considered subsidiary liable for those obligations and also for all administrative responsibility (article 174/2 of the Labor Code).

10. How are the labor conditions applicable to workers hired by Temporary Employment Agencies and transferred to user companies determined?

The status of the employee who is hired by a Temporary Employment Agencies and transferred to a user is rather complex in Portuguese law.

On the one hand, the Temporary Employment Agency has the exclusive power to sanction the employee with disciplinary measures. On the other hand, the working time and holidays are established by the user and the employee must obey all the rules of the user in matters concerning, namely, health and safety at work, place of performance and the way the work must be done (article 185/2/3/4 of the Labor Code).

Portuguese regulation establishes an equal treatment principle concerning salary and other monetary attributions between transferred employees and employees of the user company (article 185/5/6 of the Labor Code). Although the duty to pay the salary remains an exclusive duty of the Temporary Employment Agency, the employee is entitled either to the wages stated in the collective agreement binding the Temporary Employment Agency or in the collective agreement binding the user itself, according to which is higher. As a rule, the temporary employee must, at least, receive the same wages as the employees of the user company for the same job. In practice, the courts have allowed for differences in salary, taking into account, as a relevant factor to justify the differences, the seniority of the employees.

After a 60-day period of working for the benefit of a certain user, the worker, even if he/she is not affiliated to a union, will still be entitled to invoke the collective agreement that binds the employees of the user who perform the same job.

⁵³ Law No. 28/2016, of August 23th.

11. Other relevant aspects and personal assessment of the regulation regarding outsourcing and supply chains

The Portuguese regulation has evolved in the last years in order to consider other forms of productive organization that –if not explicitly considered– could erase some of the protection given to employees by the Labor Code, namely the number of labor rules considering the groups of undertakings has been rising in several domains.

Nevertheless, outsourcing and supply chains not connected to groups of undertakings or Temporary Employment Agencies have been almost completely disregarded by the Portuguese labor legislator, leaving employees without any protection. In the absence of legal provisions, the Portuguese case-law, which usually has a very positivist approach, does not provide for protection based for instance on the civil regimes of abuse or fraud.

The legal regulation of the Temporary Employment Agency, after the recent amendments that extended liability, can be considered fairly adequate, although there are some cases in which the consequence for the infringement of the legal requirements should be the establishment of an open-ended contract with the user instead of the Temporary Employment Agency.

References

AA.VV., *Trabalho temporário*, João PENA DOS REIS (Editor), Centro de Estudos Judiciários, 2014, available at http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/e-book_Trabalho_temporario.pdf

VICENTE, Joana Nunes, *A fuga à relação de trabalho (típica) em torno da simulação e da fraude à lei*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

REDINHA, Maria Regina, *A Relação laboral fragmentada – Estudo sobre o trabalho temporário*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

SILVA, Luís Gonçalves da, “Considerações gerais sobre a reforma da Lei do Trabalho Temporário”, in *VIII Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, António MOREIRA (Editor), Almedina, Coimbra, 2006, p. 255-262.

BAPTISTA, Albino Mendes, “Primeiras notas sobre o novo regime jurídico do trabalho temporário”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, No. 76-77-78, 2007, 2007, p. 253-269.

Judicial decisions (available at www.dgsi.pt):

Decision of the Supreme Court of Justice No. 6/2013, of 6 December 2013, Proc. No. 289/09.0TTSTB-A.S1⁵⁴

Decision of the Supreme Court of Justice of 14 May 2009, Proc. No. 08S2315⁵⁵

Decision of *Tribunal da Relação de Lisboa* of 13 January 2016, Proc. No. 2094/12.7TTLSB.L1-4⁵⁶

Decision of *Tribunal da Relação do Porto*, of 9 September 2013, Proc. 234/09.2TTVNG.P1⁵⁷

Decision of *Tribunal da Relação de Lisboa* of 09 December 2008, Proc. 09-12-2008 5829/2008-4⁵⁸

Other relevant judicial decisions on temporary work are available at http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/e-book_Trabalho_temporario.pdf.

⁵⁴ <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2013/03/04500/0125301268.pdf>

⁵⁵ Available at:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b56400b8fb658706802575bd0038a6e0?OpenDocument&Highlight=0,08S2315>

⁵⁶ Available at:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5c7b463dc3c6c37c80257f490042abe2?OpenDocument>

⁵⁷ Available at:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/058c6df22060d70880257bea003bbe22?OpenDocument>

⁵⁸ Available at:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7c9b6717e13bb9a080257544005cb6b8?OpenDocument>

EXTERNALIZACIÓN Y CADENAS DE PRODUCCIÓN EN ESPAÑA

Albert Martín Gámez

Graduado en Derecho, Universitat Pompeu Fabra

Estudiante del Máster Universitario de Acceso a la Abogacía, ESADE-URL

Marta Martínez Martí

Graduada en Derecho, Universitat Pompeu Fabra

Estudiante del Máster Universitario de Acceso a la Abogacía, UPF

1. ¿Es la descentralización productiva o subcontratación una forma lícita de organización de la producción?

En España, la regulación en materia laboral admite la subcontratación como forma plenamente lícita de organización de la producción. Esta descentralización productiva encuentra sus raíces en la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española y se configura como un derecho del empresario, desarrollado por el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁹ (ET, en adelante).

De ese modo y por norma general, los empresarios pueden contratar o subcontratar con otros la realización de obras o servicios, independientemente de que correspondan o no a la propia actividad o *core business* del empresario principal.

2. ¿Existen límites y/o prohibiciones a la descentralización productiva?

La descentralización productiva no es absoluta pues en algunos casos la regulación española impone límites a su ejercicio.

Estas prohibiciones aparecen en el ámbito de la construcción con la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. Con el propósito de mejorar las condiciones laborales del sector –principalmente aquellas relativas a la seguridad y salud de los trabajadores del mismo–, esta ley enuncia en su artículo 5 dos circunstancias restrictivas de la subcontratación:

- En primer lugar impide que se pueda subcontratar más de tres veces, salvo en casos fortuitos debidamente justificados, como por ejemplo exigencias de especialización de los trabajos o complicaciones técnicas de la producción.

⁵⁹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430&p=20151024&tn=1>

- En segundo lugar, se prohíbe a los trabajadores autónomos y a las Empresas de Trabajo Temporal subcontratar los trabajos que les sean encomendados. Sin embargo, podrá ampliarse la subcontratación de forma excepcional cuando concurra una causa de fuerza mayor.

3. La empresa principal que externaliza una parte o la totalidad de su producción, ¿mantiene alguna responsabilidad laboral o de Seguridad Social respecto los trabajadores de la empresa contratista? ¿Cuáles?

El sistema legal español configura distintos modelos de responsabilidad de la empresa principal para con los trabajadores de la empresa contratista atendiendo a diferentes circunstancias y partiendo siempre de la premisa de que se trate de obligaciones contraídas durante y por motivo de la externalización.

El primer elemento diferenciador lo encontramos en la noción de *core business*. Esta es analizada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de noviembre de 1998 (rec. núm. 517/1998), donde aborda las dos interpretaciones que dicho concepto admite:

- Por un lado se puede entender que propia actividad es la actividad indispensable, “*de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo*”.
- Por otro lado, se puede identificar *core business* con “*el concepto de actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán propia actividad de ella*”.

Con la interpretación de actividad indispensable se incluyen como propias las tareas complementarias, mientras que con la de actividades inherentes las labores no “nucleares” quedan excluidas del concepto y con ello, también de la regulación del artículo 42 ET.

La primera de estas interpretaciones posibles es tan amplia que anula el efecto del mandato del artículo 42 ET cuya finalidad es reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente (STS, 4ª, 24.11.1998 (rec. núm. 517/1998)). Por ese motivo los tribunales españoles se decantan por la teoría de las actividades inherentes (STS 5.12.2011 (rec. núm. 4197/2010)).

A modo de ejemplo, se considera *core business* de una compañía eléctrica la actividad de distribución y lectura de contadores (STSJ Asturias 25/1/2002 (rec. núm. 1722/1999)

y no así la actividad de vigilancia de sus edificios o centros de trabajo (STS, 4ª, 27.10.2002 (rec. núm. 693/1999)). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la apreciación de actividad inherente al ciclo productivo es eminentemente casuística y por ello deben analizarse los diversos factores que concurran en cada supuesto (STS, 4ª, 5.12.11 (rec. núm. 4197/2010)).

Entonces, cuando la externalización consiste en una actividad perteneciente al *core business* de la empresa principal, el artículo 42.2 ET dispone que esta responde de forma solidaria y directa tanto por las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas, como también por las obligaciones de naturaleza salarial creadas por los mismos con sus trabajadores. Esa responsabilidad salarial se prevé para el año siguiente a la finalización de la contrata mientras que la responsabilidad por obligaciones de la Seguridad Social se extiende hasta los tres años posteriores al fin del encargo.

El propio artículo enuncia una excepción relativa a aquellas contratas cuyo objeto es la construcción o reparación de la propia vivienda añadiéndose también aquellas contratas realizadas en obra o industria sin pertenecer a una actividad empresarial.

Aún dentro de la propia actividad, el artículo 42.1 ET establece un mecanismo de exoneración de responsabilidades mediante la solicitud de la certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social. Una vez la empresa principal obtiene la certificación, su responsabilidad sobre los trabajadores de la contratista por las obligaciones referidas a la Seguridad Social deja de ser solidaria y directa para convertirse en subsidiaria, aplicándose el artículo 168.1 LGSS (STSJ Cantabria 8.9.2004 (rec. núm. 365/2004)).

Este mismo precepto es el que rige en los supuestos de subcontratación de actividades no inherentes al ciclo productivo de la principal, de tal modo que ante las deudas de prestaciones de la Seguridad Social, la empresa principal es responsable subsidiaria (STS, 4ª 9.12.2010 (rec. núm. 1266/2010)). Existe también una excepción a esta regla – contenida en el mismo artículo – prevista para aquellas obras que exclusivamente tengan por objeto las reparaciones que pueda contratar el titular de un hogar respecto de su vivienda.

Finalmente debe destacarse que en este tipo de subcontrataciones no hay ninguna previsión legal dentro del régimen normativo español que establezca responsabilidad salarial alguna sobre el empresario principal.

4. ¿Y en relación con la aportación a planes y fondos de pensiones?

No. La empresa principal no es responsable de las aportaciones a planes y fondos de pensiones de las empresas contratistas o subcontratistas.

En primer lugar debe precisarse que salvo algunas excepciones, la jurisprudencia mayoritariamente entiende que las cantidades abonadas en concepto de plan de pensiones no se computan como salario sino como fondos internos con naturaleza de mejora voluntaria de Seguridad Social (STSJ Madrid 11.2.2009 (rec. núm. 3678/2008)).

El Tribunal Supremo establece la irresponsabilidad del empresario principal en materia de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, limitando la responsabilidad solidaria del artículo 42 ET a aquellas prestaciones previstas con carácter obligatorio en el sistema de la Seguridad Social (STS, 4ª, 19.5.1998 (rec. núm. 3797/12997)).

La responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 168.1 LGSS también debe excluirse pues ésta solamente se puede exigir cuando el empresario está obligado al pago total o parcial de una prestación en virtud al artículo 167 LGSS (STS, 4ª, 22.12.2000 (rec. núm. 4069/1999)). Dicho precepto no establece ninguna obligación para la empresa principal en relación a las aportaciones a planes y fondos de pensiones, de tal modo que no hay previsión legal alguna que fundamente la extensión de dicha responsabilidad.

5. ¿Existe la obligación legal de la empresa contratista de reconocer a sus trabajadores condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la empresa principal?

No, pues al margen del régimen de responsabilidad tejido por los artículos 42 ET y 168.1 LGSS, la regulación española no contiene previsión alguna que establezca sobre el empresario contratista la obligación de equiparar las condiciones laborales de sus trabajadores a las de los trabajadores de la principal

Los tribunales a su vez refuerzan esta posición negando la existencia de un derecho absoluto a la igualdad de trato. De ese modo, se admite que en supuestos de subcontratación coexistan diferentes condiciones laborales para los trabajadores de la empresa contratista y los de la empresa principal, incluso cuando se afecta a actividades pertenecientes al *core business* de la última (STSJ Cataluña 22.7.008 (rec. núm. 3316/2007)).

Entonces, el único supuesto en que las condiciones de ambas empresas pueden coincidir aparece no por razón de la externalización, sino porque las dos se encuentran sometidas al mismo convenio. Dicho de otro modo, los trabajadores de ambas empresas se encuentran en condiciones de igualdad porque los dos están bajo el ámbito de aplicación de la misma norma.

Esto sucede por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 29 de abril de 2015 (rec. núm 1197/2014) donde el recurrente (trabajador de una empresa contratista) solicita la aplicación del mismo Convenio Colectivo que se le aplica a la empresa principal con el fin de recibir el mismo trato retributivo que reciben los trabajadores de aquélla.

6. ¿En qué supuestos existe una descentralización productiva fraudulenta o cesión ilegal de trabajadores? ¿Qué consecuencias se derivan de esta situación?

El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, salvo en el caso en que se realice mediante Empresas de Trabajo Temporal.

El mismo artículo establece que se dará un supuesto de cesión ilegal de trabajadores cuando:

- a) El único objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria.
- b) La empresa cedente es una empresa ficticia, es decir, no dispone de una actividad u organización propia y estable o no cuenta con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad.
- c) La empresa cedente no lleve a cabo las funciones inherentes a su condición de empresario, de dirección, de organización y de control de la prestación de servicios.

La jurisprudencia ha interpretado este precepto en reiteradas ocasiones, destacando que no basta la existencia de un empresario real para excluir la interposición ilícita por parte del contratista (STS, 4ª, 19.01.1994, (rec. núm. 3400/1992)) y se ha basado en distintos criterios para examinar quien es el “empresario efectivo” en la subcontrata, para determinar si la actividad de los trabajadores se proyectaba o no sobre el ámbito de actuación y bajo la supervisión y decisión única de la contratista: *“la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, el control de idoneidad de los trabajadores”* (entre otras: STS, 4ª,

14.09.01 (rec. núm. 2142/2000), 16.06.03 (rec. núm. 3054/2001), 20.10.14 (rec. núm. 3291/2013)).

A modo de ejemplo, se estaría dando un supuesto de cesión ilegal de trabajadores en el siguiente caso: la empresa de automóviles A subcontrata con la empresa de limpieza B la limpieza de sus instalaciones. No obstante, no es la empresa de limpieza B quien entrevista sus propios trabajadores para que presten sus servicios en A, sino que es precisamente A quien realiza las entrevistas de trabajo, organiza los equipos de trabajo, les establece las tareas diarias, controla su idoneidad en relación con la indumentaria, organiza sus vacaciones... En este caso, quien está actuando *de facto* como empresario efectivo –dirección, organización y control– de los trabajadores no es B, sino la empresa de automóviles A, circunstancia que conlleva una cesión ilegal de trabajadores.

Las consecuencias que se derivan de esta cesión ilícita de trabajadores son: (i) responsabilidad solidaria de la empresa cedente y la cesionaria de las obligaciones laborales y de la Seguridad Social de los trabajadores afectados por la cesión ilegal, (ii) derecho de los trabajadores sometidos a cesión ilegal a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria, a su elección, (iii) responsabilidad administrativa, y, en su caso, (iv) responsabilidad penal.

7. ¿La contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está permitida en su país? ¿En qué supuestos?

En España sí que está permitida la contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, ETT), siendo éste el único supuesto de contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa que permite el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 43.

En este sentido, se permite que una empresa (empresa usuaria) contrate con una ETT para que ésta le ceda un trabajador, ya que precisamente esta empresa se dedica, por un lado, a contratar a trabajadores con el objetivo de buscarles un empleo, y, por otro lado, a suscribir contratos con empresas para cederles estos trabajadores. De esta forma, el trabajador mantiene una relación laboral con la ETT, pero presta servicios para la empresa usuaria.

La Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal⁶⁰ (LETT, en adelante) establece en su artículo 6, que este tipo de contratación sólo es posible para atender necesidades temporales de la empresa, ya sea mediante contratos de duración determinada o contratos formativos. Recordar que en España, se

⁶⁰ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-12554>

puede celebrar un contrato de duración determinada en los supuestos que establece el artículo 15 del ET, éstos son: (a) para la realización de una obra o servicio determinada, (b) cuando las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran y (c) para la sustitución de trabajadores con reserva del puesto de trabajo. En cuanto a los contratos formativos, existen dos tipos, el contrato en prácticas y el contrato para la formación y el aprendizaje ex artículo 11 ET.

En definitiva, no se podrán cubrir necesidades permanentes de trabajo existentes en la empresa usuaria mediante la contratación llevada a cabo por Empresas de Trabajo Temporal.

8. ¿Existen supuestos o actividades económicas en los que la contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está prohibida?

El artículo 8 LETT regula 4 supuestos en los que la contratación mediante Empresas de Trabajo Temporal estará prohibida. Éstos son:

- “a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria.*
- b) Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo. En concreto, en trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes, a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos y a agentes biológicos.*
- c) Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación, la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas para la extinción del contrato por voluntad del trabajador, en caso de despido colectivo y en caso de despido individual, excepto en los supuestos de fuerza mayor.*
- d) Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal.”*

Si se contrata a trabajadores incumpliendo alguna de estas prohibiciones, se entiende que se da un supuesto de cesión ilegal de trabajadores y por lo tanto, se aplicarán las consecuencias de la pregunta 6.

9. ¿Qué responsabilidades laborales y de Seguridad Social mantiene la Empresa de Trabajo Temporal respecto de los trabajadores cedidos a empresas usuarias? ¿Y la empresa usuaria?

La ETT tiene la responsabilidad de cumplir con las obligaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores cedidos a la empresa usuaria, ya que es ésta la que suscribe el contrato temporal con los trabajadores.

No obstante, el artículo 16.3 LETT regula la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria respecto de las obligaciones salariales y de la Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo, reconocida en el artículo 49.1. c) del ET en caso de extinción por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio en contratos temporales. En este sentido, se indemniza la extinción válida del contrato temporal.

Se trata de una responsabilidad subsidiaria ya que sólo en el caso de que el obligado principal haya sido declarado insolvente (en el presente caso, la ETT), se podrá reclamar a la empresa usuaria el pago de las obligaciones salariales y de la Seguridad Social.

Este mismo artículo matiza que en el supuesto en que se infrinjan las prohibiciones del artículo 8 o que se suscriba mediante la Empresa de Trabajo Temporal un contrato para cubrir necesidades indefinidas de la empresa usuaria, la responsabilidad de la empresa usuaria pasa a ser solidaria en lugar de subsidiaria, de modo que el trabajador podrá dirigir su reclamación de forma indistinta a cualquiera de las dos empresas, ya que éstas están obligadas de manera solidaria a asumir su responsabilidad.

10. ¿Cómo se determinan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores contratados mediante Empresas de Trabajo Temporal y cedidos a empresas usuarias?

El artículo 11 LETT reconoce el derecho de los trabajadores cedidos a las mismas *“condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto”*. Este mismo artículo añade que se entenderán por condiciones esenciales las referidas a la *“remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos”*.

De este modo, en relación con determinadas condiciones de trabajo, no habrá diferencia de trato entre trabajadores cedidos por ETT y trabajadores propios de la empresa usuaria. El artículo, no obstante, solo reconoce esta igualdad ante determinadas condiciones de trabajo, pero podrían quedar fuera de esta equiparación de derechos determinadas ventajas o bonificaciones de las que gocen de forma individual los trabajadores de la empresa usuaria (beneficios de la Seguridad Social, bonus por superación de objetivos, gratificaciones extraordinarias...). También es necesario tener en cuenta que los trabajadores cedidos, por ser considerados trabajadores de la empresa

usuaria, se les aplicará el Convenio Colectivo que sea aplicable a los trabajadores de esta última.

Esta regulación se incorpora en dicha ley como consecuencia de la Directiva 2008/104/CE, respetando de esta forma el principio de igualdad de trato entre los trabajadores cedidos y los trabajadores de la empresa usuaria con el objetivo de garantizar la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y mejorar la calidad de las empresas de trabajo temporal.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (Directora) y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y CALVO GALLEGU J. (Coordinadores), *Diez años desde la regularización de las empresas de trabajo temporal: balance y perspectivas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2004.

LUQUE PARRA, M. y GINÈS I FABRELLAS, A., “Dossier, Últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de contratas y subcontratas de obra o servicio, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresa”, *IUSLabor*, nº 2, 2006 (disponible en: https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2006-2/Dossierannex.pdf).

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Director) y GARCÍA PIÑEIRO, N. P. (Coordinadora), *100 preguntas laborales sobre descentralización productiva*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

STS, 4ª, 21.7.2016 (rec. núm. 2147/2014).

OUTSOURCING AND SUPPLY CHAINS IN THE UNITED KINGDOM

Roger M Walden MA LLB

Lecturer in Labour and Employment Law

Alliance Manchester Business School, University of Manchester

Introduction

In the UK, the use of outsourcing has been a growing trend in both the private and public sectors. With regard to the latter, it has been increasingly used by Governments of all political persuasions since the 1980s, with “contracting out” generally seen “*as a way to reform public services and improve value for money*” and to “*significantly reduce costs and help to improve public services.*”⁶¹

As a result, it is estimated that in 2013 the UK “outsourcing sector” was responsible for some 3.3 million jobs: that is, “*equivalent to 10% of all UK workforce jobs (employee plus self-employed jobs), or 11.75% of UK employee jobs*”.⁶² At the same time, total turnover in the outsourcing sector was said to be “*in the region of £263 billion, equivalent to 8¾% of total economy-wide output*”.⁶³ In the public sector alone, the National Audit Office suggested that “*a sensible estimate*” of the contracting market in 2012/13 was “*around half of the £187 billion that the Government [spent] on all goods and services.*”⁶⁴ It is reasonable to assume that in general the long term trend towards the ever greater use of outsourcing has continued in the intervening period.

1. Is outsourcing a legal form of production organization?

Outsourcing is an entirely legal form of production organization in the UK.

2. Are there limits and/or prohibitions to outsourcing?

There are effectively no legal or other regulatory limitations or prohibitions in the UK on the use of outsourcing (or contracting out) in relation to either the “core” or “ancillary” activities of either public or private sector organizations. In the public sector, outsourcing has been used to a greater or lesser extent across almost the whole spectrum

⁶¹ See, for example, National Audit Office, *Government contracting: the role of major contractors in the delivery of public services*, Memorandum for Parliament, HC 810, Session 2013-14, 12 November 2013.

⁶² Oxford Economics, *The UK Market for Business Services: the national, regional and constituency picture in 2013*, January 2015.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ See 1 above.

of central government, local government and National Health Service activities, including prisons and most of the probation service. It would appear that the only activities/services that have hitherto been politically (but not necessarily legally) immune from outsourcing are frontline defense and policing functions.

3. Does the company that partly or totally outsources its production have any labor or Social Security responsibility towards the subcontractor's workers? What responsibilities?

An organization ("the transferor") that wholly or partly outsources/contracts out production, services and/or functions/activities bears no ongoing liability or responsibility in UK law for any labor, Social Security or other debts in relation to the incoming contractor (or sub contractors) employees.

Such limited protection as there is derives from the *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006* ("TUPE"), which implement the EU *Acquired Rights Directive*.⁶⁵ These provisions apply where either a traditional "transfer of an undertaking"⁶⁶ or a "service provision change" ("SPC")⁶⁷ occurs, and principally protects the employees in (or deemed to be) employed in the undertaking/activity or (or assigned to the) part of the undertaking/activity transferred immediately *before* the transfer or change to the incoming employer/contractor ("the transferee"). In principle, liabilities in respect of such employees transfer [almost] entirely to the transferee (see Q. 4 and 5 below) and this is the entity against which any claims by employees will be made. There is, therefore, no statutory concept of joint liability in this area and any

⁶⁵ 2000/78/EC.

⁶⁶ That is, a transfer of an undertaking, business or part of an undertaking or business situated immediately before the transfer in the United Kingdom to another person where there is a transfer of an economic entity which retains its identity (TUPE, reg.3(1)(a)). An 'economic entity' means 'an organised grouping of resources which has the objective of pursuing an economic activity, whether or not that activity is central or ancillary' (reg.3.(2)). The provisions cover both public and private sector undertakings engaged in economic activities whether or not they are operating for gain.

⁶⁷ The concept of the SPC was introduced in reg.3(1)(b), 2006 Regulations specifically to deal with the outsourcing/contracting out of especially labour intensive functions or activities in the light of the uncertainties caused by the ECJ's decision in *Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice* [1997] IRLR 255. It covers the initial outsourcing/contracting out, subsequent changes in contractors and insourcing/contracting back 'in house' where immediately before the SPC: (i) there is an organised grouping of employees situated in Great Britain which has as its principal purpose the carrying out of the activities concerned on behalf of the client; (ii) the client intends that the activities will, following the service provision change, be carried out by the transferee other than in connection with a single specific event or task of short-term duration; and the activities are 'fundamentally the same' as the activities carried out by the person who has ceased to carry them out (and do not consist wholly or mainly of the supply of goods for the client's use).

distribution of risk (financial or otherwise) between the parties to a transfer or change will be entirely dependent on their private contractual arrangements and any indemnities contained therein.

4. And regarding pension plans and pension funds?

It follows from the above that an organization that outsources/contracts out production, services, functions or activities also bears no ongoing liability or responsibility for obligations regarding contributions to pension funds as regards the incoming contractor (or sub contractors) employees.

Furthermore, provisions in contracts of employment or collective agreements affecting transferred employees that relate to *occupational pension schemes* do not transfer to the transferee, nor does any right, power, duty or liability relating to such schemes (TUPE, Reg.10). In this context, the Court of Appeal has confirmed that neither TUPE nor the Acquired Rights Directive *currently* impose an obligation on transferees to provide equivalent pension benefits to those provided by the transferor to employees who are transferred. The Directive imposes a duty only on Member States, to protect specified pension interests that have accrued at the time of transfer.⁶⁸

However, from April 2005 there has been some limited pension protection on the transfer of an undertaking. Under provisions contained in the *Pensions Act 2004* and related regulations, transferee employers are required to offer transferred employees who previously had access to an occupational pension scheme with an employer contribution a *minimum* (but not comparable) level of pension provision. This may be access to an occupational pension scheme or to a defined contribution (ie money purchase) scheme or stakeholder pension. In the case of the latter two options, the transferee will be obliged to match employee contributions up to 6% of salary.

It is also important to note that rights under a scheme that is *not* an occupational pension scheme *do* transfer –for example, rights under a group pension scheme, or employer contributions to a pension scheme which an individual holds with a private pension provider. And any provisions of an *occupational* scheme which do *not* relate to “*benefits for old age, invalidity or survivors*” are *not* treated as part of the scheme and consequently *do* transfer (TUPE reg.10(2)). This includes *early* retirement benefits and accelerated/enhanced redundancy terms.⁶⁹

⁶⁸ *Adams and others v Lancashire County Council and BET Catering Services Ltd* [1997] IRLR 436.

⁶⁹ On this, see the crucial ruling of the ECJ in *Martin and others v South Bank University* [2004] IRLR 74.

5. Is the subcontractor legally obliged to recognize its workers the same labor conditions applicable to the workers of the user company?

Generally, the answer is again no except in relation to those employees of the transferor employer identified in Q.3 above.

Thus, TUPE, reg.4(1) overrides UK common law principles by providing that a transfer does not terminate the contracts of employment of such employees. Any contract which would otherwise have been terminated by the transfer has effect after the transfer as if originally made between the employee and the transferee. All the transferor's rights, powers, duties and liabilities under or "in connection" with the contracts of these employees are transferred to the transferee. The effect is to make the transferee *exclusively* responsible for their contracts and any connected liabilities: the Regulations do not provide for joint liability as between transferor and transferee. Where it is impossible for the transferee to replicate a pre-existing term, the entitlement is to "substantially equivalent" provision.⁷⁰

In principle, the transferee employer is not permitted to vary these contractual terms (even with the employee's consent) if the sole or principal reason for the variation "is the transfer" itself. But changes are permissible if the sole or principal reason for the change is an economic, technical or organizational reason entailing changes in the workforce ("ETO") and are either consensually agreed or an employee's contract permits such a variation (TUPE, reg.4(4) and (5)). An ETO is a reason that entails a change in the numbers or essential job functions of transferred employees and can now also include a change to the place where such employees are employed. It does not, however, cover mere changes in or simple harmonization of the transferred employees' contractual terms and conditions with a transferee's existing workforce.⁷¹

A variation of contract is also permitted in so far as it varies a term or condition incorporated from a collective agreement, provided that: (a) the variation of the contract takes effect on a date more than one year after the date of the transfer; and (b) following that variation, the rights and obligations in the employee's contract, when considered

⁷⁰ See, for example, *Mitie Managed Services Ltd v French* [2002] IRLR 512, where the EAT held that was "impossible, unjust and absurd" to suggest that transferee employees could continue to participate in transferor's profit sharing scheme.

⁷¹ See the Court of Appeal decisions in *Delabole Slate Ltd v Berriman* [1985] IRLR 305 and most recently *The Manchester College v Hazel and anr (No.2)* [2014] IRLR 399. Perhaps rather worryingly, in *Enterprise Managed Services Ltd v Dance and ors* [2011], the EAT has suggested that this does *not* preclude variations *intended* to effect productivity changes (by the transferee applying its existing Performance Related Pay system to transferred employees) even if this has the *effect* of harmonizing terms.

together, are no less favourable to the employee than those which applied immediately before the variation.

Finally, anything done before the transfer is completed by or in relation to the transferor, in respect of the transferred contracts or the employees (bar criminal liabilities), is deemed to have been done by or in relation to the transferee. This may include:

- A transferor's liability in tort –for example, negligence or breach of statutory duty causing personal injury to an employee.
- Liability for the transferor's unlawful acts in relation to the employee when he or she was employed under a previous contract, including for example an equal pay claim.⁷²
- The transferor's duties and liabilities in respect of failures to consult and inform collectively on impending redundancies.
- Liability for the automatically unfair dismissal of such employees if the sole or principal reason for dismissal "is" the transfer.

6. In which cases is outsourcing considered fraudulent or there is an illegal transfer of workers? What are the consequences?

The terms "fraudulent" outsourcing or "illegal" transfer of workers has no particular significance or resonance in UK labor law.

Under TUPE, the only question is whether a transfer or SPC has occurred in order to determine responsibility and liability. A particular issue may arise when changes occur under the veil of corporate identity. In *Print Factory London 1991 Ltd v Millam* [2006] IRLR 923, the EAT stated that the courts and tribunals are not permitted to pierce the corporate veil to look behind the legal form, unless there is strong evidence that this is a "sham or façade". However, in the same case, the Court of Appeal ([2007] IRLR 526) suggested that while "*the legal structure is of course important... it cannot be conclusive in deciding the issue of whether, within that legal structure, control of the business has been transferred as a matter of fact.*"

7. Is the hiring of workers through Temporary Employment Agencies allowed in your country? If so, in which cases?

As with outsourcing/contracting out more generally, the hiring of workers through temporary employment agencies is entirely legal in the UK in virtually all and any circumstances, whether carrying out or covering permanent or fixed/short term

⁷² See, for example, *Gutridge v Sodexo* [2009] IRLR 721, Court of Appeal.

functions.⁷³ Office for National Statistics figures for the period July-September 2016 indicate that some 302,000 workers described themselves as undertaking “agency temping”.⁷⁴ If, however, those employed on *permanent* agency work and those who for some reason identify as self-employed are included, the figure rises to some 865,000.⁷⁵

8. Are there specific cases or economic activities in which hiring workers through Temporary Employment Agencies is limited and/or prohibited?

Regulation 7 of *Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations 2003* prohibits the use of agency workers to carry out duties normally carried out by a worker “*who is taking part in strike or other industrial action*”, unless the action is “unofficial”.

9. What labor and Social Security liabilities do the Temporary Employment Agencies have with respect to the workers hired and transfer to user firms? And the user firm?

In the UK, this depends on whether the workers are directly employed by the agency as “employees” under “contracts of employment”. If so, in theory normal labor and Social Security responsibilities and liabilities will apply (including, for example, the payment of employers’ national insurance contributions). However, agency workers who are so employed will face particular problems in respect of rights that depend on significant periods of continuous employment –for example, entitlements to statutory unfair dismissal protection and redundancy payments require two years’ continuity. It also restricts access to other minimum statutory or Social Security payments such as Statutory Maternity Pay (“SMP”) and Statutory Sick Pay (“SSP”), which require minimum periods of continuous employment and/or minimum levels of income.⁷⁶

Agency workers generally are entitled to the National Minimum Wage and protection under the *Working Time Regulations 1998* (including statutory minimum annual paid holiday entitlement), even if they are *not* regarded as “employees” or “workers” of *either* the client/user company or the employment agency.⁷⁷

⁷³ The sector is generally somewhat lightly regulated by the *Employment Agencies Act 1973* and the *Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations 2003*.

⁷⁴ Office for National Statistics, *EMP07: Temporary Employees*, November 2016.

⁷⁵ Judge, L & Tomlinson, D, *Secret Agents: agency workers in the new world of work*, Resolution Foundation, December 2016.

⁷⁶ SMP, for example, requires 26 weeks’ continuous employment up to the 15th week before the expected week of childbirth and average earnings of £112 per week.

⁷⁷ In these cases, responsibility for compliance lies with whichever of the agency or the client/user/principal is responsible for paying the agency worker or, if neither has such clear

10. How are the labor conditions applicable to workers hired by Temporary Employment Agencies and transferred to user companies determined?

Under the *Agency Workers Regulations 2010* (“the AWR”),⁷⁸ after 12 continuous calendar weeks in the same role during one or more assignments with the same hirer (client/user), *temporary* agency workers⁷⁹ in principle enjoy the right to equality of treatment in relation to pay, working time, night work, rest periods, rest breaks and annual leave with comparable directly employed employees.

However, there has been concern in the UK over an increasing reliance by agencies on what is known colloquially as the “Swedish Derogation”. This is built into *the AWR* and, briefly, provides that the principle of *pay* equality does not apply if agency workers are *directly* employed by an agency under a “permanent contract of employment”. But this “permanent” contract is potentially extremely limited. Thus, the agency needs only to pay such “employees” for at least four weeks *between* assignments with a “hirer” at 50% of the “highest level of pay received” in the last 12 weeks (at maximum) of their previous assignment. Crucially, these contracts can be entered into prior to *any* assignment and not just before a worker’s first assignment on “joining” an agency.⁸⁰

11. Other relevant aspects and personal assessment of the regulation regarding outsourcing and supply chains

In summary, there is little or no limitation on the use of outsourcing/contracting out in the UK and such protection as there is limited only to a small group of employees or workers who may be transferred. And there is no protection for workers subsequently engaged or employed in the same entity or activity.

Similarly, the widespread and apparently inexorable growth in the use of employment agencies feeds into wider concerns about a general increase in a variety of forms of “precarious” employment.⁸¹ Interestingly, even the current Conservative Government

responsibility, whichever actually pays the worker. For further information on this question see generally <https://www.gov.uk/agency-workers-your-rights/basic-information-you-should-receive>.

⁷⁸ Implementing the *EU Directive on Temporary Agency Work*, No. 2008/104/EC.

⁷⁹ In *Moran and others v Ideal Cleaning Services Ltd and anr* [2014] IRLR 172, the EAT concluded that in principle agency workers working on indefinite assignments are *not* protected by these provisions.

⁸⁰ See *Bray & others v Monarch Personnel Refuelling UK Ltd*, *Employment Tribunal Case No. 1801581/2012*.

⁸¹ See most recently Grimshaw, D, Johnson, M, Keizer, A and Rubery, J, *Reducing Precarious Work in Europe Through Social Dialogue: The Case of the UK*, European Commission, Employment, Social Affairs and Inclusion DG, November 2016 (available at <http://www.research.mbs.ac.uk/ewerc/Portals/0/Documents/UK-final-report.pdf>).

seems perhaps to at least have started to recognize the potential problems that may arise as a result. Accordingly:

*“The Independent Review of Employment Practices in the Modern Economy was commissioned by the Prime Minister on 1 October 2016. Matthew Taylor (the Chief Executive of the Royal Society of the Arts) will lead the review to consider how employment practices need to change in order to keep pace with modern business models. The review will consider the implications of new forms of work, driven by digital platforms, for employee rights and responsibilities, employer freedoms and obligations, and our existing regulatory framework surrounding employment.”*⁸²

⁸² See <https://www.gov.uk/government/groups/employment-practices-in-the-modern-economy> for full remit and details.

EXTERNALIZACIÓN Y CADENAS DE PRODUCCIÓN EN ARGENTINA

Agustín Hernán Carugo

Docente Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires

Integrante de la sección Jóvenes Juristas (“Embrión Latinoamericano”) de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Introducción

En la República Argentina, la regulación laboral de los fenómenos de subcontratación de actividades empresariales se encuentra plasmada en la Ley de Contrato de Trabajo 20744⁸³ (sancionada en 1974, y reformada en 1976 por la Ley 21.297).

El legislador, con cierta “desconfianza” ante la configuración de estas relaciones triangulares (que quiebran el binomio clásico, empleador–trabajador), estableció distintos mecanismos tutelares, principalmente orientados a evitar el fraude y a resguardar los créditos de los trabajadores involucrados, estableciendo responsabilidades solidarias en algunas circunstancias.

Este marco regulatorio fue diseñado para operar en un contexto completamente distinto al actual: en ese entonces predominaban las empresas de organización “taylorista – fordista”, y las manifestaciones de subcontratación quedaban relegadas a algunos sectores de la economía (por ejemplo, la construcción) o respecto de actividades claramente periféricas al giro principal empresario (limpieza, seguridad, etc.).

Desde hace ya algunas décadas, al igual que en el resto del mundo, el mercado de trabajo argentino se ha transformado radicalmente.

La descentralización productiva ha asumido un rol protagónico, provocando un giro copernicano en la forma de organización de las empresas, e impactando en la configuración de las relaciones individuales y colectivas de trabajo.

A pesar de ello, y a diferencia de lo que ha ocurrido en la última década en otros países de América Latina (Chile, Uruguay, Ecuador, Venezuela), en la República Argentina no fueron concretados cambios legislativos sustanciales, que buscaran actualizar la regulación del fenómeno al actual contexto.

⁸³ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

Las únicas reformas de cierta entidad, fueron introducidas en la regulación de la contratación de trabajadores a través de las Empresas de Servicios Eventuales (Leyes 24013 de 1991, 25013 de 1998, y Decreto 1694 del año 2006).

Respecto de los supuestos de subcontratación lícita de actividades, una sola reforma relevante tuvo lugar en 1998 (ley 25013), y se focalizó principalmente a intensificar los deberes de control del principal sobre las obligaciones del contratista hacia a sus trabajadores.

No se cuenta, en nuestro país, con estadísticas que permitan determinar la habitualidad de la utilización de la descentralización productiva por parte de las empresas.

En el año 2004, la Ley 25.877⁸⁴ incorporó la obligación, para las empresas que ocupen a más de 300 trabajadores, de incluir en el balance social anual que deben presentar, un capítulo sobre las tercerizaciones y subcontrataciones efectuadas.

Sin perjuicio de ello, en un informe elaborado en el año 2008 (por un Grupo de Expertos en Relaciones Laborales) se destacó que, conforme las estadísticas informadas por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el 71,8% de los expedientes tramitados ante la Justicia Nacional del Trabajo durante el período 1995 - 2002 (y en los cuales se cuestionaba la intermediación y/o se invocaba la responsabilidad solidaria del empresario principal), se frustró el reclamo hacia el contratista o subcontratista, por razones vinculadas a la solvencia.

A pesar de la inercia legislativa apuntada, se han generado interesantes respuestas desde la negociación colectiva, que intentaron dar respuesta a las diversas problemáticas causadas por la descentralización productiva, algunas de las cuáles serán mencionadas en las respuestas siguientes.

1. ¿Es la descentralización productiva o subcontratación una forma lícita de organización de la producción?

En la República Argentina, la descentralización productiva es una forma perfectamente lícita de organización de la producción.

La Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (LCT) reconoce la facultad del empleador para organizar económica y técnicamente su empresa, explotación o establecimiento.

⁸⁴ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93595/texact.htm>

A su vez, del artículo 30 de la LCT se desprende que las empresas pueden contratar o subcontratar tanto sus competencias nucleares (“core business”), como también las actividades periféricas de su producción.

En consecuencia, el empresario se encuentra plenamente legitimado para contratar o subcontratar, en forma total o parcial, cualquiera de las actividades que integran su ciclo productivo a terceras empresas, sin que de ello se derive la comisión de un acto ilícito.

2. ¿Existen límites y/o prohibiciones a la descentralización productiva?

La regulación general vigente (LCT) no establece ninguna prohibición o restricción a la posibilidad empresarial de recurrir a estrategias de descentralización productiva. A pesar de ello, ha sido la negociación colectiva la que ha fijado, en los últimos años y para algunas actividades económicas, ciertas limitaciones a este fenómeno.

En base a la intensidad de las respuestas adoptadas, se identifican dos tipos de restricciones: absolutas y relativas.

Dentro de las primeras, sirve como ejemplo el Convenio Colectivo de Trabajo n° 678/13⁸⁵, que rige para los trabajadores de las empresas industrializadoras de huevos (alimentación), en cuyo artículo 35 se acordó que las empresas no pueden ceder total o parcialmente, ni contratar, tercerizar o subcontratar a otros, trabajos o servicios que hagan a cualquier aspecto de su actividad, ya se trate de actividades que hacen a su giro normal y específico, como a aquellas de carácter accesorio o secundario, dentro o fuera de su ámbito.

Dentro de las segundas, encontramos restricciones con distintos matices.

Un primer ejemplo es el CCT 420/05⁸⁶, que rige a nivel nacional para la actividad aceitera, y en el cual se estableció (artículo 20) la prohibición a las empresas de utilizar contratistas para la realización de tareas comunes, regulares y habituales de los establecimientos, salvo para la realización de trabajos extraordinarios.

⁸⁵<https://convenios.trabajo.gob.ar/include/showfile.asp?ArchivoId=D1E59436ABF7BF6DD817B0E3458A8063A24B0FCF3507F5156D516D140E8B391E>

⁸⁶<https://convenios.trabajo.gob.ar/include/showfile.asp?ArchivoId=CBA6F0046276EE24E7D396A90F75BC7AF0E115E084C5CEE6F6A61A874C60FD9A>

Otra modalidad de restricción relativa la encontramos en el CCT 575/10⁸⁷, que regula la industria cervecera y maltera en todo el país. En dicho convenio se prohíbe la contratación o subcontratación de las tareas que hagan a la actividad específica de los establecimientos, mientras que se habilita dicha posibilidad respecto de las actividades accidentales, accesorias y/o concurrentes distintas de la actividad específica de la industria cervecera y maltera (artículo 28).

También se admite la subcontratación cuando se realiza para la reparación y/o mantenimiento de los bienes de producción, pero tan solo en los cuatro supuestos especiales enunciados en la normativa.

3. La empresa principal que externaliza una parte o la totalidad de su producción, ¿mantiene alguna responsabilidad laboral o de Seguridad Social respecto los trabajadores de la empresa contratista? ¿Cuáles?

La LCT establece, en su artículo 136, un remedio inmediato a favor de los trabajadores de las contratistas, al reconocérseles el derecho de exigir a la empresa principal que retengan (de los pagos que debe efectuar a la contratista) y les abonen los importes adeudados en concepto de remuneraciones u otros derechos apreciables en dinero, provenientes de sus relaciones laborales.

Por otra parte, la LCT prevé, en su artículo 30, dos supuestos en los cuáles el empresario principal debe responder solidariamente por las deudas laborales o de la Seguridad Social de los trabajadores de la contratista ocupados en la externalización.

La primera situación tiene lugar cuando el empresario principal cede a un tercero, en forma total o parcial, el establecimiento o explotación habilitado a su nombre (sin transferencia de titularidad).

El segundo supuesto, ocurre cuando el empresario principal contrata o subcontrata, cualquiera sea el acto que le de origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito.

El empresario principal tiene la obligación (indelegable) de ejercer un control, sobre los cesionarios, contratistas o subcontratistas, sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y de la seguridad social respecto de todos los trabajadores involucrados en la subcontratación.

⁸⁷<https://convenios.trabajo.gob.ar/include/showfile.asp?ArchivoId=5545878AEDD78606AC12E081BB0E57AD16F69DDB3D26224B3B4286A7DDE8EB5D>

Configurado alguno de estos dos supuestos, el trabajador puede reclamar el pago íntegro de la deuda laboral contra el contratista y la empresa principal en forma conjunta, o contra cualquiera de ellos individualmente⁸⁸.

La tarea de determinar, en cada caso concreto, cuando se configura una situación de contratación o subcontratación de la “*actividad normal y específica propia del establecimiento*” resulta fundamental, pues de ello dependerá que el empresario principal pueda ser responsabilizado (o no) solidariamente por las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de la contratista.

Conforme la doctrina emanada de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, la interpretación del artículo 30 de la LCT es una cuestión de derecho común (no federal), que por ello debe ser efectuada por los Jueces al resolver cada caso.

Producto de numerosas causales, sobre las cuáles no es posible explayarme en esta oportunidad, en nuestro país se han multiplicado, en las últimas décadas, las controversias en las que se debate la existencia de responsabilidad solidaria del principal, en casos de contratación o subcontratación de actividades tales como la limpieza, seguridad, el transporte, la logística, la distribución, la gastronomía (comedores), las promociones y ventas, o ante situaciones de descentralización productiva materializadas a través de contratos de concesión, franquicia, fideicomisos, entre otros.

Tratándose de un problema netamente casuístico, se detectan actualmente dos tendencias jurisprudenciales, acerca de la interpretación que cabe atribuir al artículo 30 LCT.

Dentro de la primera (tesis “amplia”), se admitió la responsabilidad solidaria del principal, cuando las actividades contratadas o subcontratadas, sin ser técnicamente las normales y específicas propias del establecimiento, igualmente presentaron algunas de las siguientes características: i) cuando resultan inescindibles para el cumplimiento del objeto social o fin de la empresa, ii) cuando guardan “estrecha relación” con la actividad normal y específica propia, iii) cuando hacen, completan o complementan la actividad normal y específica propia, iv) cuando resultan coadyuvantes o complementarias de la actividad normal y específica; v) cuando las actividades, aun siendo accesorias o secundarias, se encuentran integradas permanentemente al establecimiento.-

⁸⁸ En el ámbito de la Justicia Nacional, la Cámara de Apelaciones del Trabajo dictó, con fecha 03/02/06, el fallo plenario n°309 (“Ramírez, María I. c/ Russo Comunicaciones e Insumos SA y otro s/ despido”), en el cual expresamente se admitió dicha posibilidad a favor del trabajador.

Dentro de la tesis “restringida”, los jueces han rechazado la posibilidad de condenar solidariamente a la empresa principal, en casos en los cuáles las tareas subcontratadas, a pesar de completar o complementar la actividad principal y específica propia, no resultan inescindibles de esta última; o cuando las tareas resultan meramente accesorias, y pueden dejar de prestarse sin afectar el normal funcionamiento de la empresa; entre otros supuestos.

Por último, vale señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto recientemente que resulta improcedente condenar solidariamente a la Administración Pública (Nacional o Municipal), por las deudas laborales y de la seguridad social de los trabajadores de las empresas privadas que actúen como contratistas del Estado⁸⁹.

4. ¿Y en relación con la aportación a planes y fondos de pensiones?

La responsabilidad solidaria de la empresa principal se limita exclusivamente a las deudas salariales y de la seguridad social de los trabajadores de la contratista, conforme así lo dispone el artículo 30 LCT.

5. ¿Existe la obligación legal de la empresa contratista de reconocer a sus trabajadores condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la empresa principal?

En la República Argentina, no existe obligación del contratista de reconocer a sus trabajadores las condiciones laborales aplicables a los dependientes de la empresa principal.

Sin importar que las actividades contratadas o subcontratadas sean principales o accesorias, o que se realicen dentro o fuera del establecimiento del principal, las remuneraciones y las restantes condiciones laborales de los trabajadores de la contratista, quedan exclusivamente determinadas por las normas legales y convencionales aplicables a esta empresa (empleador).

Ello, claro está, siempre que la descentralización productiva fuera lícita y no encubra una maniobra de fraude.

La inexistencia de homogeneidad entre las condiciones laborales de ambos grupos de trabajadores, constituye una de las problemáticas más importantes que enfrenta el

⁸⁹ “Gómez Susana Gladys c. Golden Chef SA y otro s/ Despido” (17/09/13), “Monrroy Elsa Alejandra c/ Infantes SRL y otro s/ Despido” (17/09/13), “Trinidad, Noelia Elizabeth y otros c. Soprosor S.A. y otra s/ laboral” (18/11/2015), entre otros.

Derecho del Trabajo argentino en la actualidad, fundamentalmente a partir de las situaciones de precarización y desigualdad que provoca.

En los últimos años, fueron presentados algunos proyectos de ley que intentaron equipar las condiciones laborales entre los trabajadores de la principal y de la contratista, sin que ninguno de ellos hubiera logrado ser sancionado.

Resulta interesante mencionar una respuesta desarrollada en el plano de la negociación colectiva, al celebrarse en el año 2013 el “Convenio del Complejo Oleaginoso Portuario Agroexportador⁹⁰” (hoy, “Ex Copa”).

En este instrumento, firmado por los representantes sindicales que representan a las distintas actividades presentes en el complejo oleaginoso portuario (portuarios, vigiladores, de carga y descarga, gastronómicos, de comercio, patrones de cabotaje, camioneros, recibidores de granos, entre otros), se estableció un salario mínimo vigente para todos los trabajadores que desarrollan sus tareas en dicho complejo.

6. ¿En qué supuestos existe una descentralización productiva fraudulenta o cesión ilegal de trabajadores? ¿Qué consecuencias se derivan de esta situación?

La descentralización productiva es fraudulenta cuando, bajo la apariencia de un supuesto acto de externalización lícita (regulado en el artículo 30 LCT), lo que realmente se esconde es una situación de suministro de trabajadores a través de un intermediario (artículo 29 LCT).

El artículo 29 LCT establece que, cuando los trabajadores fueran contratados a los únicos fines de ser cedidos a otra empresa, éstos serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación.

Ello implica que, a los trabajadores involucrados, les corresponde el reconocimiento de las remuneraciones y las restantes condiciones laborales aplicables a la empresa que realmente aprovecha sus servicios.

La única excepción a esta regla, es que los trabajadores sean contratados a través de Empresas de Servicios Eventuales, en cuyo caso se admite la intermediación, y los involucrados son reputados empleados directos de esta última.

⁹⁰[http://www.ciara.com.ar/convenios/conveniosLaboralesCiara/000003%20Otros/130412%20Convenio%20COPA%202013%20\(12-04-13\).pdf](http://www.ciara.com.ar/convenios/conveniosLaboralesCiara/000003%20Otros/130412%20Convenio%20COPA%202013%20(12-04-13).pdf)

En los casos de cesión ilegal de trabajadores, y cualquiera sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes (intermediarios) y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestados servicios (empleador real), responderán solidariamente por todas las obligaciones emergentes de la relación laboral, y de las que se derivan del régimen de la seguridad social.

En el ámbito de la Justicia Nacional, cuando se tiene por acreditada la existencia de una situación de subcontratación aparente o cesión ilegal de trabajadores, se aplican importantes multas (previstas para la falta de registración de la relación laboral), contra la intermediaria y el empleador real, resultando ambos solidariamente responsables al pago de la misma, en favor del trabajador⁹¹.

Comprobar la existencia de un supuesto de descentralización productiva fraudulenta, o cesión ilegal de trabajadores, es una cuestión absolutamente casuística, que debe ser resuelta por los Jueces, según los hechos acreditados en cada caso concreto.

Sobre la base de numerosos antecedentes jurisprudenciales, se pueden mencionar como ejemplo algunos “indicios” que han sido especialmente merituados para detectar situaciones de subcontratación aparente o fraudulenta: i) que el contratista, aunque regularmente constituido, no demuestre solvencia patrimonial ni estructura organizativa; ii) que el trabajador se inserte en una organización económica ajena a quien lo contrató; iii) que el principal sea quien se beneficia en forma directa y permanente con la prestación del trabajador, iv) que el principal sea quien ejerce las facultades propias de empleador (imparte órdenes al trabajador, otorga los elementos de trabajo, fija las condiciones, audita la prestación de servicios, etc.), v) que la contratista no sea realmente titular de una organización empresarial, a la cual se inserta el trabajador con miras a lograr el fin de la empresa; vi) que las tareas del trabajador sean necesarias para el cumplimiento del objeto de la empresa principal, y la contratación respondiera a exigencias ordinarias y permanentes de quien utiliza la mano de obra; vii) la existencia de personal contratado en forma directa por la principal que cumple con las mismas tareas, y en el mismo horario, que el personal asignado por la subcontratista; viii) Los servicios son prestados en el establecimiento de la empresa principal: ix) que la vinculación comercial entre ambas empresas, demuestre que el objeto no es la prestación de un servicio o producto concreto, sino la provisión de mano de obra.

⁹¹ Cámara Nacional de Apelaciones, Fallo Plenario n°323, “Vázquez, María L. c/ Telefónica de Argentina SA y otro s/ Despido”, 30/06/10. Puede consultarse en: <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-vasquez-maria-laura-telefonica-argentina-sa-otro-despido-fa10040012-2010-06-30/123456789-210-0400-1ots-eupmocsollaf>

7. ¿La contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está permitida en su país? ¿En qué supuestos?

La contratación de trabajadores a través de las Empresas de Trabajo Temporal (aquí denominadas como Empresas de Servicios Eventuales, o “ESE”) está permitida. Se encuentra regulada por las leyes 20744 (artículo 29, 29 bis) y 24.013⁹² (artículos 76 a 80), y reglamentada a través del decreto 1694/06⁹³.

Dos son los requisitos esenciales que deben cumplirse para habilitar la contratación a través de las ESE.

En primer lugar, la ESE debe contar con habilitación de la autoridad de aplicación (el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación), para lo cual deben cumplir con rigurosos requisitos, pudiendo señalarse, como los más importantes, la exigencia de su constitución como persona jurídica con un objeto comercial único, y la satisfacción de varios recaudos patrimoniales.

El segundo requisito, es que la contratación de trabajadores a través de las ESE, sea al solo efecto de destinarlos, en forma temporaria, a cumplir tareas de naturaleza EVENTUAL: para cumplir servicios extraordinarios determinados de antemano, o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa usuaria, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato.

El artículo 6 del Decreto 1694/06, establece las diversas situaciones eventuales que habilitan la contratación de personal a través de las ESE: a) Ante la ausencia de un trabajador permanente, durante ese período. b) En caso de licencias o suspensiones legales o convencionales, durante el período en que se extiendan, excepto cuando la suspensión sea producto de una huelga o por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo. c) Cuando se tratase de un incremento en la actividad de la empresa usuaria que requiera, en forma ocasional y extraordinaria, un mayor número de trabajadores. d) Cuando deba organizar o participar en congresos, conferencias, ferias, exposiciones o programaciones. e) Cuando se requiera la ejecución inaplazable de un trabajo para prevenir accidentes, por medidas de seguridad urgentes o para reparar equipos del establecimiento, instalaciones o edificios que hagan peligrar a los trabajadores o a terceros, siempre que las tareas no puedan ser realizadas por personal regular de la empresa usuaria. f) En general, cuando por necesidades extraordinarias o transitorias deban cumplirse tareas ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria.

⁹² <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/412/texact.htm>

⁹³ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/122396/norma.htm>

Esto significa que, en ningún caso, una empresa puede emplear trabajadores a través de las ESE para cubrir necesidades permanentes de trabajo.

8. ¿Existen supuestos o actividades económicas en los que la contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está prohibida?

Conforme la ley 24013, se prohíbe contratar trabajadores a través de las ESE, en los siguientes supuestos: a) cuando se pretenda sustituir a trabajadores de la empresa usuaria que no prestan servicios en virtud de ejercer medidas legítimas de acción sindical; b) cuando las empresas usuarias hubieran suspendido o despedido trabajadores por falta o disminución de trabajo, durante los seis meses anteriores, y quisieran reemplazar al personal afectado por dichas medidas con trabajadores eventuales; c) cuando el objeto de la contratación eventual sea atender exigencias extraordinarias del mercado, la duración no puede exceder seis meses por año, y hasta un máximo de un año en un período de tres años.

Por otra parte, el Decreto Reglamentario 1694/06 expresamente agrega que, cuando la empresa usuaria invocase cualquiera de las causales previstas para esta modalidad de contratación, se debe respetar una proporción razonable y justificada de trabajadores eventuales en relación con el número de trabajadores permanentes de la empresa usuaria, como así también una extensión temporal adecuada con los servicios eventuales a brindar.

La propia norma reconoce que la negociación colectiva es la que debe establecer estas pautas de razonabilidad en cada actividad o sector económico.

Por último, las cooperativas de trabajo tienen prohibido actuar como ESE (artículo 40 ley 25.877⁹⁴).

9. ¿Qué responsabilidades laborales y de Seguridad Social mantiene la Empresa de Trabajo Temporal respecto de los trabajadores cedidos a empresas usuarias? ¿Y la empresa usuaria?

Las ESE son consideradas empleadoras directas de los trabajadores cedidos a las empresas usuarias, conforme así lo prevé el artículo 29 LCT, último párrafo.

Se establece entre las ESE y los trabajadores una relación de dependencia con carácter permanente, de prestación discontinua.

⁹⁴ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93595/texact.htm>

Por ello, las ESE resultan responsables directas por todas las obligaciones emergentes de la relación laboral de los trabajadores cedidos, incluyendo las de la seguridad social.- Respecto de la empresa usuaria, el artículo 29 bis LCT dispone que resultan solidariamente responsables con las ESE por todas las obligaciones laborales de los trabajadores involucrados.

Asimismo, la empresa usuaria debe retener y depositar, de los pagos que efectúe a las ESE, tanto los aportes y contribuciones para los organismos de la Seguridad Social, como los importes correspondientes a las cuotas de Seguro de Riesgos del Trabajo⁹⁵, correspondientes a los trabajadores cedidos.

10. ¿Cómo se determinan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores contratados mediante Empresas de Trabajo Temporal y cedidos a empresas usuarias?

Los trabajadores contratados por las ESE que prestan servicios en una empresa usuaria, deben gozar de los mismos derechos y condiciones laborales que aquéllos que trabajan en forma directa para esta última.

Se establece que los montos que en concepto de sueldos y jornales paguen las ESE a sus trabajadores cedidos, no pueden ser inferiores a los que correspondan por la convención colectiva de la actividad o categoría en la que efectivamente presten el servicio contratado, o a los efectivamente abonados por la empresa usuaria a sus propios dependientes (si fueran superadores a los salarios de convenio).

Por otra parte, los trabajadores eventuales que prestan servicios en la empresa usuaria, no solo quedan regidos por el convenio colectivo aplicable a esta última, sino que incluso son representados por el sindicato que defiende el interés colectivo de los trabajadores de la usuaria.

Finalmente, los trabajadores contratados a través de las ESE deben ser incluidos en la nómina salarial de las usuarias, motivo por el cual las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo contratadas por estas últimas, deben cumplir con todas las obligaciones establecidas por la Ley de Riesgos del Trabajo n°24.557 respecto de los trabajadores cedidos, mientras éstos se encuentren prestando servicios en las usuarias.

⁹⁵ Decreto 762/14:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/230000-234999/230553/norma.htm>

Bibliografía

AAVV, “La solidaridad en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Laboral* (2001-1). Rubinzal – Culzoni. Santa Fe, 2001.

ACKERMAN, M. E. (Director). *Tratado de Derecho del Trabajo* (Tomo II – La Relación Individual de Trabajo – I). Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, 2014.

CARUGO, A. H. y VALLEJOS S. “Subcontratación aparente o intermediación encubierta”, en. *Colección Temas de Derecho Laboral n°22, Intermediación Laboral y Sucesión de Empleadores*, Errepar, Buenos Aires, 2014.

GARCÍA VIOR, A. E. Y REINOLTER, M. A. *Solidaridad laboral en la tercerización*. Astrea, Buenos Aires, 2008.

GOLDIN, A. O., (Dir.). *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* (2ª Ed.). La Ley, Buenos Aires, 2013.

GRUPO DE EXPERTOS EN RELACIONES LABORALES. *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008

Pronunciamientos judiciales

Boletín Temático de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo (sumario de sentencias) titulado “Solidaridad Artículo 30 LCT”, Actualización 2014, que puede consultarse en <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00015/00076546.Pdf>

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero SA y otros", 22/12/09.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Gómez Susana Gladys c. Golden Chef SA y otro s/ Despido”, 17/09/13

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Monrroy Elsa Alejandra c/ Infantes SRL y otro s/ Despido”, 17/09/13.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gómez, Claudia Patricia c/ Saden SA y otro s/ despido”, 30/12/14.-

Cámara Nacional de Apelaciones, Fallo Plenario n°323, “Vázquez, María L. c/ Telefónica de Argentina SA y otro s/ Despido”, 30/06/10.

Cámara de Apelaciones del Trabajo, Fallo Plenario n°309”, “Ramírez, María I. c/ Russo Comunicaciones e Insumos SA y otro s/ despido”, 03/02/06.

EXTERNALIZACIÓN Y CADENAS DE PRODUCCIÓN EN BRASIL

Helena Stela Sampaio

Doctora por la Universidad de las Islas Baleares,
Profesora y Coordinadora del Curso del Derecho de la Facultad Farias Brito, en
Fortaleza, Brasil

Eduardo Pragmácio Filho

Doctorando y Master en Derecho del Trabajo por la PUC-SP,
Profesor de Derecho del Trabajo de la Facultad Farias Brito, en Fortaleza, Brasil

Introducción

En Brasil, el fenómeno de la “terceirização” (externalización) no está reglamentado por completo, siendo entendido por la mayoría de la doctrina del trabajo y por el Tribunal Superior del Trabajo (TST) como ilegal⁹⁶. La temática, actualmente posee mucha relevancia, pues se tramita en el Congreso Nacional su reglamentación, por medio del Proyecto de Ley 4.330/2004⁹⁷.

En la práctica, las empresas externalizan sus actividades y se arriesgan en la responsabilidad laboral.

Pero, en Brasil quien más externaliza sus actividades es el Estado brasileño, deturpando el mando constitucional de la selectividad pública, lo que precariza las condiciones del trabajo en el sector público.

El análisis que será realizada por delante, en contestación a las preguntas de este dossier será restringida a la externalización en las empresas privadas.

1. ¿Es la descentralización productiva o subcontratación una forma lícita de organización de la producción?

Hasta el momento, por la falta de una reglamentación legal específica, la jurisprudencia laboral, pacificada en las Súmulas 331, ítem I, del TST, entiende, de manera general, que la “*contratación por empresa interpuesta es ilegal, formándose el vínculo laboral directamente con la empresa que recibe los servicios*”.

⁹⁶ Para acceso a las Súmulas del Tribunal Superior do Trabalho (TST): <http://www.tst.jus.br/sumulas>

⁹⁷ Para acceso al proyecto de ley 4330/2004:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>

Existen excepciones, de acuerdo con las decisiones laborales (ítem IV de las Súmulas 331 del TST), como el trabajo temporal (Ley 6.019/1974), los servicios de vigilancia, de limpieza (aseo y conservación) y los servicios especializados relacionados a la actividad-medio (contabilidad, informática, etc.), desde que no haya personificación y subordinación directa.

2. ¿Existen límites y/o prohibiciones a la descentralización productiva?

En razón de la falta de reglamentación legislativa sobre el tema, como hemos dicho, la reglamentación queda al encargo del entendimiento jurisprudencial (Súmulas 331 del TST).

La jurisprudencia laboral tiene adoptado la tesis de que solamente es posible la tercerización de las actividades-medio, no siendo posible haber la subcontratación en la actividad principal de la empresa.

Aún, en la tercerización de las actividades-medio, debe haber la ausencia de la prestación personal y de la subordinación en la prestación de los servicios del trabajador empleado en relación con la empresa que recibe el servicio.

Habiendo, en la tercerización de la actividad-medio, la presencia constante de poder directivo de la empresa beneficiada con los servicios sobre la prestación personal de servicios del empleado de la empresa subcontratada, en estos casos el reconocimiento de la relación tiene reconocimiento de la relación debe ocurrir directamente con beneficiaria, quedando considerada esa tercerización como ilegal o fraudulenta.

3. La empresa principal que externaliza una parte o la totalidad de su producción, ¿mantiene alguna responsabilidad laboral o de Seguridad Social respecto los trabajadores de la empresa contratista? ¿Cuáles?

Si la tercerización es ilegal, es decir, contraria al entendimiento de las Súmulas 331 del TST, la empresa subcontratada es solidaria y total.

Si la tercerización se adecua en las hipótesis autorizadas por el TST (Súmulas 331 – trabajo temporario, limpieza, vigilancia, etc.), el impago laboral de la empresa contratada indica responsabilidad subsidiaria de la empresa beneficiada, es decir, primero responde la empresa contratada, y en el caso de no cumplimiento, responde la empresa beneficiada con los servicios.

4. ¿Y en relación con la aportación a planes y fondos de pensiones?

La empresa que recibe los servicios no responde por esa obligación.

La eventual responsabilidad laboral de la empresa beneficiada no se extiende para las obligaciones de la seguridad social (públicas), lo que en Brasil no tiene sentido, debido a la falta de reglamentación de la materia.

En cuanto a la seguridad social, por tratarse de obligación contractual, tampoco se puede extender a la persona que no la contrató.

5. ¿Existe la obligación legal de la empresa contratista de reconocer a sus trabajadores condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la empresa principal?

Este es el tema central de la discusión de la reglamentación de la tercerización en Brasil. Como no existe una reglamentación legal, lo que hay es un tipo de tercerización que precariza las condiciones de trabajo, quitando derechos a los trabajadores, especialmente en aquellas actividades fuertemente protegidas por fuerza de la ley o de negociación colectiva. De esta manera, si no hay igualdad de derechos entre los trabajadores subcontratados en comparativa con los trabajadores de la empresa principal, esa tercerización es extremadamente maléfica e indeseable.

Entonces, en principio, en Brasil, no existe la obligatoriedad de igualdad de derechos entre los trabajadores de la empresa que recibe y la que presta los servicios, salvada la hipótesis de trabajo temporal, pues el artículo 12 de la Ley 6019/1974 obliga la igualdad de salario y de condiciones de trabajo.

Tímidamente, la jurisprudencia laboral viene acatando la tesis de igualdad de condiciones, en homenaje al principio de la isonomía, como se puede observar, por ejemplo, en la Orientación Jurisprudencial (OJ) 383 del TST, en aquellos casos de tercerización en el sector público, pero que perfectamente podría ser aplicada en los casos del sector privado⁹⁸.

⁹⁸ Véase: “TERCERIZACIÓN, EMPLEADOS DE LA EMPRESA QUE PRESTA SERVICIOS Y LOS DE LA QUE RECIBE. ISONOMÍA. ARTÍCULO 12, “artículo 12, A, de la Ley N° 6.019, DE 03.01.1974. (Mantenida) – Res. 150/2011, DEJT divulgado en 27, 30 y 31.05.2011. “La contratación irregular de trabajador, mediante empresa interpuesta, no genera vínculo de empleo con la Administración Pública, no alejando, así mismo, por el principio de la isonomía, el derecho de los empleados subcontratados a las mismas verbas laborales y normativas previstas para aquellos contratados por el receptor de los servicios, desde que presente la igualdad de funciones. Aplicación analógica del artículo 12, “a” de la Ley n° 6.019, de 03.01.1974.”

6. ¿En qué supuestos existe una descentralización productiva fraudulenta o cesión ilegal de trabajadores? ¿Qué consecuencias se derivan de esta situación?

La tercerización es ilícita y fraudulenta, en Brasil, en la visión del TST, cuando hecha en la actividad principal de la empresa y, aún que realizada en la actividad-medio, subsistan en el trabajador subcontratado la personificación y la sujeción al poder directivo de la empresa donde los servicios son prestados.

En estos casos, la jurisprudencia (Súmulas 331 del TST) entiende que el vínculo del empleo se forma directamente con la empresa que recibe los servicios, quedando ésta responsable de todos los derechos legales y negociados colectivamente por la categoría del trabajador.

Un banco que practica la tercerización, por ejemplo, el atendimento a clientes, por medio de operadoras de tele-atendimento, estaría practicando una contratación ilícita, en la visión del TST, pues el atendimento por medios telemáticos para el cliente final del banco (transferencias, consulta de saldos, aplicaciones, etc.) es una de las actividades principales del banco. De esta manera, todos los operadores de la empresa de tele-atendimento que prestan servicio para el banco, en la verdad, serían bancarios, y tendrían los derechos especiales reconocidos por ley (jornada de 6 horas, en 5 días de la semana) y los derechos negociados en convención colectiva de los trabajadores bancarios.

7. ¿La contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está permitida en su país? ¿En qué supuestos?

Sí, está permitida, de acuerdo con la Ley 6.019/1974, el llamado “*trabajo temporal*”. Esta es una relación “*triangular*”, pues existen (i) la empresa que recibe los servicios o cliente, (ii) la empresa que presta o alquila y (iii) el trabajador temporario.

La ley establece algunas condiciones para esta modalidad.

Primero, la empresa prestadora de servicios y alquiladora de mano de obra necesita ser autorizada por el Ministerio del Trabajo.

Segundo, la empresa que recibe los servicios o cliente solamente puede contratar trabajador temporario para: (i) atender a una necesidad transitoria de sustitución de su personal regular y permanente o (ii) a un incremento extraordinario de servicios. En otras palabras, debe existir una justificativa, prevista en ley, para la contratación extraordinaria y transitoria.

Tercero, esta contratación debe ser formalizada, en contrato escrito para la relación empresarial y para la relación con el trabajador, no siendo posible estipulación de plazo superior a tres meses con relación al mismo empleado. Es posible una prórroga del plazo por autorización del Ministerio del Trabajo.

En estos casos de trabajo temporario, según la legislación brasileña, por lo tanto, el trabajador es empleado de la empresa locadora y prestadora de los servicios, pero no es empleado de la empresa donde efectivamente el trabajador labora.

8. ¿Existen supuestos o actividades económicas en los que la contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está prohibida?

No. En cualquier actividad económica se pueden contratar trabajadores temporales desde que se obedezcan los requisitos legales dispuestos en la Ley 6.019/1974, como son la formalización del contrato, la autorización legal de funcionamiento de la empresa prestadora, la justificativa extraordinaria y transitoria de la contratación y la observancia de la limitación temporal para cada trabajador.

9. ¿Qué responsabilidades laborales y de Seguridad Social mantiene la Empresa de Trabajo Temporal respecto de los trabajadores cedidos a empresas usuarias? ¿Y la empresa usuaria?

La Ley 6.019/1974 que disciplina el trabajo temporario en Brasil no prescribe nada al respecto de la responsabilidad de la empresa que recibe los servicios. De esta forma, en principio, toda la responsabilidad frente a la normativa laboral y asistencial es de la empresa subcontratada, sea para servicios o mano de obra.

La excepción, aún, está en la hipótesis de falencia de la empresa prestadora de servicios, de acuerdo con la previsión del artículo 16 de la Ley 6.019/1974, caso en que la empresa que recibe los servicios responderá solidariamente por los débitos provenientes de los derechos laborales y asistenciales de los trabajadores temporarios que ejercen sus actividades.

La jurisprudencia del TST, contenida en el ítem IV de las Súmulas 331, además, de cualquier forma atribuye ordinariamente responsabilidad subsidiaria para la empresa que recibe los servicios, en lo que relaciona los débitos oriundos de los derechos laborales, excluidos los débitos de la asistencia social.

10. ¿Cómo se determinan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores contratados mediante Empresas de Trabajo Temporal y cedidos a empresas usuarias?

Según el artículo 12 de la Ley 6.019/1974, debe haber igualdad de condiciones entre el trabajador temporario en la empresa que recibe los servicios y su empleado regular, especialmente cuanto a la jornada y a la remuneración.

Este dispositivo, entretanto, nada dispone sobre los derechos contenidos en la negociación colectiva de la categoría. Pero la jurisprudencia brasileña tiene previsión de la extensión de esos derechos también, de acuerdo como se verifica la redacción de la OJ 383 del TST citada.

11. Otras cuestiones relevantes y valoración de la regulación en materia de externalización y cadenas de producción en su país

En este año 2016, con la turbulenta política que vive el país, con el cambio de gobierno y la propagación de reformas fiscales, asistenciales y laborales, el tema de la tercerización entró en pauta y es bastante relevante.

No hay como huir de la externalización, pues es un fenómeno inevitable, advenido del proceso productivo cada vez más especializado e influenciado por la tecnología.

En el momento que se vaya reglamentar la tercerización en Brasil, es importante recordar que (i) si hay igualdad de derechos entre los trabajadores de la empresa que recibe los servicios y de la que subcontrata los servicios y (ii) si hay solidaridad entre esas empresas, la tercerización no representará precarización y atenderá, a la vez, la protección del empleo y a la libre iniciativa, conciliando trabajo y capital.

Bibliografía

BARROS, A. M., *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr

BONFIM, V., *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus.

DELGADO, M. G., *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr

PRAGMÁCIO F. E., “Mito da terceirização do emprego no setor privado precisa ser derrubado”. En: <http://www.conjur.com.br/2016-out-18/eduardo-pragmacio-mito-terceirizacao-derrubado>.

Súmulas nº 331 do TST

EXTERNALIZACIÓN Y CADENAS DE PRODUCCIÓN EN CHILE

Francisco J. Tapia Guerrero y Carmen Elena Domínguez S.

Profesores de Derecho del Trabajo

Pontificia Universidad Católica de Chile

Introducción

La descentralización productiva, ha sido abordada en Chile a partir de tres figuras: la subcontratación, el suministro de personas y los grupos de empresa. La Ley 20.123 del año 2006 reguló expresamente las dos primeras figuras, conceptualizándolas, definiendo a los sujetos intervinientes, sus características y límites y las responsabilidades que nacen para los terceros que reciben la prestación de servicios o el suministro de personas desde las empresas contratistas o de servicios temporales.

Cabe señalar, que respecto a los grupos de empresas como fenómenos de descentralización productiva, éstos quedaron fuera de la regulación de la Ley 20.123, siendo primeramente abordados a través de una doctrina jurisprudencial sobre la “unidad económica” y la extensión o asignación de responsabilidades a todos los miembros del grupo, y luego, a través de la dictación de la Ley 20.760 y la figura del empleador común o complejo.

En términos estadísticos, la ENCLA 2014 dio cuenta que, revirtiendo la tendencia expansiva que habían presentado la subcontratación y el suministro en los estudios anteriores, las empresas que han declarado el uso de la subcontratación bajó de un 37,8% (ENCLA 2011) a un 17,6% (ENCLA 2014); lo propio sucedió con el suministro, que de menor frecuencia de uso que la subcontratación, también experimentó una reducción el número de empresas que declararon emplearla, de un 3.6% a un 1.2%⁹⁹. Dicho instrumento no presenta estadísticas sobre la unidad económica por ser una construcción jurisprudencial, ni tampoco sobre el empleador común o complejo que se promulga el año 2014.

1. ¿Es la descentralización productiva o subcontratación una forma lícita de organización de la producción?

La subcontratación de obras o servicios es una herramienta de descentralización productiva lícita desde los inicios de la legislación laboral chilena. El primer Código del Trabajo de nuestro país de 1931, ya la regulaba en términos de sus efectos,

⁹⁹ ENCLA 2014, p. 69. Consultada en http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-108317_recurso_1.pdf

estableciendo la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena respecto a las obligaciones laborales de los trabajadores asignados al encargo¹⁰⁰.

En términos similares es recogido en el Código del Trabajo de 1994 al que se le introducen modificaciones importantes relativas al contenido de la obligación que recae en el tercero y a la naturaleza de la responsabilidad el año 2006 por la Ley 19.666. Pero será la ley 20.123 del año 2006, la que formalizó la regulación de la figura definiéndola desde el punto de vista de la relación de trabajo que se da entre el trabajador, en los siguientes términos: *“Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas”*¹⁰¹.

2. ¿Existen límites y/o prohibiciones a la descentralización productiva?

La subcontratación es recogida en términos amplios, pudiendo subcontratarse tanto actividades del giro como no del giro, sin grandes diferencias en su regulación. La única diferencia está contenida en el Reglamento n°76, relativo al deber de protección, el que en el caso de actividades del giro y número de trabajadores igual o superior a 50, impone a la empresa principal el cumplimiento de un sistema gestión de la seguridad y salud en el Trabajo en obras, faenas o servicios que incorpora obligaciones adicionales al deber de seguridad.

Sin perjuicio de ello, la norma legal reconoce ciertas exclusiones. Así por ejemplo, excluye del concepto de subcontratación la construcción de edificaciones por un precio único prefijado cuando quien encargue la obra sea una persona natural como así también aquellas figuras en que no se dan los requisitos previstos en el concepto legal.

¹⁰⁰ El artículo 16 del Código del Trabajo de 1931, establecía que el dueño de la obra, empresa o faena sería subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los obreros. En los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado no procedería esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encargue la obra sea una persona natural. Por su parte, en materia de deber de protección, el código confirmaba la responsabilidad del tercero frente a accidentes del trabajo en el artículo 256, en los siguientes términos: *“La responsabilidad del patrón o empresario que, por cuenta ajena, toma a su cargo la ejecución de un trabajo o la explotación de una industria, no excluye la responsabilidad subsidiaria del propietario.”*

¹⁰¹ Artículo 183 A, inciso primero, Código del Trabajo.

Por otra parte, establece limitaciones a la extensión de responsabilidad, sólo respecto al tiempo de duración de la contratación o subcontratación y la jurisprudencia ha agregado que sólo respecto a aquellos trabajadores efectivamente asignados a la ejecución del encargo.

3. La empresa principal que externaliza una parte o la totalidad de su producción, ¿mantiene alguna responsabilidad laboral o de Seguridad Social respecto los trabajadores de la empresa contratista? ¿Cuáles?

La ley chilena establece que la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales de dar, incluidas las indemnizaciones legales por término de contrato, que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos. Asimismo, replica la misma responsabilidad en cualquiera de los eslabones de la cadena de producción, aunque pudiendo interpretarse que entre eslabones no continuos, la solidaridad es remplazada por una subsidiariedad¹⁰².

Esta responsabilidad puede transformarse en subsidiaria, si la empresa principal ejerce los derechos de información y retención respecto a los pagos que deba realizarle a la contratista y/o subcontratista, de acuerdo a lo establecido en el artículo 183C del Código del Trabajo.

En materia de deber de seguridad, y sin perjuicio de las obligaciones que tiene el empleador directo de los trabajadores, la ley le impone a la empresa principal la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia. Esto se cumplirá, manteniendo en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores que en ellos se desempeñan y vigilando el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad. Para este último cometido, la Ley 16.744 de Accidentes del Trabajo y enfermedades profesionales señala que aquellas empresas principales que cuenten con 50 o más trabajadores (contados internos y externos), deberán realizar tal vigilancia implementando un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo (SGSST) para todos los trabajadores involucrados que comprenda:

¹⁰² El artículo tercero del artículo 183 B establece que “[l]a empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiese hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente”. Cabe señalar, que los tribunales de justicia extienden la solidaridad a los distintos eslabones de la cadena de forma solidaria.

- a) La confección de un reglamento especial para empresas contratistas y subcontratistas, que contenga las acciones de coordinación entre los distintos empleadores de las actividades preventivas, los mecanismos para verificar su cumplimiento por parte de la empresa principal y las sanciones aplicables.
- b) Velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad y un Departamento de Prevención de Riesgos para tales faenas, en los casos que corresponda;

El Reglamento n°76 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social del año 2008, precisa las obligaciones relativas al SGSST y lo acota a subcontrataciones del mismo giro de la empresa principal¹⁰³.

Cabe señalar, que respecto a la responsabilidad de la empresa principal sobre los accidentes del trabajo, existe controversia en Chile sobre cómo responden las empresas vinculadas a una subcontratación. Mientras algunos sostienen que de forma simplemente conjunta, por tratarse de una obligación directa y la ausencia de solidaridad legal; otros sostienen que responden de forma solidaria, aplicando extensivamente la norma sobre obligaciones laborales del 183 B, a la naturaleza de obligaciones que identifican como indivisibles, al desarrollo jurisprudencial existente antes de la Ley 20.123 y/o a una solidaridad de fuente judicial¹⁰⁴.

4. ¿Y en relación con la aportación a planes y fondos de pensiones?

En Chile, la responsabilidad de la empresa principal se limita a las obligaciones laborales y previsionales de dar, incluidas las indemnizaciones legales por término de contrato, no existiendo obligación a ella directamente, de aportar a planes o fondos de pensiones.

Sin perjuicio de lo anterior, le ley chilena prevé el ejercicio del derecho/deber de pago por subrogación, de las obligaciones laborales y previsionales que se encuentren impagas por parte de la empresa contratista o subcontratista y respecto a las cuales haya ejercido previamente el derecho/deber de retención. En este caso, los montos retenidos

¹⁰³ Lo que según el artículo cuarto debe entenderse como “*todo proyecto, trabajo o actividad destinado a que la empresa principal desarrolle sus operaciones o negocios, cuya ejecución se realice bajo su responsabilidad, en un área o lugar determinada, edificada o no, con trabajadores sujetos a régimen de subcontratación.*”

¹⁰⁴ Al respecto consultar compendio de fallos de unificación en http://decs.pjud.cl/Documentos/Jurisprudencia/Unificacion_jurisprudencia_laboral.pdf pp-26-31

deberán enterarse directamente por la empresa principal al trabajador y/o a las entidades de seguridad social en nombre del empleador.

5. ¿Existe la obligación legal de la empresa contratista de reconocer a sus trabajadores condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la empresa principal?

En el ordenamiento jurídico chileno la respuesta es negativa. No existe ninguna obligación de la empresa contratista de –en ningún supuesto, independientemente de si se subcontrata actividades del giro o no– reconocer a sus trabajadores las condiciones laborales pactadas con los trabajadores de la empresa principal.

6. ¿En qué supuestos existe una descentralización productiva fraudulenta o cesión ilegal de trabajadores? ¿Qué consecuencias se derivan de esta situación?

La Ley 20.123 en su artículo 183A inciso final, señala que en aquellas hipótesis de subcontratación en el que los servicios prestados se realicen sin sujeción a los requisitos legales o se limiten sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, la empresa principal será considerado como el empleador directo de esos trabajadores, siendo por tanto responsable directo del pago de todas las obligaciones legales y contractuales que tengan por sustento la relación laboral. Además, dicho artículo preveía que podrían adicionarse las sanciones del artículo “478” que castigaba dos ilícitos laborales con multas a beneficio fiscal: la simulación y el subterfugio, entendiéndose por el primero el simular la contratación de trabajadores a través de terceros; y por el segundo, la utilización de cualquier subterfugio para esconder la individualización del verdadero empleador o su patrimonio para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales. Sin embargo, dicho artículo sufrió dos modificaciones legales que ponen hoy en cuestión su aplicación en la figura de la subcontratación:

- a) El año 2006 se dicta la reforma procesal laboral que traslada el artículo 478 al artículo 507 del Código del Trabajo, sin alterar la remisión que hacía el artículo 183 a las sanciones del artículo 478;
- b) El año 2015, se dicta la Ley 20.760 que regula el empleador común y modifica el artículo 507 del Código del Trabajo, de tal forma que es posible entender que los ilícitos laborales de simulación y subterfugio son relativos a la declaración de empleador común y no a los casos de subcontratación ilícita.

7. ¿La contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está permitida en su país? ¿En qué supuestos?

Hasta antes de la Ley 20.123 el suministro de personas era una actividad ilegal, pese a que se desarrollaba en forma cada vez más abundante amparándose en la escueta regulación de la subcontratación que estaba presente en los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo vigente hasta el 2006.

La Ley 20.123 incorpora a nuestro ordenamiento a esta herramienta de descentralización de forma restringida y temporal a partir de tres ejes centrales:

- a) Creación de las Empresas de Servicios Transitorios (EST): persona jurídica inscrita en el registro de Empresas de Servicios Transitorios llevado por la Dirección del Trabajo, que tiene por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros, trabajadores para cumplir de ellos, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.
- b) Contrato de puesta a disposición: Contrato de carácter comercial, regulado en el Código del Trabajo en los artículos 183N y siguientes, celebrado entre una empresa Usuaria y una EST para el suministro de personas por un periodo determinado según las hipótesis legales y bajo una causal legal.
- c) Garantía: Estas EST para funcionar, además de constar en el registro público, deberán constituir una garantía ante la Dirección del Trabajo, que actuará como patrimonio de afectación para el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales con sus trabajadores. Subsidiariamente a esta garantía y al patrimonio de la EST, la Empresa Usuaria será responsable de las obligaciones laborales y previsionales.

8. ¿Existen supuestos o actividades económicas en los que la contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está prohibida?

A pesar de ser el suministro una modalidad de contratación lícita, se la regula restrictivamente, prohibiendo ciertos supuestos:

- a) Las EST no podrán ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con empresas usuarias que contraten sus servicios.

- b) No se podrá contratar con una EST para realizar tareas en las cuales se tenga la facultad de representar a la usuaria, tales como los gerentes, subgerentes, agentes o apoderados.
- c) Tampoco se podrán contratar a través de la EST trabajadores para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva.
- d) Finalmente también queda prohibida la cesión de trabajadores a otras empresas de servicios transitorios.

En el caso de contravenir estas prohibiciones, el ordenamiento jurídico chileno prevé en los artículos 183I y P tres sanciones:

- a) La celebración de contratos de puesta a disposición entre empresas que tienen la relación descrita en la letra a) anterior, se sancionará con la cancelación de la inscripción en el Registro de EST y una multa a la usuaria de 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado, mediante resolución fundada del Director del Trabajo.
- b) Respecto a las letras b, c y d anteriores, su infracción excluirá a la usuaria de la aplicación de las normas del suministro de personas, y en consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria; y se le aplicarán multas equivalentes a 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado.

9. ¿Qué responsabilidades laborales y de Seguridad Social mantiene la Empresa de Trabajo Temporal respecto de los trabajadores cedidos a empresas usuarias? ¿Y la empresa usuaria?

Al igual que en el caso anterior, la empresa usuaria mantiene para sí responsabilidades en cuanto al cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores suministrados.

Sin embargo, esta responsabilidad guarda ciertas diferencias con la derivada de la subcontratación:

- Es de naturaleza subsidiaria y no solidaria, por la existencia de la garantía, y
- Cubre las obligaciones laborales y previsionales, sin limitación a sólo las obligaciones de dar.

En materia de deber de seguridad, será de responsabilidad directa de la usuaria el cumplimiento de las normas referidas a la higiene y seguridad en el trabajo, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias relativas al Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, tanto preventivas como reactivas frente a la ocurrencia de un siniestro. Asimismo, y en este caso de forma expresa, la ley prevé en el artículo 183AB que la empresa usuaria será responsable de las indemnizaciones que puedan derivar de la responsabilidad por el daño moral producido por la ocurrencia de un siniestro sin especificar cómo responderán por éste de forma concurrente con la EST y la garantía.

10. ¿Cómo se determinan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores contratados mediante Empresas de Trabajo Temporal y cedidos a empresas usuarias?

No existen normas que establezcan la igualdad de condiciones laborales entre trabajadores de EST y los de la usuaria.

Sin perjuicio de ello, la ley señala que en el Contrato de puesta a disposición las partes deberán señalar si los trabajadores de la EST podrán utilizar el transporte y las instalaciones colectivas que existan en la usuaria, quedando al arbitrio de las partes el otorgamiento o negación de este derecho.

11. Otras cuestiones relevantes y valoración de la regulación en materia de externalización y cadenas de producción en su país.

En Chile, la Ley 20.760 introduce el año 2015 la figura del empleador común o complejo, según la cual, se podrá solicitar al tribunal competente que se declare que dos o más empresas, y sólo para efectos laborales y previsionales, sean declarados como un solo empleador cuando tengan una dirección laboral común, y concurren a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común. Cabe señalar que la sola circunstancia de participación en la propiedad de las empresas no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados en el inciso anterior.

Los efectos de esa declaración repercutirán sobre los derechos laborales individuales y colectivos. Respecto a los primeros, todas aquellas empresas declaradas como un solo empleador serán solidariamente responsables de las obligaciones laborales y previsionales. Por otro lado, en cuanto a derechos colectivos, los trabajadores podrán constituir uno o más sindicatos agrupen a trabajadores de la misma empresa o de

distintas empresas, o mantener sus organizaciones existentes; podrán, asimismo, negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador, o bien con cada una de ellas, sin estar sujetos a las limitaciones presenten en nuestra legislación respecto a la obligatoriedad de la negociación colectiva interempresa.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

CORTE SUPREMA. DIRECCIÓN DE ESTUDIO, ANÁLISIS Y EVALUACIÓN (2015) Sistematización de la doctrina establecida por la Corte Suprema en materia laboral a través de los recursos de unificación de jurisprudencia acogidos y rechazados entre los meses de enero de 2011 y agosto de 2014. Consultado en http://decs.pjud.cl/Documentos/Jurisprudencia/Unificacion_jurisprudencia_laboral.pdf

LIZAMA PORTAL, L. Y UGARTE CATALDO, J. L. *Subcontratación y Suministro de trabajadores*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2007.

SALA FRANCO, T. y otros (coord.), *La descentralización empresarial y la responsabilidad laboral en América Latina y España*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2010.

EXTERNALIZACIÓN Y CADENAS DE PRODUCCIÓN EN COLOMBIA

Diana María Gómez Hoyos
Profesora Derecho Laboral Universidad de La Sabana

Introducción

Hablar en Colombia de tercerización (subcontratación o externalización) no es fácil. El tema ha suscitado gran controversia en los últimos años y por ello la profusa regulación que trata de aclarar el asunto y de determinar en la práctica, cuándo son legítimas las figuras que la componen pues se discute si con su aplicación se desconoce el respeto a los derechos constitucionales y legales de los trabajadores. La confusión radica, y en grado sumo, en el entendimiento de los conceptos de tercerización del recurso humano (o talento humano) y tercerización de servicios o el *outsourcing*. La primera, se desarrolla a través de empresas de servicios temporales (EST); la segunda, se hace por contratistas independientes, cooperativas de trabajo asociado (CTA) y por medio del contrato sindical. Así mismo, existe la Agencia Pública de Empleo, las Agencias Públicas y Privadas de Gestión y Colocación de Empleo y las Bolsas de Empleo, que prestan servicio de intermediación.

Todas las figuras antedichas, son legales; la ilegalidad deviene al utilizarse trasgrediendo la normatividad: cuando existe un verdadero contrato de trabajo y se simula la presencia de un contrato que no es de trabajo (violación a los principios de estabilidad y de primacía de la realidad), o se atribuyen competencias exclusivas de otras figuras (por ejemplo: una CTA envía trabajadores en misión a un usuario).

La Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de las instituciones anteriores, “*como mecanismo legítimo para incentivar la creación de empleo*”. Pero también ha expresado que “*dichas herramientas no pueden ser utilizadas para mutar verdaderos contratos laborales y desconocer las prerrogativas mínimas reconocidas por el artículo 53 Superior*”¹⁰⁵.

Tenemos entonces¹⁰⁶ contratistas independientes: Código Sustantivo del Trabajo (CST), artículo 34 (modificado por el Decreto Legislativo 2351 de 1965, artículo 3); simple intermediario: CST, artículo 35; contrato sindical: CST, artículos 482 al 484; Empresas de Servicios Temporales (EST): Ley 50 de 1990, artículos 71 al 94, también reglamentados por el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C 593 del 20 de agosto de 2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰⁶ La normatividad citada puede consultarse en las siguientes páginas web oficiales: secretariassenado@gov.co; www.mintrabajo.gov.co

Trabajo¹⁰⁷); Cooperativas: Ley 79 de 1988; prohibiciones de las CTA: Ley 1233 de 2008, artículo 7; contratación de personal a través de CTA: Ley 1429 de 2010, artículo 63; inspección, vigilancia y control sobre la tercerización laboral: Decreto 583 de 2016¹⁰⁸ que adicionó el Decreto 1072, artículos 2.2.3.2.1 al 2.2.3.2.10; CTA: Decreto 1072, artículos 2.2.8.1.1 al 2.2.8.1.50; contrato sindical: Decreto 036 de 2016 que modificó el Decreto 1072 de 2015, artículos 2.2.2.1.16 al 2.2.2.1.32. Y finalmente, todo lo relacionado con el Servicio Público de Empleo, reglamentado por los artículos 2.2.6.1.2.1 al 2.2.6.1.2.43 del Decreto 1072.

Es tan complejo el maremágnum de normas, que se resalta lo siguiente: el artículo 63 de la Ley 1429, insistentemente se ha reglamentado; primero, por el Decreto 2025 de 2011. Luego se profiere el Decreto 2798 de 2013, posteriormente derogado por el Decreto 1025 de 2014 (artículo 1). La reglamentación vigente del artículo 63 es el Decreto 583, incorporado al Decreto 1072.

Actualmente, se estudia en el Ministerio de Trabajo otro nuevo proyecto de Decreto que reglamentaría el mencionado artículo 63, pues el sector empresarial y el sindical consideran que la redacción del Decreto 583 fue desafortunada y creó más confusiones. Y como si fuera poco, se radicó en el Congreso de la República en julio del año 2016, el Proyecto de Ley 009 por el cual se dictarían normas para suprimir y prohibir la contratación mediante CTA y demás normas de tercerización laboral.

Ahora bien; el informe estadístico del primer semestre de 2016 del Observatorio del Mercado Laboral de ACOSSET (Asociación Colombiana de Empresas de Servicios Temporales), señala que de enero a junio el promedio de trabajadores en misión fue de 507.900, verificándose que con respecto al mismo período de 2015, la cifra prácticamente se mantuvo¹⁰⁹. Por su parte, el Ministerio de Trabajo anunció que entre mayo y septiembre de 2016, impuso multas por \$ 87.231 millones de pesos por incumplimiento de normatividad laboral, especialmente por intermediación laboral

¹⁰⁷ Este Decreto compila normas reglamentarias preexistentes.

¹⁰⁸ El Decreto reglamenta los artículos 63 de la Ley 1429 de 2010 y 74 de la Ley 1753 de 2015. El artículo 63 dispone que el personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de CTA que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes. Y el artículo 74 sobre política nacional de trabajo decente, trata sobre la adopción de la política nacional de trabajo decente para promover la generación de empleo, la formalización laboral y la protección de los trabajadores de los sectores público y privado. El Gobierno nacional fijará reglas para garantizar que las empresas cumplan plenamente las normas laborales en los procesos de tercerización y que las actividades permanentes de las entidades públicas sean desarrolladas por personal vinculado a plantas de personal, con excepciones legales.

¹⁰⁹ <http://www.slideshare.net/jorgeaherrera963/informe-estadistico-primer-semestre-2016>

ilegal”¹¹⁰. En agosto de 2016, la Ministra de Trabajo presentó un informe a la OCDE en el que destacó la reducción de las CTA en los últimos 7 años. “Mientras que en 2008 operaban 2.279, en 2015 la cifra llegó a 316”¹¹¹.

1. ¿Es la descentralización productiva o subcontratación una forma lícita de organización de la producción?

El artículo 333 de la Constitución Política establece que “*la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común*”. Es así como la descentralización productiva o subcontratación son válidas en el país, manifestándose en diversas instituciones jurídicas.

Nuestro CST en su artículo 34 estipula que son contratistas independientes (verdaderos empleadores), “*las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva*”. A su vez, el artículo 35 define los simples intermediarios como las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. Por su parte, el artículo 482 del mismo Código precisa el contrato sindical como el celebrado por uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores¹¹² “*para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados*”.

Se puntualizan las CTA como “*organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general*” (Decreto 1072, artículo 2.2.8.1.3).

2. ¿Existen límites y/o prohibiciones a la descentralización productiva?

En cuanto a las EST, si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el artículo 2.2.5.6.7 del Decreto 1072 (consultar respuesta a pregunta 7) “*la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa*

¹¹⁰ <http://www.mintrabajo.gov.co/>

¹¹¹ <http://www.mintrabajo.gov.co/medios-agosto-2016/6296-avances-y-retos-laborales-llevo-colombia-a-ocde.html>

¹¹² En Colombia no existen sindicatos de empleadores, aunque el marco legal general sí está definido.

usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente EST, para la prestación de dicho servicio”.

Respecto a las CTA, éstas podrán contratar con terceros la producción de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, *“siempre que respondan a la ejecución de un proceso total en favor de otras cooperativas o de terceros en general, cuyo propósito final sea un resultado específico”*; o procesos parciales o por *“subprocesos, correspondientes a las diferentes etapas de la cadena productiva, siempre atados al resultado final”* (Decreto 1072, artículo 2.2.8.1.6).

3. La empresa principal que externaliza una parte o la totalidad de su producción, ¿mantiene alguna responsabilidad laboral o de Seguridad Social respecto los trabajadores de la empresa contratista? ¿Cuáles?

Acorde con el artículo 34 del CST, 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”*. Igualmente, el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las mismas condiciones anteriores, *“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”*.

Según jurisprudencia de la Corte Constitucional¹¹³, dos son las relaciones que consagra la norma, una entre la persona que encarga la ejecución de la obra o labor y la persona que la realiza (contrato de obra) y otra entre quien cumple el trabajo y los colaboradores que para tal fin utiliza (contrato de trabajo). El contratista independiente es un ejecutor; y además entre el contrato de obra y el de trabajo debe haber relación de causalidad, lo que significa que la obra pertenezca a las actividades normales o corrientes del beneficiario, porque si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra ese beneficiario, la acción solidaria¹¹⁴.

¹¹³ Las sentencias citadas de la Corte Constitucional, se pueden consultar en la página oficial www.corteconstitucional.gov.co

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C 593 del 20 de agosto de 2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia¹¹⁵ en igual sentido se ha pronunciado. No es suficiente que el contratista independiente cubra necesidad propia del beneficiario; es necesario que “*constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico*”¹¹⁶. En otro pronunciamiento advierte que el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, sin que se entienda que se le hace extensiva la culpa patronal al beneficiario¹¹⁷.

4. ¿Y en relación con la aportación a planes y fondos de pensiones?

Teniendo en cuenta el artículo 34 citado anteriormente, la solidaridad nace en caso de salarios, prestaciones e indemnizaciones.

En cuanto a las prestaciones sociales, se han definido como “*lo que debe el patrono [empleador] al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecida en el reglamento interno del trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono [empleador], para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma*”¹¹⁸.

Entonces, se incluyen los pagos cuya finalidad es cubrir los riesgos que eventualmente tenga el trabajador durante el desarrollo de su contrato de trabajo, tales como accidentes de trabajo y enfermedades laborales y los que están relacionados con pensiones y salud.

Respecto a los regímenes del sistema de seguridad social integral en pensiones, en el país existen el de prima media con prestación definida (RPM) y el de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Este último, es administrado por Fondos Privados de Pensiones.

Por lo tanto, se concluye que la solidaridad en el caso en comentario, se origina también cuando se trata de cotizaciones a Fondos Privados de Pensiones.

¹¹⁵ Las sentencias citadas de la Corte Suprema de Justicia pueden consultarse en la página oficial www.cortesuprema.gov.co

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 5 de febrero de 2014, radicación 38651. M. P. Gustavo Hernando López Algarra.

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 8 de junio de 2013, radicación 43996. M. P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 18 de julio de 1985.

5. ¿Existe la obligación legal de la empresa contratista de reconocer a sus trabajadores condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la empresa principal?

En Colombia no hay normatividad sobre el particular.

6. ¿En qué supuestos existe una descentralización productiva fraudulenta o cesión ilegal de trabajadores? ¿Qué consecuencias se derivan de esta situación?

Las controversias respecto al Decreto 583 son básicamente dos: las definiciones que confunden tercerización de servicios y tercerización del recurso humano y el hecho de que se insista que las actividades del beneficiario, cuando se trata de vinculaciones distintas a la contratación directa que él hace del trabajador, no deben ser misionales permanentes, para que puedan considerarse legales.

El Decreto 583 define la tercerización laboral como los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando se cumpla con las normas laborales.

Agrega que la tercerización laboral es ilegal cuando en una institución y/o empresa pública y/o privada coincidan dos elementos: Se vincula personal para desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de un proveedor y se vincula personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Beneficiario es la *“persona natural o jurídica que se beneficia directa o indirectamente de la producción de un bien o la prestación un servicio por parte de un proveedor”*. Y proveedor es la *“persona natural o jurídica que provee directa o indirectamente producción de bienes o servicios al beneficiario, bajo su cuenta y riesgo”*. El beneficiario y proveedor, dependiendo su naturaleza jurídica particular, puede ser cualquier tipo de modalidad contractual, social o cooperativa, pública o privadas, como también EST, sindicatos que suscriben contratos sindicales, agencias públicas de empleo, agencias privadas gestión y colocación de empleo, bolsas empleo, servicios de colaboración o manejo de recurso humano, contratistas independientes, simple intermediarios, etc. (artículo 2.2.3.2.1).

Se entienden como actividades misionales permanentes *“aquellas directamente relacionadas con la producción de los bienes o servicios característicos de la empresa, es decir las que son esenciales, inherentes, consustanciales o sin cuya ejecución se*

afectaría la producción de los bienes o servicios característicos del beneficiario” (artículo 2.2.3.2.1).

Dispone como elementos indicadores de tercerización ilegal¹¹⁹ entre otros: “1) *Que se contrató al proveedor para hacer las mismas o sustancialmente las mismas labores que se realizaban para el beneficiario y los trabajadores no fueron expresamente informados por escrito.* 2) *Que el proveedor tenga vinculación económica del beneficiario y no tenga capacidad financiera acorde con el servicio u obra que contrata.* 3) *Que el proveedor no tenga capacidad, de carácter administrativo o financiero, para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de sus trabajadores.* 4) *Que el proveedor no tenga la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que le sean contratados.* 5) *Que el proveedor no imparta las instrucciones de tiempo, modo y lugar para la ejecución de la labor de sus trabajadores, o no ejerza frente a ellos la potestad reglamentaria y disciplinaria, sin perjuicio de otras actividades de coordinación que sean necesarias por parte del beneficiario para el adecuado desarrollo del objeto del contrato.* 6) *Que el proveedor no realice el pago de los salarios y prestaciones legales y extralegales oportunamente o no cumpla con las obligaciones en materia de seguridad social.* 7) *Que el beneficiario fraccione o divida, mediante uno o más proveedores, a trabajadores afiliados a un sindicato inscrito o a trabajadores que hayan realizado la asamblea de constitución o la reunión inicial de constitución de un sindicato.* 8) *Que a los trabajadores que trabajaban para el beneficiario no se les otorguen por parte del proveedor iguales derechos a los que tenían cuando estaban contratados directamente por el beneficiario para el desarrollo de las mismas o sustancialmente las mismas actividades.* 9) *Que el beneficiario y el proveedor incurran en conductas violatorias de las normas laborales vigentes en la celebración o ejecución de la figura que los une” (artículo 2.2.3.2.3).*

Si los beneficiarios y proveedores incurren en las prohibiciones establecidas en el Decreto 583, serán multados hasta por cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes; si hay reincidencia, se aplicará la multa máxima (artículo 2.2.3.2.7). Y también se dispone la reducción de las sanciones “*que se aplicará en forma proporcional al porcentaje de trabajadores afectados en cada uno de los proveedores que el beneficiario sujeto a la sanción vincule a su planta en forma directa, mediante contratos que cumplan el principio constitucional de estabilidad en el empleo, en un máximo de veinte por ciento (20%) de su valor por cada año que se mantenga la*

¹¹⁹ No constituyen conductas sancionables por tercerización ilegal por sí mismos, sino elementos para orientar las investigaciones en actuaciones administrativas de autoridades en la identificación de conductas sancionables por tercerización ilegal.

relación laboral directa y hasta el cien por ciento (100%) de condonación de la misma luego del quinto año de vinculación”. De todas formas, las empresas investigadas “podrán siempre solicitar al Ministerio de Trabajo la posibilidad de suscribir un acuerdo de formalización laboral” (artículo 2.2.3.2.8).

Así mismo, según la Ley 1233, se prohíbe a las CTA actuar como empresas de intermediación laboral, o disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. Y cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las CTA, *“serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado”* (artículo 7). Si se incumple, se entenderá que el asociado es trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo (Decreto 1072, artículo 2.2.8.1.15).

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, si la EST contrata en casos distintos a los autorizados por el artículo 77 de la Ley 50 (consultar respuesta a la pregunta 7), o se excede el límite máximo de tiempo de la contratación, se considera fraudulenta la contratación y se entiende que la EST es un empleador aparente que oculta su calidad según el numeral 3 del artículo 35 del CST y por tanto el verdadero empleador es el usuario. La EST se considera un intermediario y en este caso se originaría la solidaridad entre ambas empresas¹²⁰. Se aplicaría el principio de primacía de la realidad.

7. ¿La contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está permitida en su país? ¿En qué supuestos?

Las EST contratan prestación de servicios con terceros beneficiarios *“para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador”* (Ley 50, artículo 71; Decreto 1072, artículo 2.2.6.5.2).

Conforme al artículo 77 de la Ley 50 (Decreto 1072, artículo 2.2.6.5.6), los usuarios de las EST sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos: *“1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo¹²¹. 2. Cuando se requiere reemplazar personal en*

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 22 de febrero de 2006, radicación 25717. M. P. Carlos Isaac Nader.

¹²¹ Trabajo de corta duración y no mayor de un mes, de labores distintas a las actividades normales del empleador.

vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más”.

8. ¿Existen supuestos o actividades económicas en los que la contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está prohibida?

Las EST no pueden prestar servicios a usuarias con las que tengan vinculación económica (Ley 50, artículo 80), ni a usuarios cuyos trabajadores se encuentren en huelga (Ley 50, artículo 89).

Según el artículo 2.2.6.5.10 del Decreto 1072 *“no podrán ejercer la actividad propia de las EST, las que tengan objeto social diverso al del artículo 71 de la Ley 50; las que no estén autorizadas por el Ministerio del Trabajo, como las que suministren alimentación o realicen labores de aseo, servicio de vigilancia y mantenimiento; tampoco CTA, Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o afines”.*

Además, el Ministerio de Trabajo *“no podrá autorizar el funcionamiento de empresas de servicios temporales cuando algunos de los socios, el representante legal, o el administrador hayan pertenecido, en cualquiera de estas calidades, a otra empresa de servicios temporales sancionada con suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento, dentro de los últimos cinco (5) años”* (Ley 50, artículo 90).

9. ¿Qué responsabilidades laborales y de Seguridad Social mantiene la Empresa de Trabajo Temporal respecto de los trabajadores cedidos a empresas usuarias? ¿Y la empresa usuaria?

Las EST están obligadas a constituir una póliza de garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, *“a favor de los trabajadores en misión, para asegurar el pago de sus salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, en caso de iliquidez de la Empresa de Servicios Temporales, la cual deberá depositarse en el Ministerio del Trabajo”* (Decreto 1072, artículo 2.2.6.5.11).

“Cuando el servicio se preste en oficios o actividades particularmente riesgosas, o los trabajadores requieran de un adiestramiento particular en cuanto a prevención de riesgos, o sea necesario el suministro de elementos de protección especial, en el contrato que se celebre entre la empresa de servicios temporales y el usuario se determinará expresamente la forma como se atenderán estas obligaciones. No obstante,

este acuerdo no libera a la empresa de servicios temporales de la responsabilidad laboral frente al trabajador en misión” (Ley 50, artículo 78).

Igualmente, las EST están obligadas a afiliar y a pagar los aportes parafiscales¹²² y los aportes a los Sistemas de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales (Decreto 1072, artículo 2.2.6.5.12).

Las EST, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, deben informar a la usuaria, sobre la afiliación y el pago de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, de los trabajadores en misión que han laborado durante el mes inmediatamente anterior. Si la EST no entrega la información o tiene inconsistencias, la usuaria deberá informar al Ministerio del Trabajo y/o a la Superintendencia Nacional de Salud, según sea el caso, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo. Si no lo hace, la usuaria será solidariamente responsable en el pago de los correspondientes aportes, así como en las consecuencias económicas y jurídicas que se deriven de la omisión, evasión o elusión (Decreto 1072, artículo 2.2.6.5.13).

El Decreto 1072 tiene toda una sección sobre riesgos laborales en las EST. Estas deben afiliar tanto a los trabajadores de planta como en misión, a la Administradora de Riesgos Laborales -ARL- (artículo 2.2.4.2.4.1). Las EST deben pagar las cotizaciones a la ARL de los trabajadores en misión (Decreto 1072, artículo 2.2.4.2.4.3); la cotización para los trabajadores de planta, según la clase de riesgo en que se encuentre clasificada la EST y para los trabajadores en misión, según la clase de riesgo en que se encuentre clasificada la empresa usuaria o centro de trabajo (artículo 2.2.4.2.4.4).

La EST es responsable de la seguridad y salud en el trabajo, de los trabajadores de planta y en misión (Decreto 1072, artículo 2.2.6.5.14), lo que se refiere a las *“lesiones y enfermedades causadas por las condiciones de trabajo y la protección y promoción de la salud de los trabajadores”* (Decreto 1072, artículo 2.2.4.6.3).

Las empresas usuarias deben incluir los trabajadores en misión dentro de su Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST, sin que se entienda que hay vínculo laboral entre la usuaria y el trabajador en misión (2.2.4.2.4.2).

¹²² SENA (Servicio Nacional de Aprendizaje), ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) y Caja de Compensación Familiar.

10. ¿Cómo se determinan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores contratados mediante Empresas de Trabajo Temporal y cedidos a empresas usuarias?

“Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación” (Ley 50, artículo 79; Decreto 1072, artículo 2.2.6.5.5).

Bibliografía

GÓMEZ HOYOS, D.M. “Alcances de la tercerización en Colombia en el marco de la libertad de empresa -tratamiento normativo y jurisprudencial-, y presentación de la figura en otros países Iberoamericanos y en Instrumentos Internacionales”. *Revista Derecho Social*, Diciembre de 2012, no. 63, pp 21-47.

ORJUELA ALBARRACÍN, L; SEGURA CASTAÑEDA, D; TOVAR REYES, S L. *Fraude al contrato de trabajo: análisis de las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

PÉREZ GARCÍA, M. *Contratación laboral, intermediación y servicios*. Legis, Bogotá, 2012.

Pronunciamientos judiciales

Corte Constitucional, sentencia T 173 del 14 de marzo de 2011. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, sentencia T 503 del 6 de agosto de 2015. M. P. María Victoria Calle Correa.

EXTERNALIZACIÓN Y CADENAS DE PRODUCCIÓN EN COSTA RICA

Alexander Godínez Vargas

Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Costa Rica

Coordinador Doctorado en Derecho de la Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica

Isabel C. Jaramillo Arango

Consultora en Derecho del Trabajo y Recursos Humanos

Introducción

Hoy tenemos que situarnos en la realidad que viven las empresas con motivo de la globalización y de los cambios que se han generado en los procesos productivos en aras de satisfacer las necesidades de los clientes y de la propia competencia. Uno de los aspectos más desafiantes que afrontan las empresas, es la opción de recurrir a la figura de la tercerización o outsourcing, mediante la cual se contrata servicios de un tercero confiándole el cumplimiento de actividades secundarias o principales, generales e incluso especializadas por medio de un contrato mercantil o civil. En sentido más amplio, se habla de externalización, descentralización o desconcentración productiva.

La posibilidad que brinda el mundo global y que ha empezado a introducirse tímidamente en las legislaciones nacionales latinoamericanas y en especial en la costarricense, permite que surja una relación comúnmente llamada “triangular”, entre la empresa principal o usuaria, que decide contratar mano de obra de terceros, el contratista y el trabajador de éste. Tres aspectos deben destacarse:

- La externalización de las actividades que hacen parte del ciclo productivo propio de la empresa, teniendo como consecuencia en algunos casos un fraccionamiento del proceso productivo.
- La contratación de empresas muy especializadas para el desarrollo y ejecución de las actividades encomendadas.
- El control de todo el proceso por parte de la empresa principal o usuaria.

La 85ª Conferencia Internacional del Trabajo celebrada por la OIT en el año 1996, tuvo como tema central la subcontratación, la cual se definió como *“toda situación en la que el trabajo es ejecutado por una persona que no es trabajador del empleador tal y como lo establece actualmente el derecho del trabajo, pero en condiciones de subordinación o dependencia muy próxima a lo que se concibe como un contrato de trabajo según la*

ley”. Para la OIT el trabajo en subcontratación puede presentarse de múltiples formas. La primera, es la subcontratación de bienes y servicios y la segunda la subcontratación de mano de obra. En la subcontratación de bienes y servicios, la empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios y ésta última se compromete a llevar el trabajo por su cuenta y riesgo y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. La segunda tiene por objetivo proveer de mano de obra por parte del subcontratista a la empresa usuaria o contratante, para lo cual le puede pedir que trabaje en sus locales junto con sus propios empleados o en otro lugar externo a la empresa.

Hoy el dinamismo que ha tenido la tercerización ha hecho que las formas tradicionales de los modelos de contratación laboral entren en crisis. La empresa tradicional ha tenido que acomodarse a las nuevas tendencias globales ajustando sus propios procesos productivos y empleando nuevas formas de contratación “atípicas” para afrontar los desafíos que la misma competencia impone en materia de costos e innovación en productos y servicios. Hoy la empresa ha echado mano de esta figura entre otras por las facilidades operativas que ofrece, el tener la posibilidad de determinar la continuidad o no del recurso humano que le brinda la empresa proveedora sin tener que justificar sus razones ni pagar indemnizaciones laborales y también por los bajos costos que la figura implica.

Se afirma que la empresa usuaria debe dedicarse a lo que realmente ella sabe hacer, lo que le permite aprovechar de una forma más eficaz sus propios recursos técnicos y humanos para lograr una mayor productividad; esto es un primer intento de obtener mayores ventajas en la concentración de las actividades propias de la empresa y la transferencia hacia terceros de las otras actividades que propiamente no se encuentran dentro del giro ordinario del negocio.

Estas nuevas formas de organización de la producción y del ciclo productivo, permite a las empresas evaluar cuáles de sus actividades serán asumidas por sus propios trabajadores en el ámbito del derecho laboral y cuáles de esas u otras actividades se las confían a un tercero, ya sea persona física o jurídica ajena a la empresa, en el ámbito del derecho comercial o mercantil y civil. La descentralización productiva implica un desprendimiento de las actividades por parte de la empresa principal o usuaria del servicio, respetando su propio proceso productivo, las cuales pueden en algunas circunstancias coincidir o no con el núcleo de las funciones principales y ordinarias de la empresa.

Adicionalmente, la empresa que terceriza los servicios debe tener en cuenta la importancia de esta decisión y crear un estricto control en la escogencia de la empresa proveedora. Entre otros, debe evaluar temas como: calidad, experiencia, solidez

financiera y económica, respeto al medio ambiente, respeto de los derechos humanos y laborales, etc. puesto que cualquier inconveniente que se le presente a la empresa proveedora puede afectar la imagen y reputación de la empresa usuaria, con consecuencias casi siempre negativas.

Desde el punto de vista del empleo, la tercerización conlleva en sí una competencia interna entre los trabajadores de la empresa usuaria y la empresa proveedora, ya que en la mayoría de los casos, los derechos de estos son muy inferiores a los trabajadores que están en la planilla de la empresa usuaria, trayendo en algunos casos insatisfacciones laborales que afectan la productividad de forma directa. La empresa proveedora en la mayoría de los casos generalmente tiene una capacidad económica menor a la empresa usuaria y no pueden ofrecer las mismas condiciones de trabajo y únicamente otorgan las consagradas en la ley.

En Costa Rica, el artículo 3 del Código de Trabajo establece la figura del Intermediario, como *“toda persona que contrata los servicios de otra u otras para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono”*. De modo que *“éste quedará obligado solidariamente por la gestión de aquél”* y *“serán considerados como patronos de quienes trabajen -y no como intermediarios- los que se encarguen, por contrato, de trabajos que ejecuten con capitales propios”*.

En consecuencia, si la empresa proveedora o prestadora del servicio tiene su propio capital y por así decirlo, actúa con una estabilidad económica y financiera, la ley no la toma como intermediaria; pero si por el contrario, no se actúa de esa forma, entonces se está ante la figura del intermediario asumiendo las consecuencias jurídicas que ello implica (Sentencia del Tribunal de Trabajo de San José, N° 562-2005, de las 18:25 hrs, del 07/12/2005).

1. ¿Es la descentralización productiva o subcontratación una forma lícita de organización de la producción?

En Costa Rica la libertad de empresa está consagrada en el artículo 46 de la Constitución política reformado por la Ley No. 7607 del 29 de mayo de 1996, el cual establece que: *“Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora (...)”*.

Sobre el contenido de esta libertad de empresa, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha expresado que la misma *“radica en el derecho de cada*

ciudadano de escoger libremente la actividad económica que desea desarrollar. Sin embargo, éste no es un derecho ilimitado, pues el Estado puede limitar dicha actividad por razones de orden público, la moral y la tutela de los derechos de terceros. Una vez que una persona escoge la actividad económica que desea desarrollar, debe ajustarse a los requisitos y lineamientos que el ordenamiento jurídico exige para llevar a cabo la actividad, siempre que estos requisitos superen el juicio de razonabilidad y proporcionalidad y que no hagan nugatorio el ejercicio del derecho fundamental (...)” (Voto N° 2010-8600, de las 15:08 hrs, del 12/05/2010).

A partir de este marco constitucional se concluye que no existe en el derecho costarricense norma que prohíba la descentralización productiva para aquellas empresas que se encuentran domiciliadas en Costa Rica. Es una forma válida y lícita que tiene el empresario de organizar de la mejor manera posible su proceso productivo. Las empresas pueden externalizar todo o parte su producción y contratarlo con otra (s) empresa (s) sean estas nacionales o extranjeras.

2. ¿Existen límites y/o prohibiciones a la descentralización productiva?

Como ya se advertía, no existe ningún límite o prohibición a la posibilidad del empresario de descentralizar todo o parte de su producción.

Por otra parte, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado “*que las normas constitucionales deben interpretarse de manera armónica, de tal forma que se compatibilicen bajo el mismo techo ideológico que las informa*”. Así, el artículo 28, párrafo segundo de la Constitución, dispone que “*Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley*”. En consecuencia, la libertad de comercio es susceptible de regulación por parte del Estado, siempre y cuando no llegue a traspasar los límites de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. En ese sentido, se crea así “*una verdadera <reserva constitucional> en favor del individuo a quien garantiza su libertad frente a sus congéneres, pero, sobre todo, frente al poder público*” (Voto N° 2010-8600, de las 15:08 horas, del 12/05/2010).

3. La empresa principal que externaliza una parte o la totalidad de su producción, ¿mantiene alguna responsabilidad laboral o de Seguridad Social respecto los trabajadores de la empresa contratista? ¿Cuáles?

El Código de Trabajo, en su artículo 3°, consagra la figura del intermediario, definiéndolo como toda persona que contrata los servicios de otra u otras para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono, sin tener capital propio. En estos

casos, tanto el patrono como el intermediario quedarán obligados solidariamente por la gestión de éste *“para los efectos legales que se deriven del presente Código, de sus Reglamentos y de las disposiciones de previsión social”*.

Por *“capital propio”* entiende la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, *“la existencia de una organización empresarial suficiente y autónoma”*. La sola configuración jurídica del contratista libera al beneficiario del suministro de mano de obra de la responsabilidad solidaria (Voto N° 2010-954, de las 14:12 hrs, del 30/06/2010).

Adicionalmente, existe una tendencia a considerar que adicionalmente a la existencia de capital propio, el direccionamiento de los trabajadores de la empresa proveedora por representantes de la empresa que se beneficia, o es usuaria de esos servicios, constituyen una injerencia indebida e injustificada que pueda terminar por declarar la existencia de un vínculo de subordinación jurídica entre el beneficiario y aquellos trabajadores y la responsabilidad solidaria y/o compartida entre ellas. En este contexto, en el evento de que la empresa proveedora incumpla con sus obligaciones laborales, puede de forma eventual la empresa usuaria tener que responder por dichas obligaciones.

El empleador –empresa usuaria o beneficiaria– responde solidaria y directamente ante el trabajador conjuntamente con la empresa intermediaria, por las prestaciones especiales que la normativa sobre riesgos de trabajo prevé, por haber incumplido su deber de aseguramiento. Las disposiciones contenidas en los artículos 221, párrafo segundo del Código de Trabajo y el 231 ibídem, deben interpretarse a favor del trabajador accidentado, situación que reafirma el numeral 232 ídem, al señalar *“al empleador como responsable directo ante el trabajador que haya sufrido un percance laboral, cuando no cuenta con el obligatorio aseguramiento, pues aunque establece la obligación de cualquier centro de asistencia hospitalaria de prestar los servicios médicos al accidentado, remite inmediatamente el costo de la asistencia al empleador. En múltiples ocasiones esta Sala ha subrayado que la obligación de quien ha omitido su deber de asegurar es de naturaleza solidaria”* (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 2012-362, de las 9:30 hrs, del 20/04/2012).

En este sentido, el artículo 31 de la Norma Técnica del Seguro de Riesgo del Trabajo (2014), disponen que el usuario o beneficiario de la empresa proveedora de mano de obra que contrata o sub-contrata un intermediario para realizar una actividad de cualquier índole, tiene el deber de velar por que éste también mantenga vigente su póliza de Riesgos del Trabajo y pague las primas que correspondan para amparar a sus trabajadores. Las primas que no hayan sido pagadas por el intermediario serán cargadas

al usuario o beneficiario, salvo que demuestre que el intermediario construye con capital propio, para lo cual deberá cumplir con dos requisitos: a) adjuntar a la “*Declaración de sub-contrato*” una copia certificada del contrato y Declaración Jurada en escritura pública donde el usuario o beneficiario y/o el intermediario manifiestan “*que este último construirá con capital propio, sin recibir ningún tipo de financiamiento ni adelantos del primero, aceptando que la obra contratada le será pagada en su totalidad una vez concluida la misma*”, y b) aportar copia del comprobante de pago realizado al intermediario.

Conforme al artículo 68 de la misma norma, cuando el reclamo del trabajador sea procesado como caso no asegurado, el Instituto Nacional de Seguros, que es la institución pública que administra el régimen de riesgos profesionales, tendrá el derecho de cobrar al intermediario y usuario o beneficiario de los servicios recibidos, todas las prestaciones otorgadas al lesionado y sus causahabientes, más los intereses, para lo cual tendrán un plazo máximo de 10 días hábiles para depositar las sumas adeudadas, contados a partir de la fecha de la respectiva notificación.

4. ¿Y en relación con la aportación a planes y fondos de pensiones?

La única norma que podría aplicarse es el artículo 51 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, que administra el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte, que dispone que las personas jurídicas, las entidades o colectividades que constituyan una “*unidad económica, dispongan de patrimonio y autonomía funcional, aunque estas últimas tengan o no personalidad jurídica, responderán solidariamente por las acciones o las omisiones violatorias de esta Ley, cometidas por los representantes en el ejercicio de sus funciones*”. No obstante, si entre el beneficiario o usuario de los servicios y las empresas proveedoras no existe una unidad económica, la responsabilidad solidaria es inaplicable.

5. ¿Existe la obligación legal de la empresa contratista de reconocer a sus trabajadores condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la empresa principal?

No existe ninguna obligación por parte de la empresa contratista de reconocer a sus trabajadores las condiciones laborales reconocidas a los trabajadores de la empresa principal.

6. ¿En qué supuestos existe una descentralización productiva fraudulenta o cesión ilegal de trabajadores? ¿Qué consecuencias se derivan de esta situación?

Como ya se ha expuesto, únicamente se regula la figura del intermediario, en cuyo caso, la consecuencia es la declaratoria de responsabilidad solidaria entre el beneficiario o usuario de los servicios y las empresas proveedoras, respecto de las obligaciones en beneficio de los trabajadores de estas últimas.

7. ¿La contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está permitida en su país? ¿En qué supuestos?

No existe ninguna norma que regule las Empresas de Trabajo Temporal. En la práctica, si existen este tipo de empresas y la empresa usuaria puede contratar con una Empresa de Trabajo Temporal para que le ceda trabajadores para realizar tareas que se encuentren o no dentro de su giro ordinario de negocios, también para atender todo tipo de necesidades, bien sean permanentes o transitorias.

8. ¿Existen supuestos o actividades económicas en los que la contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está prohibida?

No existen supuestos o actividades en los que la contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal esté prohibida. Han existido casos en los que el Gobierno contrata esquirols durante la huelga en los servicios públicos. Aunque se ha intentado legalizar esta práctica, no existe norma que lo regule. En todo caso, se trata de una práctica contraria al Convenio núm.87 de la OIT.

9. ¿Qué responsabilidades laborales y de Seguridad Social mantiene la Empresa de Trabajo Temporal respecto de los trabajadores cedidos a empresas usuarias? ¿Y la empresa usuaria?

La Empresa de Trabajo Temporal si actúa como un contratista mantiene su responsabilidad laboral y de Seguridad Social respecto del trabajador cedido. Si la Empresa de Trabajo Temporal actúa como un simple intermediario, la empresa usuaria responderá de forma solidaria con la Empresa de Trabajo Temporal, frente a las obligaciones de laborales y de Seguridad Social de los trabajadores cedidos.

10. ¿Cómo se determinan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores contratados mediante Empresas de Trabajo Temporal y cedidos a empresas usuarias?

No existe norma que obligue a las Empresas de Trabajo Temporal a otorgar determinadas condiciones de trabajo a sus trabajadores, lo que estas empresas están obligadas únicamente es a cumplir las leyes de orden público que contemplan los derechos laborales de los trabajadores.

11. Otras cuestiones relevantes y valoración de la regulación en materia de externalización y cadenas de producción en su país.

Existe en la actualidad un proyecto en la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa denominado “*Ley de Solidaridad Laboral en casos de Subcontratación o Tercerización de Servicios*” (Expediente N° 19,772). La iniciativa tiene por motivación que: “*El trabajador que presta servicios a una empresa en la cual esta no es su patrono sino que depende de un vínculo laboral con la empresa subcontratada, se encuentra en una situación de eventual desprotección si esta última incumple sus obligaciones laborales*”.

En razón de lo anterior, se propone establecer un vínculo de solidaridad legal entre la empresa contratante y la empresa contratista hacia el trabajador, a fin de que ambos respondan de manera solidaria, ante eventuales incumplimientos de obligaciones de carácter laboral.

Asimismo, dado el vacío normativo en el Código de Trabajo en tal sentido, se propone incorporar la figura del subcontratista como parte de los sujetos de la relación laboral, “*en el caso de aquella persona física o jurídica que en virtud de un vínculo contractual, se dedica a poner a la orden de un tercero, persona física o jurídica, trabajadores bajo su cuenta y riesgo, manteniendo su relación laboral con estos, con el fin de que los mismos presten servicios principales o accesorios en la organización de la empresa contratante*”.

EXTERNALIZACIÓN Y CADENAS DE PRODUCCIÓN EN MÉXICO

Alfredo Sánchez-Castañeda
Coordinador del Área de Derecho Social
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Introducción

Las nuevas tecnologías permiten reducir el tamaño de la empresa, al delegar porciones y etapas del proceso productivo a terceros.¹²³ Esto rompe con la tradicional relación laboral entablada, por lo general, mediante un contrato de trabajo entre un trabajador, que brinda sus servicios, y un empleador que los recibe, aprovecha y remunera. La subcontratación es un medio por el cual una empresa beneficiaria contrata a una o más empresas para que presten un servicio o hagan parte del proceso de su producción.

Surgen así, formas de prestación del trabajo que incorporan a un tercero, y generan relaciones trilaterales o triangulares: un trabajador, un empleador formal que lo remunera y una empresa que es la destinataria del servicio o producto, a la que suele denominarse *usuaria o principal*.

La subcontratación ha implicado el desmantelamiento del modelo tradicional de organización del trabajo permanente y directo en una empresa.¹²⁴ Hoy en día una compañía, en el mejor de los casos, conserva una actividad que considera principal y delega a otra empresa u otras empresas los trabajos o servicios considerados como secundarios o no principales.¹²⁵

Hay numerosas denominaciones para las relaciones triangulares: contratas y subcontratas, enganche, colocación, tercerización, *outsourcing*, descentralización, trabajo en régimen de subcontratación, interposición, etc. Así mismo, existen diversas clasificaciones. La OIT, por ejemplo, elaboró una de las primeras que distingue entre subcontratación de producción de bienes y servicios, y de mano de obra.

En el contexto mexicano, la subcontratación sigue generando desconfianza, ya que suele quitar el trabajo a trabajadores de una empresa para dárselo a otros, a quienes se les

¹²³Supiot, Alain, *Au-delà de l'emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Francia, Flammarion, 1999.

¹²⁴Morin, Marie Laure, "Crise de la société salariale et transformation des relations contractuelles de travail", in *Travail activité emploi, nouvelles formes nouvelles règles*, La Documentation Française, 1998; Morin, Marie Laure, « Le droit du travail faceaux nouvelles formes d'organisation des entreprises », *Revue Internationale du travail*, 2005, Vol 144/1, p. 5-30.

¹²⁵*op.cit.*

suele pagar menos y contar con condiciones de trabajo inferiores. Desde la perspectiva de los trabajadores, la subcontratación puede implicar empleos precarios, es decir, de mala calidad y remuneración baja, además de ausencia de sindicato.

1. ¿Es la descentralización productiva o subcontratación una forma lícita de organización de la producción?

En México la subcontratación ha sido agregada al ordenamiento jurídico laboral nacional mediante la reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012. Esta noción ya se mencionaba en la Ley del Seguro Social e indirectamente ya la venía abordando la jurisprudencia, pero no aparecía regularizada en la LFT. Actualmente, la LFT, en su artículo 15-A, define esta figura jurídica como: *“el medio por el cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con trabajadores bajo su dependencia, en favor de un contratante (persona física o moral), quien fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas”*.

2. ¿Existen límites y/o prohibiciones a la descentralización productiva?

En México existen condiciones especiales en la legislación laboral para que pueda presentarse la subcontratación en las relaciones de trabajo. El artículo 15-A (LFT) establece que no se puede subcontratar la totalidad de actividades de una empresa. Dicho de otra manera, la LFT prohíbe que una empresa encargue *todas* sus actividades a una contratista.

3. La empresa principal que externaliza una parte o la totalidad de su producción, ¿mantiene alguna responsabilidad laboral o de Seguridad Social respecto los trabajadores de la empresa contratista? ¿Cuáles?

De conformidad con el artículo 15 de la LFT en las empresas en que se ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes, se observarán las normas siguientes:

- a) La empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores; y
- b) Los trabajadores empleados en la ejecución de las obras o servicios tendrán derecho a disfrutar de condiciones de trabajo proporcionadas a las que disfruten los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria. Para determinar la proporción, se tomarán en consideración las diferencias que existan en los salarios mínimos que rijan en el área geográfica de aplicación en que se

encuentren instaladas las empresas y las demás circunstancias que puedan influir en las condiciones de trabajo.

De acuerdo con el artículo 15-A, una empresa no puede tener a sus propios trabajadores haciendo lo mismo que los trabajadores del contratista. Lo prudente será verificar que no existan coincidencias en tareas “iguales o similares” entre los trabajadores de la contratante y la contratista; esta igualdad podría verificarse en varios rubros, como tipo y duración de contrato, horarios, salario, lugar de trabajo, pero ante todo, el objeto de los contratos de trabajo y las actividades a realizar.

Cabe señalar que la LFT no precisa el tipo de responsabilidad que tiene el empleador que subcontrata (artículo 15-A). La manera como ahora se regula este tema tiene un alto grado de ambigüedad, pero si se hace una interpretación en función del principio *pro operario*, deberá adoptarse la responsabilidad solidaria.

Una de las estrategias que asumió el Gobierno mexicano fue proponer una reforma a la Ley del Seguro Social, con la cual busca encuadrar jurídicamente este tipo de situaciones y regularlas de manera adecuada. La idea que motivó estas reformas fue captar y “capturar” a quienes basados en esquemas de subcontratación afectan las finanzas del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), organismo encargado de otorgar seguridad social a los trabajadores sujetos a una relación de subordinación. Se buscaba combatir así a quienes evaden sus contribuciones sociales o a los que tratan de disminuir artificialmente las primas de riesgo, buscando realizar pagos más bajos a los que deberían realizar.

Las reformas vieron la luz el jueves 9 de julio de 2009 cuando se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por medio del cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social, en ellas se intenta establecer un nuevo marco jurídico que involucra a las empresas que participan en un esquema de subcontratación.

La reforma ofrece con cierta ambigüedad las alternativas para que el patrón (en este caso el beneficiario de los servicios) se desentienda de los compromisos laborales, ya que permite que la empresa de subcontratación asuma, en su nombre, el papel de patrón por lo menos frente a la seguridad social.

De igual manera, esta reforma ha sido presentada con un mecanismo que incorpora cierta responsabilidad solidaria entre la empresa que se beneficia de los servicios y aquella que se los proporciona; lo cierto es que estamos más bien ante el reconocimiento de una responsabilidad subsidiaria.

La diferencia es importante, ya que en el primer caso, la solidaridad implica la posibilidad de reclamar y demandar un derecho, de manear indistinta, a cualquiera de las empresas involucradas, es decir, tanto a la empresa de subcontratación como a la que se beneficia de sus servicios siendo, codeudores. Esta es la manera como en principio parecía haber concebido la responsabilidad el legislador en la LFT en sus primeros artículos. Mientras que en el caso de la responsabilidad subsidiaria, existe la posibilidad de reclamar un derecho, pero primero a una empresa, y en caso de que ésta no pueda, por diversas razones, hacer frente a sus compromisos, se procedería a reclamar a la otra empresa que se ha beneficiado de los servicios, idea que se aleja de los esquemas previstos en la legislación laboral. De esta manera en el esquema que plantea esta reforma a la ley del IMSS, se protege y deja a salvo, por lo menos en un primer momento a la empresa beneficiaria, y se pone en primer lugar a la empresa de subcontratación como sujeto a demandar el cumplimiento de obligaciones.

Sin embargo, al respecto resalta la reciente resolución de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que declaró la constitucionalidad del artículo 15-A de la Ley del Seguro Social, reformado el 9 de julio de 2009, en el que se establece que en la contratación de trabajadores para un patrón, en la que participa un intermediario laboral, ambos son responsables solidarios en el cumplimiento de las obligaciones de seguridad social.¹²⁶

4. ¿Y en relación con la aportación a planes y fondos de pensiones?

En la legislación laboral mexicana no se especifica para el régimen de subcontratación las obligaciones de Seguridad Social. En ese sentido, no importa el tipo de contrato que tenga un trabajador, ya que en todos los casos se tiene que pagar las contribuciones a la seguridad social, la cual comprende los siguientes seguros: I. Riesgos de trabajo; II. Enfermedades y maternidad; III. Invalidez y vida; IV. Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez; y V. Guarderías y prestaciones sociales.

Por otro lado, la LFT establece el mínimo de obligaciones que debe observar el contratante como son:

- 1) *“El contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los servicios y un contratista, deberá celebrarse por escrito”* (artículo 15-B).

¹²⁶ EN OUTSOURCING, PATRÓN E INTERMEDIARIO SON RESPONSABLES SOLIDARIOS EN CUMPLIMIENTO DE DEBERES DE SEGURIDAD SOCIAL. México D. F., 27 de Octubre de 2010. <http://www.scjn.gob.mx/MediosPub/Noticias/2010/Paginas/27-October-2010L2.aspx>. Consultado el 2 de noviembre de 2010.

- 2) *“La empresa contratante deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato citado en el inciso que antecede, que la contratista cuente con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores”* (artículo 15-B).
- 3) *“La empresa contratante de los servicios debe cerciorarse permanentemente que la empresa contratista, cumple con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, respecto de los trabajadores de la contratista”* (artículo 15-C).

No obstante, esta idea se ve complementada con otras obligaciones a cargo de los contratantes quienes deberán informar al IMSS trimestralmente diversas características de contratos como los antes señalados, como quienes los suscriben, registros de identificación fiscal, datos de las actas constitutivas, de ser el caso, representantes legales, objeto del contrato, vigencia, número de trabajadores involucrados en el contrato, etc.; así como, la precisión de las empresas con cuyos servicios se están beneficiando. De esta manera la reforma intenta lograr su finalidad por lo que toca al IMSS, al establecer con claridad a quien le reclamaría el pago de las cuotas, ya que será el beneficiario de los servicios de subcontratación quien tendrá que pagar si la empresa de subcontratación no lo hizo, aunque este reclamo de pago procederá una vez que el IMSS haya hecho la notificación correspondiente a la empresa de subcontratación y ésta no se hubiera atendido tal requerimiento.

Como puede verse, si bien se avanza hacia el cumplimiento de obligaciones patronales, como el pago de cuotas al IMSS, se trata también del reconocimiento de la empresa de subcontratación como “patrón”, lo cual abona a la gran confusión que este esquema ha venido planteando desde siempre. De esta manera podremos tener casos en donde una empresa podrá ser considerada como patrón o no, dependiendo del espacio jurídico que se considere. Como señalan algunos contadores públicos con esta reforma nace el concepto de “patrón del *outsourcing*” y “patrón beneficiario del *outsourcing*”, lo cual puede ser muy funcional para ellos, sin embargo a la legislación laboral aún no llegan a este tipo de sutilezas. Así mismo y concretamente, en el caso de la reforma al artículo 15-A hay algunos fiscalistas que la han tachado de inconstitucional, imprecisa e inexacta.¹²⁷

Se adiciona el párrafo segundo del artículo 75, por el que se busca hacer las precisiones del tema para efectos de la clasificación en el seguro de riesgos de trabajo, con la finalidad de contar con una adecuada clasificación de los trabajadores en el IMSS.

¹²⁷ Cfr. Díaz González L.R. “Crítica a la reforma de la Ley del seguro Social en materia de combate al *outsourcing*”, *Prontuario de Actualización Fiscal (PAF)*, no. 480, México octubre 2009, p.85-90.

5. ¿Existe la obligación legal de la empresa contratista de reconocer a sus trabajadores condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la empresa principal?

La LFT utiliza el vocablo “permanentemente” en el artículo 15-C, cuando establece la obligación de la empresa beneficiaria de cerciorarse que la empresa contratista cumple con sus obligaciones laborales y de seguridad social respecto a los trabajadores a su cargo; quiere decir que debe cerciorarse no sólo al inicio de su relación contractual, sino durante toda la vigencia de ésta, aunque no se aclara cuántas veces o cada cuándo habrá de hacerlo, lo que genera inseguridad jurídica para la empresa beneficiaria.

6. ¿En qué supuestos existe una descentralización productiva fraudulenta o cesión ilegal de trabajadores? ¿Qué consecuencias se derivan de esta situación?

La ley no permite la subcontratación cuando se transfieran de manera intencional trabajadores de la contratante a la subcontratista, con el fin de disminuir derechos laborales (artículo 15-D). Quien realice este tipo de subcontratación dolosa, se le puede imponer una multa de 250 a 5000 veces el salario mínimo general (artículo 1004-C). Al respecto habría que preguntarse si a partir de la entrada en vigor de las reformas a la LFT, la transferencia deliberada de trabajadores, vía subcontratación, dentro de un grupo de empresas podría ser considerada como subcontratación dolosa si con ello se busca o trae como consecuencia la disminución de derechos laborales.

7. ¿La contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está permitida en su país? ¿En qué supuestos?

El suministro de personal puede entenderse como la disposición de personal de una empresa para otra, mediante el pago de un precio determinado, reteniendo la primera la calidad de patrón.

La legislación laboral suele regular dos variantes de relaciones triangulares. Por un lado, la ejecución de obras y la prestación de servicios. Por otro, el suministro de personal mediante contratos comerciales, identificando quién es el empleador y cuáles son las obligaciones del trabajador y de los empleadores. Tal distinción no es clara en la legislación mexicana, pero en los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC) sí se ha manifestado al respecto. Los TCC han señalado que en un despido, si el patrón se excepciona manifestando que no existe relación laboral con él, sino un contrato civil de suministro, en virtud del cual un tercero le proporciona trabajadores y lo libera de cualquier obligación de carácter laboral, dicha excepción resulta improcedente (no. de registro: 179 047. Tesis aislada).

8. ¿Existen supuestos o actividades económicas en los que la contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está prohibida?

La ley no permite la subcontratación cuando se transfieran de manera intencional trabajadores de la contratante a la subcontratista, con el fin de disminuir derechos laborales (artículo 15-D LFT).

9. ¿Qué responsabilidades laborales y de Seguridad Social mantiene la Empresa de Trabajo Temporal respecto de los trabajadores cedidos a empresas usuarias? ¿Y la empresa usuaria?

Como se señaló en la pregunta 2 y 4, las responsabilidades en materia de Seguridad Social están a cargo del contratista (*Empresa de Trabajo Temporal*), sin embargo, en caso de incumplimiento, la obligación será cedida al contratante (*empresa usuaria*).

10. ¿Cómo se determinan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores contratados mediante Empresas de Trabajo Temporal y cedidos a empresas usuarias?

Se establece en la LFT que la empresa contratante deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato que la contratista cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores, así como de las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, respecto de los trabajadores de esta última.

Lo anterior, podrá ser cumplido a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables.

11. Otras cuestiones relevantes y valoración de la regulación en materia de externalización y cadenas de producción en su país

En materia de externalización laboral hay cuestiones relevantes que merecen atención por parte de los legisladores, de los patrones y de los mismos trabajadores.

Uno de estos asuntos se refiere a la participación en las utilidades de las empresas (PTU), la LFT en su artículo 16, insiste en que es ilegal excluir del reparto a trabajadores de un establecimiento. El nuevo artículo 127 de la LFT agrega una fracción (IV bis) que dice: “*Los trabajadores del establecimiento de una empresa forman parte de ella, para efectos de la participación en las utilidades*”. La nueva redacción podría dar lugar a pensar en una PTU “consolidada”, la cual se aplicaría a una empresa que

pertenezca a un grupo de empresas y, en ese sentido, el posible objeto de la subcontratación dolosa (evadir el pago de PTU) no tendría lugar o resultaría inoperante si una empresa pertenece a un grupo de empresas.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aclarado la frontera entre los servicios profesionales y la subordinación. Al señalar que no importa que las partes celebren un contrato de servicios profesionales para que se considere que por ese simple hecho que no existe subordinación laboral: *“Si un profesionista presta regularmente sus servicios a una persona mediante una retribución convenida pero, además existe una subordinación consistente en desempeñar el profesionista sus actividades acatando las órdenes de quien solicitó sus servicios, en forma y tiempo señalados por éste, es de concluirse que la relación existente es de naturaleza laboral y no civil, aun cuando en el documento en que se hizo constar el contrato celebrado, se le hubiera denominado a éste “de prestación de servicios”*.¹²⁸

Por otro lado, en tesis aislada se han señalado los requisitos para que se pueda acreditar la prestación de servicios profesionales: *“No basta la prestación de un servicio personal y directo de una persona a otra para que se dé la relación laboral, sino que esa prestación debe reunir como requisito principal la subordinación jurídica, que implica que el patrón se encuentra en todo momento en posibilidad de disponer del esfuerzo físico, mental o de ambos géneros, del trabajador según la relación convenida; esto es, que exista por parte del patrón un poder jurídico de mando correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio; esa relación de subordinación debe ser permanente durante la jornada de trabajo e implica estar bajo la dirección del patrón o su representante; además, el contrato o la relación de trabajo se manifiesta*

¹²⁸ Profesionistas, características de la relación Laboral. No. Registro: 242,864 Jurisprudencia. Materia(s): Laboral. Séptima Época. Instancia: Cuarta Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 163-168 Quinta Parte Tesis: Página: 65. Genealogía: Informe 1981, Segunda Parte, Cuarta Sala, tesis 294, página 216.. Informe 1982, Segunda Parte, Cuarta Sala, tesis 18, página 18. Apéndice 1917-1985, Quinta Parte, Cuarta Sala, tesis 222, página 206. Apéndice 1917-1995, Tomo V, Primera Parte, tesis 394, página 262. Séptima Época, Quinta Parte: Volumen 10, página 52. Amparo directo 1455/69. Abel Porras Rodríguez. 9 de octubre de 1969. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ramón Canedo Aldrete. Volúmenes 145-150, página 48. Amparo directo 1222/81. Higinio Vargas Real. 29 de junio de 1981. Cinco votos. Ponente: David Franco Rodríguez. Secretario: Fernando López Murillo. Volúmenes 157-162, página 74. Amparo directo 1291/81. Vidal Gallardo Xelo. 27 de agosto de 1981. Cinco votos. Ponente: David Franco Rodríguez. Secretario: Fernando López Murillo. Volúmenes 157-162, página 43. Amparo directo 6383/81. José María Díaz de León. 15 de marzo de 1982. Cinco votos. Ponente: Juan Moisés Calleja García. Secretaria: Carolina Pichardo Blake. Volúmenes 163-168, página 35. Amparo directo 1943/81. Luis Raúl Estrada Gallegos. 19 de julio de 1982. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan Moisés Calleja García. Secretaria: Carolina Pichardo Blake. Nota: En el Semanario Judicial de la Federación, la referencia de los Volúmenes 145-150 del amparo directo 1455/69 es incorrecta, por lo que se corrige, como se observa en este registro.

generalmente, al través de otros elementos como son: la categoría, el salario, el horario, condiciones de descanso del séptimo día, de vacaciones, etcétera, elementos que si bien no siempre se dan en su integridad ni necesita acreditar el trabajador tomando en consideración lo que dispone el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo, sí se dan en el contrato ordinario como requisitos secundarios. Por tanto, no es factible confundir la prestación de un servicio subordinado que da origen a la relación laboral regulada por la Ley Federal del Trabajo con el servicio profesional que regulan otras disposiciones legales; en aquél, como ya se dijo el patrón da y el trabajador recibe órdenes precisas relacionadas con el contrato, dispone aquél dónde, cuándo y cómo realizar lo que es materia de la relación laboral, órdenes que da el patrón directamente a un superior jerárquico representante de dicho patrón, y en la prestación de servicios profesionales el prestatario del mismo lo hace generalmente con elementos propios, no recibe órdenes precisas y no existe como consecuencia dirección ni subordinación, por ende no existe el deber de obediencia ya que el servicio se presta en forma independiente, sin sujeción a las condiciones ya anotadas de horario, salario y otras.”¹²⁹

En otra tesis aislada, se señala lo siguiente: *“Si el actor convino con los demandados, cuando éstos acudieron a su taller a solicitarle sus servicios, en fabricarles diversos productos de herrería, a diferentes precios, de ello se deduce que el importe de éstos no constituye una contraprestación por trabajos personales subordinados, menos aún porque se probó que el herrero cuenta con una fuente de trabajo propia, y si a esto se agrega que no hay constancia en autos de que el material empleado, las herramientas y útiles para el desempeño de sus actividades, le hubieran sido proporcionadas por su contraparte, resulta lógico estimar que ejecutó dichas actividades en forma independiente y, en consecuencia, que no hubo subordinación del actor hacia los demandados en la prestación de tales servicios, por lo que el nexo jurídico que existió entre ambas partes no fue laboral, a la luz del artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo.”¹³⁰*

¹²⁹ Amparo directo 1998/85. Telésforo Solís Caudillo. 13 de octubre de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretario: Emiliano Hernández Salazar. No. Registro: 248,087. Tesis aislada. Materia(s): Laboral. Séptima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación 205-216 Sexta Parte. Tesis: Página: 422. Genealogía: Informe 1986, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 26, página 285.

¹³⁰. Amparo directo 558/92. Israel de J. Torres Palominos. 12 de abril de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Joel González Jiménez. Secretario: Epicteto García Báez. No. Registro: 216,042. Tesis aislada. Materia(s): Laboral. Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación XII, Julio de 1993. Tesis: XI.10.55 L. Página: 287. Nota: En el Semanario Judicial de la Federación, dentro del texto de la tesis aparece la expresión "(...) de ello se deduce que el importe de éstos constituye una contraprestación por trabajos personales subordinados, (...)”, la cual se corrige como se observa en este registro, con apoyo en el libro maestro respectivo

En otra tesis relativa a las características de la relación laboral de un profesionista se ha sostenido que: *“Si un patrón se excepciona argumentando que la relación que tenía con el demandado era de carácter civil, porque éste aplicaba libremente su criterio para realizar su trabajo, no es suficiente probar tal argumento para absolversele en razón de que el vínculo contractual no puede particularizarse en atención a la naturaleza de los servicios que se prestan y por ello ni el trabajo intelectual, ni el desarrollado por aplicación de conocimientos científicos pueden quedar excluidos de los beneficios que concede el artículo 123 constitucional; por ende, si existe una relación con horario fijo permanente, de prestación de servicios profesionales, y estos se retribuyen con un sueldo, el profesionista adquiere el carácter de trabajador conforme al precepto invocado. Por otra parte, debe decirse que podrá faltar la dirección técnica dada la naturaleza de dichos servicios, pero basta con la posibilidad jurídica de que el patrón pueda en un momento disponer de la energía de trabajo para que se configure la relación laboral, independientemente de que en el documento donde se hizo constar tal situación se le hubiera denominado en otra forma, lo que prevé el artículo 20 de la ley laboral”*.¹³¹

Finalmente, en una jurisprudencia se señala que no es la denominación que las partes le den a un contrato lo que determina la naturaleza de los servicios prestados: *“Si el demandado niega la existencia de la relación de trabajo y se excepciona diciendo que se trata de una prestación de servicios profesionales, y ofrece en el juicio un contrato en el que se especifica ese hecho, debe estudiarse el referido documento conjuntamente con el resto del material probatorio para determinar la naturaleza de la relación entre las partes y si de ese análisis se desprenden las características propias de un vínculo laboral, como lo es la subordinación, éste debe tenerse por acreditado, pues no es la denominación que las partes le den a ese contrato lo que determina la naturaleza de los servicios prestados.”*¹³²

¹³¹ Profesionista, relación laboral, características. Quinto tribunal colegiado en materia de trabajo del primer circuito. Amparo directo 4985/87. Colegio Nacional de Educación Profesional Técnica. 26 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Barredo Pereira. Secretario: Vicente Angel González. No. Registro: 800,285. Tesis aislada. Materia(s): Laboral. Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. I, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1988. Tesis. Página: 515.

¹³² Relación laboral. Hipótesis en que un contrato de prestación de servicios profesionales ofrecido por el demandado no acredita la naturaleza de una relación diversa a la laboral. sexto tribunal colegiado en materia de trabajo del primer circuito. Amparo directo 1536/2006. Servicio de Transportes Eléctricos del Distrito Federal. 9 de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Carolina Pichardo Blake. Secretaria: Cecilia Ruiz Morales. Amparo directo 1426/2007. María Eugenia Carmona Jara. 8 de marzo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Carolina Pichardo Blake. Secretario: José Luis Reyes Torres. Amparo directo 391/2008. Instituto Politécnico Nacional. 15 de mayo de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Carolina Pichardo Blake. Secretaria: Sandra Iliana Reyes Carmona. Amparo directo 493/2008. Instituto Politécnico Nacional. 12 de junio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Carolina Pichardo

Del mismo modo, la figura del mandato y subordinación se vinculan con las relaciones triangulares de trabajo en la prestación de servicios personales y la facultad del patrón para mandar y dirigir, sin embargo, no puede considerarse que tiene el carácter de trabajador, pues es claro que, siendo perito en la materia, su actividad no está dirigida, organizada, fiscalizada y disciplinada por el mandante.¹³³

Igualmente, las relaciones triangulares de trabajo pueden hacer uso de la figura de comisión mercantil, en donde una parte, a través de dicha figura estable un vínculo jurídico con otra, que dependiendo de las características del mismo, podría ser de índole laboral y no mercantil.¹³⁴

Así mismo, en materia de suministro de mano de obra, los TCC han sostenido que en el caso de un despido, si el patrón se excepciona manifestando que no existe relación laboral con él, sino un contrato civil de suministro en virtud del cual un tercero le proporciona trabajadores y lo libera de cualquier obligación de carácter laboral, dicha excepción resulta improcedente.¹³⁵

Es interesante constatar cómo las empresas que ofrecen servicios de subcontratación han recurrido a formas jurídicas varias, tales como las sociedades cooperativas,

Blake. Secretario: José Luis Reyes Torres. Amparo directo 207/2009. Laura Azucena González Ambrosio. 2 de abril de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Carolina Pichardo Blake. Secretario: Augusto Santiago Lira. No. Registro: 166,572. Jurisprudencia. Materia(s): Laboral. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXX, Agosto de 2009. Tesis: I.6o.T. J/96. Página: 1479.

¹³³ Mandato, subordinación inexistente en el amparo directo 6080/71. Fernando G. Coronado. 11 de agosto de 1972. Cinco votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. No. Registro: 244,294. Tesis aislada. Materia(s): Laboral, Civil. Séptima Época. Instancia: Cuarta Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 44 Quinta Parte. Tesis: Página: 35

¹³⁴ Contratos de trabajo y de Comisión Mercantil. criterio para determinar su naturaleza jurídica. tercer tribunal colegiado del sexto circuito. Amparo directo 405/88. Refrescos de Puebla, S.A. de C.V. 16 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretario: José de Jesús Echegaray Cabrera. N° Registro: 800,043. Tesis aislada. Materia(s): Laboral, Civil. Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. II, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1988. Tesis. Página: 191.

¹³⁵ “*despido injustificado. si el patrón se excepciona manifestando que no existe relación laboral con él, sino un contrato civil de suministro por virtud del cual un tercero le proporciona trabajadores y lo libera de cualquier obligación de carácter laboral en relación con aquél, dicha excepción resulta improcedente*”. No. Registro: 179,047. Tesis aislada. Materia(s): Laboral. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXI, Marzo de 2005. Tesis: I.9o.T.191 L. Página: 1112 NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 11589/2004. Keyla Castillo González. 12 de enero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Emilio González Santander. Secretario: José Roberto Córdova Becerril.

sociedades en nombre colectivo, integradoras e integradas, sindicatos y uniones, entre otras, con el fin de evadir sus obligaciones laborales, entre ellas, el reparto de utilidades.

Bibliografía

CURIEL SANDOVAL, V.A, “La reforma a la Ley Federal del Trabajo en materia de subcontratación en México”, *Alegatos*, núm. 83, México, enero/abril de 2013, pp. 213-263.

DÍAZ GONZÁLEZ L.R. “crítica a la reforma de la ley del seguro social en materia de combate al outsourcing”, *prontuario de actualización fiscal* (paf), no. 480, México octubre 2009, p.85-90.

MORIN, M. L., “Le droit du travail faceaux nouvelles formes d’organisation des entreprises”, *Revue Internationale du travail*, 2005, Vol 144/1, p. 5-30.

SÁNCHEZ-CASTAÑEDA A., “La subcontratación en México: alcances e interrogantes”, *Libro en homenaje a Mario Pasco Cosmópolis, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. El Búho, Perú, 2015, 769-777 pp. Registro Editorial. 11501221500422

SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A., REYNOSO CASTILLO, C. Y PALLI, B., *La subcontratación: Un fenómeno global. Estudio de legislación comparada*, México, UNAM-IIIJ, 2da. ed., 2016, 197 p.

SUPIOT, A., *Au-delà de l’emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Francia, Flammarion, 1999.

EXTERNALIZACIÓN Y CADENAS DE PRODUCCIÓN EN PERÚ

Raúl G. Saco Barrios

Profesor ordinario, Pontificia Universidad Católica del Perú

Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Karla Canova Talledo

Universidad de Lima

Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad de Sevilla

Introducción

La *tercerización de servicios* –denominación usada preferentemente en nuestro país para referir la externalización de servicios, la descentralización productiva o la subcontratación– está regulada en el Perú por la Ley¹³⁶ 29245¹³⁷, el Decreto Legislativo 1038¹³⁸ y el Decreto Supremo 6-2008-TR¹³⁹, que establecen: el objeto de la tercerización, los casos en los que procede, sus elementos constitutivos y característicos, los requisitos para su validez, los tipos de tercerización, los derechos y obligaciones de las empresas participantes y la responsabilidad de éstas, la garantía de cumplimiento de los derechos laborales, el registro administrativo de las empresas que prestan tales servicios, los supuestos de desnaturalización y sus consecuencias, y las sanciones pertinentes.

Con relación a algunos de los asuntos aquí tratados, interesa también la legislación reguladora de la “intermediación” laboral: la Ley 27626¹⁴⁰ y los Decretos supremos vinculados.

¹³⁶ Citamos las *normas con rango de ley*: la ley (aprobada por el Congreso de la República y promulgada por el Poder Ejecutivo) y los *decretos legislativos* (dictados por Poder Ejecutivo con base en la delegación de la atribución legislativa efectuada por el Congreso de la República y sometidos, respecto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley). También, los *decretos supremos* (en lo formal, la norma de mayor jerarquía dictada por el órgano ejecutivo, dada y aprobada por el Presidente de la República, firmada por él y al menos por un ministro de Estado).

¹³⁷ http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2008-06-24_29245_936.pdf

¹³⁸ http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2008-06-25_1038_14.pdf

¹³⁹ http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2008-09-12_006-2008-TR_520.pdf

¹⁴⁰ http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2002-01-09_27626_742.pdf

1. ¿Es la descentralización productiva o subcontratación una forma lícita de organización de la producción?

La Constitución peruana reconoce la *libertad de empresa*: “El Estado estimula la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria”¹⁴¹; y fija también la *libertad dentro de la ley*: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”¹⁴². En este marco, la legislación regula la tercerización. De no incurrirse en fraude a la ley, es lícito recurrir a ella.

Ahora bien, el artículo 2 (primer párrafo) de la Ley 29245 define la tercerización: “Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de las actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación”. Además, el artículo 3 de la misma Ley dispone que constituyen tercerización de servicios “los procesos de tercerización externa, los contratos que tiene por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo”. Entonces, nos permitimos afirmar que las organizaciones pueden recurrir a la tercerización para la ejecución de cualesquiera actividades relativas al desarrollo y la gestión del proceso productivo que les concierne.

Actualmente, las empresas tienden a la tercerización de actividades complementarias al core business (actividad distintiva) de la organización con la finalidad de centralizar esfuerzos y maximizar recursos. Las empresas “tercerizadoras” se convierten, así, en una suerte de “aliadas estratégicas” de la empresa principal. Ello no obstante, las empresas participantes deben respetar los derechos laborales y de la seguridad social de los trabajadores involucrados.

2. ¿Existen límites y/o prohibiciones a la descentralización productiva?

En concreto, la tercerización: no admite la simple provisión de personal, no debe restringir los derechos laborales –individuales y colectivos– de los trabajadores y no debe vulnerar los derechos de seguridad social¹⁴³.

¹⁴¹ Constitución, artículo 59 (primera parte).

¹⁴² Constitución, artículo 2, inciso 24, letra a.

¹⁴³ Artículo 2 de la Ley 29245. De acuerdo con el artículo 1 del Decreto Supremo 6-2008-TR: por “simple provisión de personal”, se entiende la cesión de trabajadores realizada al margen de las normas sobre intermediación laboral (Ley 27626 y los decretos supremos vinculados); mientras que no constituyen una simple provisión de personal “el desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora que se realiza en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, la tercerización sin desplazamiento

La legislación no ha previsto límites o prohibiciones respecto a proscribir la tercerización en sectores específicos, a restringir la cantidad de subcontrataciones permitidas o a imponer el porcentaje máximo de trabajadores involucrados en la tercerización (o tercerizaciones) con relación al número total de trabajadores de la empresa principal.

Desde nuestro punto de vista y como hemos adelantado en nuestra respuesta a la pregunta anterior, tampoco existen límites o prohibiciones acerca de las actividades del proceso productivo de la empresa principal que pueden ser “tercerizadas”. O lo que es lo mismo, es posible externalizar los servicios concernientes a cualesquiera de tales actividades, incluso las que constituyen el *core business* de la organización; siempre con respeto de las obligaciones laborales y de seguridad social pertinentes.

De todos modos, importa anotar que la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la sentencia dictada el 27 de octubre de 2015 en el expediente 22411-2013-0-1801-JR-LA-15, ha sostenido que “*no es posible tercerizar la actividad nuclear de la empresa usuaria*”. La parte afectada con esta sentencia ha interpuesto un recurso de casación contra ella, que aún no ha sido resuelto. En consecuencia, el temperamento expuesto no es todavía firme o definitivo.

Similarmente, una Resolución anterior a la promulgación de la Ley 29245, dictada en el expediente 3000-2006-IDNL(S), ya había declarado que: “*Si bien la tercerización u outsourcing es una modalidad contractual con miras a que una empresa beneficiaria satisfaga el requerimiento de un bien determinado o servicio especializado [...] también lo es que existen determinadas actividades, tales como la principal, nuclear o distintiva de la empresa, que no pueden ser tercerizadas. Por lo tanto, al verificarse la realización de alguna actividad prohibida mediante tercerización, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, debe colegirse, independientemente de la buena fe plasmada en los contratos celebrados, que estos se han desnaturalizado, lo que implica el reconocimiento de una relación laboral*”¹⁴⁴.

continuo, el encargo integral a terceros de actividades complementarias, ni las provisiones de obras y servicios sin tercerización”.

¹⁴⁴ MESINAS MONTERO, Enrique y GARCÍA MANRIQUE, Álvaro, *Problemas y soluciones laborales. Guía de casos de controversias laborales resueltos por los tribunales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p. 196.

3. La empresa principal que externaliza una parte o la totalidad de su producción, ¿mantiene alguna responsabilidad laboral o de seguridad social respecto a los trabajadores de la empresa contratista? ¿Cuáles?

En tal caso, la empresa principal mantiene una *responsabilidad solidaria* respecto a los trabajadores de la empresa contratista y, de ser el caso, de las empresas subcontratistas¹⁴⁵.

Esta responsabilidad solidaria está referida expresamente en el artículo 9 de la Ley 29245: “[l]a 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”. Tal responsabilidad opera siempre que exista un desplazamiento continuo de personal de la empresa “tercerizadora” a las instalaciones de la empresa principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a los que desplazamientos eventuales o esporádicos¹⁴⁶. Por otro lado, la responsabilidad alcanza al empresario principal, al contratista y al subcontratista, quienes son deudores solidarios frente al trabajador impago o la entidad de previsión social¹⁴⁷. Finalmente, la solidaridad “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”¹⁴⁸.

4. ¿Y en relación con la aportación a planes y fondos de pensiones?

En atención a la *responsabilidad solidaria* indicada en la respuesta anterior, los trabajadores de la empresa contratista podrán requerir el abono de las obligaciones de previsión social a la empresa principal; esto es, el pago de las contribuciones y aportes, establecidos por norma legal, que debe retener o pagar el empleador al Seguro Social de

¹⁴⁵ En el ámbito del Derecho del Trabajo, por *responsabilidad solidaria* se entiende “al vínculo obligacional que envuelve a un tercero como consecuencia de un reconocimiento expreso, un mandato legal o por la conexidad particular que existe entre el obligado, generalmente el empleador, y un tercero” (ÁVALOS JARA, Oxal Víctor, “La Tercerización del trabajo en el Perú”. En: *Tercer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008, p. 85).

¹⁴⁶ Decreto Legislativo 1038, artículo 2.

¹⁴⁷ Decreto Supremo 6-2008-TR, artículo 7.

¹⁴⁸ Decreto Legislativo 1038, artículo 3.

Salud o al sistema pensionario. Todo ello, siempre que durante la relación laboral haya existido un “desplazamiento continuo”.

5. ¿Existe la obligación legal de la empresa contratista de reconocer a sus trabajadores condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la empresa principal?

No existe dispositivo legal alguno que disponga la obligación de parte del empleador contratista de reconocer las mismas condiciones laborales que otorgue el empleador de la empresa principal. De todos modos, los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal en una tercerización, cualquiera fuese la modalidad de contratación laboral utilizada, como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado o bajo modalidad, tiene respecto de su empleador todos los derechos laborales colectivos e individuales establecidos en la normatividad vigente¹⁴⁹. Sin embargo, esto no significa que los trabajadores de la contratista tengan derecho a recibir las mismas remuneraciones o beneficios convencionales que los trabajadores de la empresa principal.

En el año 2012 el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo emitió el informe 67-2012-MTPE, que dispuso: “[l]a *previsión normativa ha establecido que el personal destacado por una empresa de servicios o por una cooperativa de trabajadores tiene derecho a percibir las mismas remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria brinda a sus trabajadores. Ello deberá darse principalmente de los trabajadores de entidades que proporcionan mano de obra temporal, en estos casos se podrá contar con un trabajador dentro de la empresa a tomar como referencia para homologar las remuneración y condiciones de trabajo*”. Este informe fue aplicable solo al asunto particular ahí tratado y sus consideraciones no son de observancia obligatoria en otros casos aun cuando similares.

6. ¿En qué supuestos existe una descentralización productiva fraudulenta o cesión ilegal de trabajadores? ¿Qué consecuencias se derivan de esta situación?

La legislación no admite la simple provisión de personal; tampoco, la recurrencia a la tercerización para restringir el ejercicio de los derechos individuales de los trabajadores o con la intención o efecto de limitar o perjudicar sus derechos colectivos. De igual modo, no debe afectarse los derechos de seguridad social.

A su vez, se tiene establecido que las empresas “tercerizadoras” deben tener “autonomía empresarial” y, en consecuencia, contar con sus propios recursos financieros y técnicos

¹⁴⁹ Ley 29245, artículo 7 inciso 2.

o materiales, asumir los servicios prestados por su cuenta y riesgo, ser responsables por los resultados de sus actividades y tener a sus trabajadores subordinados exclusivamente a ellas. Además, deben tener pluralidad clientes, contar con equipamiento e inversión de capital y percibir una retribución por los servicios que prestan. Ello no obstante, todos estos aspectos serán evaluados en cada situación concreta atendiendo los antecedentes de la tercerización, la actividad económica, la oportunidad de inicio de las actividades de la empresa “tercerizadora”, la dimensión de las empresas principal y “tercerizadora” y la clase de actividad delegada.

El incumplimiento de las exigencias anotadas determina la desnaturalización de la tercerización –a saber, la existencia de una “tercerización” fraudulenta y una simple provisión de personal–, con dos efectos inmediatos: el establecimiento de una relación laboral directa entre la empresa principal y los trabajadores desplazados de la empresa “tercerizadora” desde el momento mismo en que aquella se produjo; y la cancelación del registro administrativo correspondiente a esta. Ambas cuestiones, sin perjuicio de las sanciones dinerarias pertinentes. La legislación no prevé la existencia de responsabilidad penal en tales casos.

En tal entorno, el Tribunal Constitucional ha resuelto: “No existe fraude o simulación del contrato de tercerización si: i) se advierte de las boletas de pago que la contratista era la que pagaba las remuneraciones, ii) se consignaba que el demandante era un trabajador destacado a la empresa cliente, iii) constata que se había suscrito un contrato para que la contratista destaque a trabajadores para satisfacer las necesidades de servicios temporales y iv) no se acredita que el vínculo laboral haya sido con la empresa principal” (sentencia del 3 de enero de 2011, dictada por el Tribunal Constitucional en el expediente 3793-2010-PA/TC)¹⁵⁰.

7. ¿La contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está permitida en su país? ¿En qué supuestos?

La Ley 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, faculta la contratación de trabajadores mediante “empresas de servicios temporales” y “cooperativas de trabajo temporal” respecto a servicios de carácter ocasional¹⁵¹ o de suplencia¹⁵².

¹⁵⁰ *Manual del Régimen Laboral*, Lima, Editorial Economía y Finanzas; actualización correspondiente a marzo de 2015, p. 50.8A.

¹⁵¹ Artículo 60 (primera parte) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral: “El contrato accidental-ocasional es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo”.

¹⁵² Artículo 61 (primera parte del primer párrafo) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral: “El contrato accidental de suplencia es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador con el objeto

Según dicha Ley, las empresas de servicios temporales son “*aquellas personas jurídicas que contratan con terceras denominadas usuarias para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante el destaque de sus trabajadores para desarrollar las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia [...]*”¹⁵³. Y cooperativas de trabajo temporal son “*aquellas constituidas específicamente para destacar a sus socios trabajadores a las empresas usuarias a efectos de que éstos desarrollen labores correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia [...]*”¹⁵⁴.

A su vez, se establece que la intermediación de servicios temporales “*consiste en emplear uno o más trabajadores con el fin de destacarlos temporalmente a una tercera persona, natural o jurídica, denominada empresa usuaria, que dirige y supervisa sus tareas*”¹⁵⁵.

De todos modos, el número de trabajadores de tales empresas o cooperativas que pueden prestar servicios temporales en una empresa usuaria no debe exceder del veinte por ciento del número total de trabajadores que tienen vínculo laboral directo con esta¹⁵⁶.

8. ¿Existen supuestos o actividades económicas en los que la contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está prohibida?

La contratación de trabajadores mediante “empresas de servicios temporales” o “cooperativas de trabajo temporal” no está permitida para sustituir trabajadores en huelga o de trabajadores o socios trabajadores de otras empresas de servicios o cooperativas¹⁵⁷. Esto, sin perjuicio de cualesquiera otros supuestos limitativos que pueda establecerse mediante disposiciones gubernamentales reglamentarias.

La infracción de tales prohibiciones comprobada debidamente en un procedimiento de Inspección del Trabajo determinará que, en aplicación del principio de la primacía de la

[de] que este sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo”.

¹⁵³ Ley 27626, artículo 11 inciso 1.

¹⁵⁴ Ley 27626, artículo 12 (primer párrafo).

¹⁵⁵ Decreto Supremo 3-2002-TR, artículo 1.

¹⁵⁶ Ley 27626, artículo 6 (primer párrafo); Decreto Supremo 3-2002-TR, artículo 3 (primer párrafo).

¹⁵⁷ Ley 27626, artículo 8.

realidad, se entienda que los trabajadores involucrados han tenido un contrato de trabajo con la empresa usuaria desde el inicio mismo de la prestación de sus servicios¹⁵⁸.

Así mismo, se estima desnaturalizada la intermediación laboral y, por tanto, configurada una relación laboral directa entre la empresa usuaria y el trabajador cuando se produzca un exceso del porcentaje limitativo fijado para la intermediación de servicios temporales¹⁵⁹ o se recurra a la intermediación de servicios temporales respecto a servicios que no sean de carácter ocasional o de suplencia.

En toda circunstancia, la intermediación laboral será nula de pleno derecho cuando haya tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores de la empresa usuaria, de las empresas de intermediación laboral o de las cooperativas de trabajadores. De ser el caso, la acción judicial pertinente podrá ser planteada por cualquiera con legítimo interés¹⁶⁰.

Sin perjuicio de lo expuesto, no existen supuestos o actividades económicas en los que la contratación de trabajadores mediante empresas de servicios temporales o cooperativas de trabajadores esté prohibida.

9. ¿Qué responsabilidades laborales y de Seguridad Social mantiene la Empresa de Trabajo Temporal respecto de los trabajadores cedidos a empresas usuarias? ¿Y la empresa usuaria?

Los trabajadores de las empresas de servicios y los socios trabajadores de las cooperativas de trabajadores gozan de los derechos y beneficios correspondientes a los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada¹⁶¹; cuando destacados a una empresa usuaria y mientras dure el destaque, los trabajadores de las empresas de servicios y los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo, en general, y, por tanto, los trabajadores de las empresas de servicios temporales y los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo temporal, en particular, tienen derecho a percibir las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorgue a sus trabajadores¹⁶². Por otro lado, dichas empresas y cooperativas de trabajadores, cuando suscriban contratos de intermediación laboral, deben otorgar una fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social del personal destacado

¹⁵⁸ Ley 27626, artículo 5.

¹⁵⁹ *Vid.* el último párrafo de nuestra respuesta a la pregunta anterior.

¹⁶⁰ Ley 27626, artículo 4.

¹⁶¹ Ley 27626, artículo 7 (primer párrafo).

¹⁶² Ley 27626, artículo 7 (segundo párrafo).

a la empresa usuaria¹⁶³. Así las cosas, cuando la fianza resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales –de origen legal o provenientes de la negociación colectiva– adeudados al personal destacado a las empresas usuarias, estas serán solidariamente responsables del pago de tales deudas por el tiempo que el personal destacado laboró en la empresa usuaria¹⁶⁴.

En otro orden, las empresas de servicios temporales y las cooperativas de trabajo temporal también son responsables por todo cuanto concierne a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores y socios trabajadores. En tal virtud, el personal destacado a la empresa usuaria deberá conocer los riesgos y contar con los implementos de seguridad necesarios para la prestación de los servicios a realizar en favor de aquella, y cumplir los procedimientos pertinentes establecidos por la empresa usuaria.

10. ¿Cómo se determinan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores contratados mediante Empresas de Trabajo Temporal y cedidos a empresas usuarias?

En principio, entendemos que la determinación de las condiciones laborales aplicables a los trabajadores contratados mediante empresas de servicios temporales y cooperativas de trabajo temporal implica considerar todos los aspectos involucrados en el concepto trabajo decente (libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana)¹⁶⁵ y, en consecuencia, cumplir principalmente el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación¹⁶⁶ (con relación a los trabajadores de la empresa usuaria) y los principios y normas concernientes a la seguridad y salud en el trabajo y a la seguridad social.

Como indicamos en la respuesta a la pregunta anterior, cuando destacados a una empresa usuaria, los trabajadores de las empresas de servicios temporales y los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo temporal tienen derecho a percibir las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorgue a sus trabajadores¹⁶⁷. Precisamos ahora que tales remuneraciones y condiciones de trabajo “*se extienden a los trabajadores destacados cuando son de alcance general, de acuerdo con la categoría ocupacional o función desempeñada, mientras dure el destaque. No son extensivos los que sean otorgados por la existencia de una situación especial objetiva, inherentes a calificaciones personales, desarrollo de actividades específicas,*

¹⁶³ Ley 27626, artículo 24 (primer párrafo).

¹⁶⁴ Ley 27626, artículo 25. Decreto Supremo 3-2002-TR, artículo 26.

¹⁶⁵ “*Trabajo decente* es aquella ocupación productiva que es justamente remunerada y que se ejerce en condiciones de libertad, equidad, seguridad y respeto a la dignidad humana” (LEVAGGI, Virgilio, *Democracia y trabajo decente en América Latina*, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 2006, p. 28).

¹⁶⁶ Constitución, artículo 26 inciso 1.

¹⁶⁷ Ley 27626, artículo 7 (segundo párrafo).

particularidades del puesto o el cumplimiento de condiciones específicas. No procede la extensión de derechos y beneficios cuando las labores desarrolladas por los trabajadores destacados no son efectuadas por ningún trabajador de la empresa usuaria”¹⁶⁸.

Bibliografía

ESPINOZA LAUREANO, F., *Tercerización de servicios*, Lima, Gaceta Jurídica, Guía operativa No. 1, 2008.

QUIROZ ESLADO, L., “Nuevas formas de contratación laboral”, *Soluciones Laborales*, Lima, Gaceta Jurídica, junio 2014.

SACO BARRIOS, R. G., “Subcontratación y sindicatos”, *Homenaje Aniversario de la SPDTSS: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Año de las Bodas de Plata de la Sociedad*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013.

TORRES TAFUR, C. N., “La intermediación Laboral: Mecanismo de descentralización productiva y su regulación jurídica en el Perú”, *Laborem*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, No. 10, 2010.

UGAZ OLIVARES, M., “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación” en “*Laborem*”, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, No. 8, 2008.

Pronunciamientos judiciales

Sentencia del 27 de octubre de 2015, dictada por la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima; expediente 22411-2013-0-1801-JRLA-15.

Sentencia del 3 de enero de 2011, dictada por el Tribunal Constitucional; expediente 3793-2010-PA/TC.

Sentencia dictada en el expediente 3000-2006-IDNL(S).

¹⁶⁸ Decreto Supremo 3-2002-TR, artículo 5.

EXTERNALIZACIÓN Y CADENAS DE PRODUCCIÓN EN REPÚBLICA DOMINICANA

José Federico Thomas

Maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra; Socio fundador de la firma Thomas Rodríguez Abogados.

Introducción

Bajo la necesidad de abaratar costos en la cadena de producción y entregar un producto de mayor calidad, vemos que grandes corporaciones y hasta en medianos y pequeños negocios, se suplantan con empresas subcontratistas parte o todos procesos internos y externos. La República Dominicana no es ajena a este fenómeno y las compañías utilizan empresas subcontratistas hasta para actividades totalmente inherentes a su objeto social principal. Cuando se suscita un diferendo con los trabajadores de esas empresas subcontratistas y la empresa principal entran en aplicación las regulaciones establecidas en el Código de Trabajo.

1. ¿Es la descentralización productiva o subcontratación una forma lícita de organización de la producción?

De manera categórica, la legislación dominicana admite la descentralización productiva o subcontratación en la organización de la producción. El Código de Trabajo en su artículo 12 permite tal situación y hace responsable al contratista principal con el subcontratista cuando este último no dispongan de elementos o condiciones propias para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

Esta situación se vive día a día en la República Dominicana, en el sector de la construcción, por solo citar un caso, donde el constructor o promotor de un edificio, subcontrata a las personas que harán los trabajos de plomería, electricidad, entre otros.

2. ¿Existen límites y/o prohibiciones a la descentralización productiva?

En la República Dominicana no existen límites para la descentralización productiva o subcontratación, pudiendo incluso darse el caso de que todos los trabajos en la empresa estén a cargo de empresas subcontratistas.

3. La empresa principal que externaliza una parte o la totalidad de su producción, ¿mantiene alguna responsabilidad laboral o de Seguridad Social respecto los trabajadores de la empresa contratista? ¿Cuáles?

Si la empresa principal que externaliza una parte o la totalidad de su producción no logra demostrar la solvencia económica de la empresa subcontratista, ambas son solidariamente responsables frente a los trabajadores del subcontratista, no solo de los derechos contenidos en el Código de Trabajo, sino también los relativos a la seguridad social.

Nuestra Corte de Casación se ha pronunciado en innumerables veces al respecto diciendo que “[e]l artículo 12 del Código de Trabajo hace solidariamente responsable al beneficiario de la obra con el contratista, cuando éste no dispone de los elementos y condiciones propias para cumplir sus obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. La persona que habiendo contratado a otra para la ejecución de una obra en su beneficio, pero a cuenta propia del contratado, pretenda liberarse de la responsabilidad solidaria que establece el referido artículo 12 del Código de Trabajo debe probar el estado de solvencia económica del ejecutante de la obra”¹⁶⁹.

Bajo el esquema legal explicado, y a modo de ejemplo, si la empresa principal (empresa A) que se dedica a la venta y distribución de señal satelital por cable, subcontrata a una empresa (empresa B) para que haga las instalaciones en las casas de los dispositivos para captar dicha señal, los trabajadores de la "empresa B" pueden demandar y reclamar los derechos laborales y de seguridad social, tanto a la "empresa A" como a la "empresa B", y para la "empresa A" poder liberarse de dichas obligaciones, debe demostrar la solvencia económica de la "empresa B", ya que de lo contrario son ambas solidariamente responsables.

Sin embargo la situación no es tan fácil de descifrar cuando la empresa subcontratista se dedica a actividades que no tienen nada que ver ni con la actividad principal o conexas de la empresa principal. Es el caso, por solo citar uno, cuando un banco comercial contrata de una compañía de vigilantes para que estén a cargo de la seguridad del lugar donde opera dicha institución. En este caso de parte del banco no es ni actividad principal ni conexas el dar servicios de vigilancia. Ante esta premisa, nos inclinamos a establecer que no aplicaría la responsabilidad solidaria del artículo 12 del Código de Trabajo, ya que en este caso en particular la empresa principal es una usuaria de servicios de la empresa subcontratista, debiendo los trabajadores de esta última solo reclamar a ella sus derechos laborales y de seguridad social, quedando exenta la empresa principal, ya que dichos trabajadores no satisfacen las necesidades normales,

¹⁶⁹ Sentencia del 28 de junio del 2006, B.J. 1147, p. 1602-1616. Ver en www.poderjudicial.gob.do.

constantes y permanentes de la empresa principal, siendo estas parte de las condiciones esenciales para la existencia del contrato de trabajo¹⁷⁰.

4. ¿Y en relación con la aportación a planes y fondos de pensiones?

Tal como explicamos en la pregunta anterior, si la empresa principal no demuestra la solvencia económica de la empresa subcontratista, ambos son responsables en las aportaciones a los planes y fondos de pensiones de los trabajadores, ya que nuestra ley de seguridad social impone dicha obligación conjuntamente con los aportes al reglón de salud.

5. ¿Existe la obligación legal de la empresa contratista de reconocer a sus trabajadores condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la empresa principal?

Si se aplicase la solidaridad entre la empresa subcontratista y la principal, los trabajadores de la primera deben recibir las mismas condiciones laborales y beneficios de la última. Ahora bien para el caso en que no se considere solidariamente responsable a la empresa principal con el subcontratista, ya sea porque se demostró la vasta solvencia económica del subcontratista o porque se dedica a una actividad totalmente diferente a la del empleador principal, la empresa subcontratista no está obligada a darle a sus trabajadores los mismos beneficios de la empresa principal.

6. ¿En qué supuestos existe una descentralización productiva fraudulenta o cesión ilegal de trabajadores? ¿Qué consecuencias se derivan de esta situación?

Como explicamos en otra parte del cuestionario, las leyes dominicanas permiten abiertamente la subcontratación y en principio no tiene ningún tipo de restricción, recalcando que si el empleador principal no demuestra la solvencia económica del subcontratista, ambos son solidariamente responsables. El problema vendría a suscitarse cuando el trabajador es cedido o transferido a otra empresa que sea una filial, o tenga un vínculo jurídico para la empresa a la cual presta servicios.

El Código de Trabajo dominicano establece una presunción de fraude en perjuicio de los derechos del trabajador cuando ha sido traspasado, cambiado o transferido a otra empresa, entidad o empleador que sea una filial de la empresa con la cual operó el traspaso o cambio, o que mantengan con ella afinidad o vinculación en el

¹⁷⁰ Sentencia del 30 de abril del 2008, B.J. 1169, págs. 852-859. Ver en www.poderjudicial.gob.do

desenvolvimiento de sus actividades o negocios, o integre con ella un solo conjunto económico¹⁷¹.

En consecuencia de lo anterior, se reputa inexistente el traspaso, cambio o transferencia del trabajador en las condiciones mencionadas y no extinguirá los derechos que el trabajador haya adquirido. En este caso también el trabajador puede poner fin al contrato de trabajo por dimisión¹⁷².

A modo de ejemplo, si la empresa "Telemedios Nacionales" que cuenta con un canal de televisión, es propietaria de empresas de telecable, telefonía y de internet, si un trabajador que labore en el canal de televisión es transferido a la empresa que da servicios de internet sin su consentimiento, mantiene en este caso el trabajador la misma antigüedad en el contrato de trabajo y puede, si quiere, poner fin por dimisión al contrato de trabajo.

7. ¿La contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está permitida en su país? ¿En qué supuestos?

Las llamadas empresas de trabajo temporal no existen en el Código de Trabajo dominicano. Si un trabajador es cedido a otra empresa, perfectamente quedaría configurado un contrato de trabajo entre dicho trabajador y la empresa cesionaria¹⁷³. Sin embargo la jurisprudencia dominicana ha admitido que el contrato de trabajo no deja de existir porque el trabajador preste sus servicios en una institución pública o privada ajena al empleador, si es por mandato de éste¹⁷⁴.

8. ¿Existen supuestos o actividades económicas en los que la contratación de trabajadores mediante Empresas de Trabajo Temporal está prohibida?

Como hemos explicado en otra parte del cuestionario, las empresas de trabajo temporal (tal cual están configuradas en España) no existen en nuestra legislación, manteniéndose las circunstancias y expresadas sobre los casos que pueden suscitarse.

¹⁷¹ Artículo 96 del Código de Trabajo. Ver en: www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/codigo_trabajo.pdf

¹⁷² La dimisión es la terminación unilateral por parte del trabajador al contrato de trabajo alegando una falta del empleador (artículo 96 Código de Trabajo).

¹⁷³ No importa la forma como ingrese una persona a una empresa. Si hay prestación de servicios, remuneración y subordinación existe contrato de trabajo. Fue el caso decidido por nuestra Suprema Corte de Justicia, cuando un trabajador fue aportado en calidad de "préstamo" a una empresa privada por parte del Ministerio de Educación. Ver sentencia de 19 de enero del 2000, B.J. No. 1070, págs. 402-407. Ver en www.poderjudicial.gob.do

¹⁷⁴ Sentencia del 9 de junio de 2004, B.J. 1123, p. 966-972. Ver en www.poderjudicial.gob.do

9. ¿Qué responsabilidades laborales y de Seguridad Social mantiene la Empresa de Trabajo Temporal respecto de los trabajadores cedidos a empresas usuarias? ¿Y la empresa usuaria?

Como hemos explicado en otra parte del cuestionario, las empresas de trabajo temporal (tal cual están configuradas en España) no existen en nuestra legislación, manteniéndose las circunstancias y expresadas sobre los casos que pueden suscitarse.

10. ¿Cómo se determinan las condiciones laborales aplicables a los trabajadores contratados mediante Empresas de Trabajo Temporal y cedidos a empresas usuarias?

Como hemos explicado en otra parte del cuestionario, las empresas de trabajo temporal (tal cual están configuradas en España) no existen en nuestra legislación, manteniéndose las circunstancias y expresadas sobre los casos que pueden suscitarse.

Bibliografía

SUÁREZ, J. A. Jurisprudencia Dominicana de Trabajo 1990 A 2001. Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo, 2001.

SUÁREZ, J. A. Jurisprudencia Dominicana de Trabajo 2001 A 2008. Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo, 2001.

Pronunciamientos judiciales

Sentencia del 28 de junio del 2006, B.J. 1147, págs. 1602-1616.

Sentencia del 30 de abril del 2008, B.J. 1169, págs. 852-859.

Sentencia del 9 de junio del 2004, B.J. 1123, págs. 966-972

OUTSOURCING AND SUPPLY CHAINS IN CANADA

Professor Eric Tucker
Osgoode Hall Law School, York University

Professor Leah F. Vosko
Canada Research Chair in the Political Economy of Gender & Work, York University

John Grundy
Postdoctoral Research Fellow, Department of Political Science, York University

Alec Stromdahl
Third Year Law Student, Osgoode Hall Law School, York University

Introduction

While data on the extent of outsourcing by Canadian businesses is scant, there is general agreement that over the last several decades the phenomenon has increased and taken a variety of forms including the use of global supply-chains (offshoring) and domestic subcontracting (outsourcing).¹⁷⁵ In this way, large businesses have been able to shed responsibility for the employees who actually perform the work. David Weil has aptly characterized this phenomenon as “fissuring”, which can take a variety of forms including sub-contracting, franchising, and other arrangements.¹⁷⁶ A related phenomenon that will be addressed here is the use of temporary employment agencies through which companies continue to produce goods and services internally but try to avoid responsibility for having their own employees by securing workers on ostensibly temporary bases through an agency’s action as intermediaries. Indeed, in both scenarios, there are intermediaries between leading businesses and the workers who perform the productive labour, which may result in poorer terms and conditions of employment because of the more highly competitive environment in which the work is performed and concomitantly in greater challenges for workers in gaining the benefit of protective labour and employment laws. Despite these well-known problems, Canadian labour and employment law has largely responded to these challenges in a piecemeal fashion.

¹⁷⁵ A study that examined outsourcing and offshoring between 1961 and 2003 found a large increase in the outsourcing of service inputs but a much more limited change in the outsourcing of material inputs. However, it also found a significant increase in the percentage of outsourced goods and services that were secured through offshoring. See John R. Baldwin and Wulong Gu (2008) “Outsourcing and Offshoring in Canada” (Statistics Canada, Economic Analysis Research Paper Series, 11F0027M, No. 055).

¹⁷⁶ David Weil (2014) *The Fissured Workplace* (Cambridge: Harvard University Press).

A prefatory note before proceeding: Canada is a federal state in which the provinces are given constitutional authority to legislate with regard to business and employment relations. Consequently, each province has its own laws governing these matters, although, the general situation of business freedom and limited worker protection is common across jurisdictions. Our focus here, therefore, is on Ontario, the Canadian province with the largest population and economy.

1. Is outsourcing a legal form of production organization?

Businesses are free to organize themselves as they see fit. This includes the freedom to outsource production, in whole or in part. Moreover, the law permits multiple forms of outsourcing. A company can sub-contract with another to provide any good or service it requires, which might include the production of a component or the provision of cleaning or food services. As well, it may choose to operate through franchise agreements rather than to own and operate outlets itself. The source of this freedom derives from freedom of contract and does not need positive legislative enactment. Indeed, quite the opposite. Restrictions on the freedom to outsource require positive state action and there has been very little appetite in Canada for imposing such restrictions.

2. Are there limits and/or prohibitions to outsourcing?

As previously noted, Canadian law does not prohibit or limit outsourcing. Moreover, as indicated below, when outsourcing occurs, companies can generally avoid legal responsibility for the employees of the companies with whom they sub-contract. However, Canadian law does patrol the boundary between ‘genuine’ outsourcing and other transactions that produce a different legal effect.

There are two key distinctions that arise in this context. The first is between sub-contracting and the sale of business. This distinction arises in a situation where a company formerly produced a good or service for itself but wishes to cease doing so. One option is to sell that part of its business as a going concern (sale of a business); another is to terminate the activity and to sub-contract for it. In either scenario, the employees from the selling or sub-contracting company may be hired by the purchasing company or the company to whom the work has been sub-contracted. The legal consequences that flow from the sale of a business were explored in greater detail in a previous Comparative Labour Law Dossier, IUSLabor 1/2015.

The second key distinction goes to the question of whether there has been a genuine arms-length sub-contracting or outsourcing or whether the company continues to

exercise control so that it continues to be responsible for the duties of the employer. Apart from the question of whether a transaction is *bona fide* or a sham, adjudicators will consider the question of the degree of control, if any, the user retains over the company with whom it has contracted. The most common scenario in which related-employer status will be found is where there is some common ownership and control between the two firms.

3. Does the company that partly or totally outsources its production have any labor or Social Security responsibility towards the subcontractor's workers? What responsibilities?

On the assumption that the company has genuinely outsourced all or part of its production, with one narrow exception, it has no responsibilities whatsoever to the subcontractor's employees. The narrow exception is in the area of occupational health and safety regulation, where the employees of the sub-contractor perform work on the sub-contracting company's premises. In Canada, employers are responsible to provide a reasonably healthy and safe working environment to all *workers* and so the fact that some workers may not have employment status does not relieve the employer who has control of the premises where work is being performed of responsibility for their health and safety. However, where an owner of lands on which a construction project is taking place hires a constructor, the constructor and not the owner is the party responsible for health and safety on the project.¹⁷⁷

4. And regarding pension plans and pension funds?

As in the previous answer, the sub-contracting company has no legal responsibility for the sub-contractor's employees, including pension plans and pension funds. If the sub-contractor defaults on its pension obligations, its employees cannot seek redress from the sub-contracting business.

5. Is the subcontractor legally obliged to recognize its workers the same labor conditions applicable to the workers of the user company?

Sub-contractors are not under any legal obligation to offer their workers the same conditions of employment enjoyed by workers at the user company. A sub-contractor is free to negotiate entirely new conditions of employment with its employees even if this results in significantly less compensation for the performance of the same work.

¹⁷⁷ *Occupational Health and Safety Act*, R.S.O. 1990, c. O.1.

6. In which cases is outsourcing considered fraudulent or there is an illegal transfer of workers? What are the consequences?

As mentioned previously, Canadian law patrols the boundary between “genuine” outsourcing and illegitimate attempts by employers to skirt their statutory employment obligations. While an employer is free to contract out a function of their business they no longer wish to operate they cannot escape their employment responsibilities through “creative” corporate restructuring.

If a user company retains a sufficient degree of control over a sub-contractor then the employees of the sub-contractor can apply to have the user company deemed a “*related employer*” under the *Employment Standards Act, 2000*.¹⁷⁸ (The “ESA”). If the claim is successful, then the sub-contractor and the user company will be treated as one employer for the purposes of imposing statutory employment obligations. The court looks to a number of factors to determine whether a sub-contractor is engaged in “*related or associated activities*”:

- Common management.
- Common financial control.
- Common ownership.
- Common trade name or logo.
- The movement of employees between two or more business entities, the use of the same premises or other assets by the entities or the transfer of assets between them.
- Common market or customers served by each business.¹⁷⁹

Canadian courts have been reluctant to use related employer provisions to regulate industries that rely heavily on sub-contracting practices such as the creation of supply chains. Despite the fact that the conditions of employment imposed by sub-contractors are often, in large part, determined by the contractual terms imposed by the user company, courts have refused to deem these kinds of business relationships as “*related or associated*”. As long as the user company maintains an arms-length relationship, in respect to management and ownership, towards its sub-contractors it is unlikely that the court will pierce the corporate veil and treat two legally distinct entities as one for the purposes of imposing the obligations of the employer.

¹⁷⁸ ESA, 2000, SO 2000, c 41, s 4.

¹⁷⁹ *Lian v Crew Group et al*, (2001), 54 O.R. (3d) 239, at para 47.

7. Is the hiring of workers through Temporary Employment Agencies allowed in your country? If so, in which cases?

In all provinces in Canada, it is legal to hire an employee through a temporary employment agency. In Ontario, the *ESA*, which sets minimum terms and conditions in areas such as wages, working time and termination and severance of employment, establishes an employment relationship between the temporary agency worker, known in the Act as the “assignment employee” and the temporary employment agency, known as a “temporary help agency.”¹⁸⁰ Through the establishment of this relationship, the *ESA* legitimizes the existence of temporary employment agencies as entities that provide employment services for a price or mark-up that is derived from paying assignment employees an amount that is lesser than the rate charged to client firms. User firms of assignment employees are clients of the agency. In Ontario, as elsewhere in Canada, there are no limitations on the duration of assignments or, for that matter, the length of time assignment employees may be engaged by an agency.

8. Are there specific cases or economic activities in which hiring workers through Temporary Employment Agencies is limited and/or prohibited?

Under the *ESA*, regulations governing temporary help agencies aim mainly to limit certain well-documented abusive practices on the part of agencies.¹⁸¹ For example, there are specific prohibitions on charging fees to assignment employees. An agency cannot charge a fee to an employee upon registering with an agency, for assigning the employee to a client firm or providing services to the employee such as resume and interview preparation.¹⁸² Agencies are also prohibited from barring assignment employees from becoming direct employees of client firms.¹⁸³ However, there is an exception to this general rule: if a client firm enters into direct employment with an assignment employee, the temporary help agency may levy “buyout” fees on the client firm during a period lasting six months from the day the assignment employee began work for the client firm as an agency employee.¹⁸⁴ This provision therefore sanctions formal restraints on the mobility of assignment employees in the labour market, and encourages temporary help agencies to cycle employees from one short assignment to another in order to retain the mark-up on their wages.¹⁸⁵ Other prohibitions include that a temporary help agency cannot prevent its client firms from providing a reference for

¹⁸⁰ *ESA*, 2000, s.74.3.

¹⁸¹ Leah F. Vosko (2010) "A New Approach to Regulating Temporary Agency Work in Ontario or Back to the Future?" *Relations Industrielles / Industrial Relations* 65(4): 632-653.

¹⁸² *ESA*, 2000 s. 74.8(1).

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *ESA*, 2000 s. 74.8(2).

¹⁸⁵ Vosko, "A New Approach to Regulating Temporary Agency Work."

an assignment employee, and a client firm cannot penalize an employee for inquiring about, or exercising, their rights under the *ESA*¹⁸⁶; in other words, the Act contains anti-reprisal provisions acknowledging the vulnerability of workers engaged as assignment employees.

Certain kinds of written information must also be provided to the assignment employee; for instance, the temporary help agency's name and contact information,¹⁸⁷ and a copy of an information sheet outlining the minimum employment standards applicable to assignment employees, in the employees' first language if available.¹⁸⁸ Upon being offered a work assignment, an employee must receive certain written information about the client firm including the legal name of the entity, contact information, the rate of pay and benefits for the assignment, information on hours of work, a job description, the duration of the assignment if known, and the pay day/period.¹⁸⁹

9. What labor and Social Security liabilities do Temporary Employment Agencies have with respect to the workers hired and transferred to user firms? And the user firm?

As the employer of record, with regard to general labour and Social Security liabilities, the temporary help agency is responsible for fulfilling its obligation to assignment employees under the *ESA*, as well as for social insurance contributions mandatory in Canada (e.g., Employment Insurance premiums, Canada Pension Plan premiums etc.) and in Ontario (e.g., the temporary help agency is responsible for paying Workers' Safety and Insurance Board premiums even though it shares the responsibility for ensuring a safe work environment with the client firm).

However, in recognition of the complexity of the triangular employment relationship characterizing temporary agency work and responding, in particular, to the overrepresentation of *ESA* violations in the area of unpaid wages among groups encompassing assignment employees,¹⁹⁰ amendments to the *ESA*, in 2014, which came into effect in 2015, allow client firms to be held joint and severally liable for unpaid wages, overtime pay, and public holiday pay, in the event that temporary help agencies

¹⁸⁶ *ESA*, 2000 s.74.12 (1).

¹⁸⁷ *ESA*, 2000 s.74.5 (1).

¹⁸⁸ *ESA*, 2000 s.74.7 (1).

¹⁸⁹ *ESA*, 2000 s.74.6 (1).

¹⁹⁰ Leah F. Vosko, Andrea M. Noack, and Eric Tucker (2016) "Employment Standards Enforcement: A Scan of Employment Standards Complaints and Workplace Inspections and Their Resolution under the Employment Standards Act, 2000." Online: http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/all_papers/265/. Also, see also Ministry of Labour (2015) Temporary Help Agencies: Blitz Results. Online:

fail to pay monies owed to the employee.¹⁹¹ The extension of joint and several liability beyond wages, overtime and public holiday pay to cover all *ESA* violations is also currently under discussion as part of a government initiated Changing Workplace Review that is charged with investigating the dynamics underlying the magnitude of precarious employment in Ontario, and presenting options for fostering decent work.¹⁹²

Under the *Occupational Health and Safety Act*, both the temporary help agency and the client are jointly responsible for the duties of the employer, including the provision of training, instruction and information and of a safe work environment.

10. How are the labor conditions applicable to workers hired by Temporary Employment Agencies and transferred to user companies determined?

A general provision for equal treatment between assignment and direct employees is absent in the *ESA*.¹⁹³ Rather, the same minimum floor of employment standards applies to these groups; in other words, assignment employees are covered under the *ESA*'s general provisions related to minimum wages, hours of work, daily rest periods, time off between shifts, weekly/bi-weekly rest periods, eating periods, and overtime. Special rules, however, apply to assignment employees in the areas of public holiday pay,¹⁹⁴ termination of employment, and severance pay¹⁹⁵; these rules pertain to the calculation of entitlements in light of the often intermittent nature of temporary agency work.

11. Other relevant aspects and personal assessment of the regulation regarding outsourcing and supply chains

As a liberal market economy, Canada prioritizes freedom of contract over worker protection, including the freedom of businesses to organize themselves as they see fit. As a result, businesses have a relatively free hand to outsource and offshore as well as to secure employees through temporary help agencies. This freedom has serious consequences for workers, resulting in job loss, deteriorating terms and conditions of employment and difficulty enforcing the employment rights they continue to enjoy. The government response, considered here at a provincial level in Ontario, to these adverse effects is generally limited. For example, displaced workers may collect Employment

¹⁹¹ *ESA*, 2000 74.18 (1).

¹⁹² C. Michael Mitchell and John C. Murray (2016) "Changing Workplaces Review: Special Advisors' Interim Report." Online: https://www.labour.gov.on.ca/english/about/pdf/cwr_interim.pdf, p. 252.

¹⁹³ The Interim Report of the Changing Workplaces Review, *ibid*, poses, as a potential option for legislative reform, establishing equal wages for the same or similar work performed by assignment employees and direct employees of a client firm under certain circumstances.

¹⁹⁴ *ESA* 2000 s.74.10(1).

¹⁹⁵ *ESA* 2000 s. 71.11.

Insurance but only if they qualify, sham transactions are voided if detected, and the temporary help industry is weakly regulated.

References and judicial decisions

See footnotes.