
DAJ-AE-195-11
21 de junio 2011

Señora
Nora Duldig
nora_duldig@hotmail.com
Presente

Estimada señora:

Damos respuesta a su consulta enviada mediante correo electrónico el 20 de enero de 2011, pero trasladada para responder por vía escrita debido a lo extenso de la misma, en la cual nos indica a nombre de una empresa alemana, que trabaja en el área de energías renovables, requieren evacuar algunas dudas en relación al trabajo temporal, es decir, si Costa Rica tiene agencias de trabajo temporal, si se pueden utilizar los trabajadores contratados en las obras, que tiene que considerar legalmente el director de la obra (contrato, seguridad social, permisos de trabajo) y quién sería el encargado de la construcción, en caso de sub-contratistas se establecen en el sitio.

AGENCIAS DE TRABAJO TEMPORAL

Costa Rica ratificó el Convenio 96 Sobre las Agencias Retributivas de Colocación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El país determinó acogerse a las disposiciones del apartado segundo de dicho convenio, lo que implica un régimen de monopolio sobre la actividad de colocación e intermediación en el mercado de trabajo a favor del sistema público de empleo, quedando con ello prohibido el funcionamiento de las agencias privadas de empleo.

Sin embargo, atendiendo las recomendaciones que sobre la materia ha dado el Consejo de Administración de la OIT, nuestro país se ha comprometido ante dicho organismo internacional a denunciar el citado convenio No. 96, mediante la ratificación de uno nuevo, tal y como se desprende de la Memoria de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en su 77^o reunión.

El nuevo convenio de que se habla es el No. 181, conocido como el Convenio Sobre las Agencias Privadas de Empleo. En Costa Rica, la aprobación de este convenio se encuentra a la espera de su ratificación.

Si bien es cierto, tal y como se apuntó al inicio, nuestro país se acogió al apartado II del Convenio 96, admitiendo con ello un régimen de monopolio en las actividades de colocación e intermediación en el empleo, con lo que se dejó esta actividad exclusivamente en manos del servicio público, en la práctica y desde hace muchos años, las agencias

privadas de empleo han tenido presencia dentro del mercado de trabajo costarricense, prestando una actividad importante - tanto en calidad como en volumen-, de servicios de colocación e intermediación.

La presencia de estas agencias privadas de empleo en el mercado de trabajo nacional, vista a la luz de las disposiciones de la parte segunda del convenio 96 vigente en Costa Rica, resulta una situación irregular, y los servicios que ellas prestan se ejecutan al margen de la ley.

Esta situación irregular quedará por completo modificada tan pronto el país ratifique el convenio 181, pues con la entrada en vigencia de este convenio, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico un nuevo marco legal que reconoce y legaliza el funcionamiento de las agencias de empleo privadas.

Es claro que esto último hace imperiosamente necesario que, una vez ratificado el Convenio 181, el país proceda a la aprobación de una ley que atendiendo a las disposiciones contenidas en este instrumento internacional, regule el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, de manera que su actividad se enmarque dentro de los objetivos de la política nacional de empleo, y que la prestación de los servicios de colocación e intermediación que tales agencias brindan en el mercado de trabajo, queden bajo el estricto control legal que requieren todos los usuarios de sus servicios.

La intervención Estatal en este campo a través de la regulación normativa, encuentra justificación en el hecho de que la actividad de intermediación es un servicio público y como tal, atiende a un interés público si se quiere doble: El mejoramiento del rendimiento del mercado de trabajo y la garantía del principio fundador de la OIT que reza que el “Trabajo no es una mercancía”.

Así pues, nuestro país cuenta únicamente en este momento, con un Servicio Público de Empleo (Bolsa de Empleo), que se encuentra en la Dirección Nacional de Empleo, dirección adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna disposición sobre la figura de las llamadas “agencias de trabajo temporal”, pese a que existen varias agencias de empleo privadas que prestan en la práctica estos servicios. Nos referimos, a empresas que tienen sus propios trabajadores y los colocan al servicio de los empleadores, bajo cuya dirección y organización laboran.

Por lo que la jurisprudencia ha señalado que la empresa quien contrata los servicios de los trabajadores que pone a disposición de otros, es responsable del cumplimiento de la legislación laboral (es decir, las que se encargan de cumplir a cabalidad con todos los derechos de los trabajadores, sean, seguridad social, póliza de riesgos del trabajo, salarios mínimos, jornadas, etc.).

En Costa Rica, hay servicios que promueven el reclutamiento y registro de oferentes, como es caso citado anteriormente (Bolsa de empleo), además se ha puesto a funcionar la dirección electrónica buscoempleocr.com. También le indicamos, que en instituciones gremiales y en las universidades públicas y privadas existen servicios para registrar personal calificado y durante los últimos tiempos han puesto en funcionamiento las ferias de empleo, lo que en el mejor de los casos promueven que recursos humanos calificados y especializados participen y sean candidatos eventuales para considerar por parte de las empresas.

INTERMEDIACION LABORAL Y SUB CONTRATACION

En cuanto a su segunda consulta, le indicamos que es necesario conocer y diferenciar los conceptos de Intermediación y Sub- contratación laboral, ha efecto de poder determinar las obligaciones del patrono y los derechos de los trabajadores y bajo la denominación de el intermediario, nuestra Sala Constitucional hace ver la diferencia entre éste y el contratista.

Así pues, en lo que se refiere al contratista, nuestro Código de Trabajo en su artículo 2, define al patrono como:

“Artículo 2.- Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Privado, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo.”

Por su parte, el mismo cuerpo normativo establece la posibilidad de otras personas de participar en el empleo de otras personas en beneficio de un patrono; en tal caso la norma regula una responsabilidad solidaria, entre el beneficiario de los servicios de prestación de mano de obra y el intermediario que la suministra; par los efectos que deriven del propio Código de Trabajo.

En cuanto al intermediario el artículo 3 del nuestro Código de Trabajo establece lo siguiente:

“Artículo 3.- Intermediario es aquella persona que contrata los servicios de otra u otras para que ejecuten algún trabajo en beneficio del patrono. Este quedará obligado solidariamente por la gestión de aquél para los efectos legales que se deriven del presente Código, de sus Reglamentos y de las disposiciones de previsión social.

Serán considerados como patronos de quienes trabajen -y no como intermediarios- los que se encarguen, por contrato, de trabajos que ejecuten con capitales propios.”

Entonces, de acuerdo al artículo anterior la figura del intermediario es, solamente un enlace entre el empleador que requiere mano de obra y los trabajadores que necesitan empleo. Así pues, el intermediario al no contar con capital propio, resulta solidariamente responsable con el patrono, frente a las obligaciones de éste con sus empleados. En el párrafo segundo, establece que el principal criterio diferenciador entre intermediarios y contratistas radica en el hecho de que estos últimos ejecuten los trabajos con capitales propios.

Resulta importante reseñar los criterios de distinción que señala la doctrina entre las figuras del intermediario y el contratista: “En otras oportunidades, la relación laboral surge cuando un sujeto, sin ser representante del empleador, sino una persona física o jurídica independiente de este último, contrata a trabajadores para que presten sus servicios a un tercero, quien por ser el beneficiario real de los servicios prestados, se reputa para todos los efectos como el empleador (...)”¹. El contratista es una persona física o jurídica que para todos los efectos resulta ser un empresario independiente que por su cuenta y riesgo ejecuta una obra por encargo de un tercero.

El contrato entre el contratista y el contratante reviste un carácter civil y no laboral, mientras que el contratista frente a los trabajadores que prestan sus servicios subordinados en la obra, aparece como el único empleador (...).

El autor Guillermo Cabanellas, define la figura del Contratista:

*“El que toma a su cargo, por contrata, la ejecución de alguna cosa... El contratista responde del trabajo de su personal... En los accidentes de trabajo, el contratista es considerado como patrono; aunque subsista la responsabilidad subsidiaria del propietario o dueño de la industria.”*²

Sobre el particular resulta indispensable mencionar uno de los criterios de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, haciendo una diferencia cuando hay relaciones laborales por medio de la intermediación.

¹ Sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia N° 00954, expediente: 04-000480-0161-CA, del 30/06/2010, al ser las 2:12:00 PM.

² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta, Tomo II, pag. 337.

“Al respecto, es importante destacar lo que se entiende por intermediario. El artículo 3 del Código de Trabajo, establece que intermediario es aquél que contrata los servicios de otra u otras para que ejecuten un trabajo en beneficio de un patrono; asimismo, serán considerados como patronos –y no como intermediarios-, los que se encarguen, por contrato, de trabajos que ejecuten con capitales propios. Igualmente, la doctrina, define la figura del intermediario como “...aquella persona que contrata los servicios de un trabajador en su propio nombre, pero por cuenta o beneficio de otra; y sin perder su propia responsabilidad, compromete la del beneficiario de aquellos servicios, siempre que éste haya autorizado expresamente al intermediario o recibiere la obra ejecutada...” (CALDERA. Rafael. “DERECHO DEL TRABAJO”. Editorial “El Ateneo”. Buenos Aires, Argentina, 1979, pág. 242). De ese contexto, sobre esta figura, es posible extraer que un elemento trascendental, para determinar si en la realidad nos encontramos en presencia de la misma o no, es la relación de subordinación; la cual, de existir entre el contratista y los trabajadores contratados por el intermediario, convierte al primero en un empleador para todos los efectos jurídicos. Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia tienen diversos criterios, para delimitar los alcances jurídicos de ese tipo de relación. Estos han sido recogidos, recientemente, por la OIT en el informe sobre el régimen de subcontratación; donde se indica que, generalmente, existe subordinación jurídica cuando están presentes los siguientes elementos: “...a) el trabajador trabaja para una sola empresa; b) si la empresa contratante es la proveedora exclusiva de los recursos, instrumentos y equipos necesarios para el trabajo de la empresa contratada; c) si la empresa contratante da instrucciones al o a los trabajadores de la contratada o subcontratada; d) si es la empresa contratante o su co-contratante quien elige el lugar donde realizar la tarea o prestar el servicio; e) si el contratado asume algún riesgo comercial, que tenga como contrapartida una expectativa de ganancia adicional a la remuneración del trabajo realizado; f) cuál es el grado de integración de las tareas del contratado a las actividades de la empresa contratante; g) cuál es el grado de especialidad de las tareas del contratado; h) si es la empresa contratante o la subcontratista la que paga las cargas fiscales y de la seguridad social; i-) si las tareas realizadas por el contratante son iguales a las que realizan o realizaban los trabajadores dependientes de la empresa contratante; j) si las tareas realizadas por la contratada son definidas como una actividad o como un resultado (producto o servicio terminado); k) si la empresa contratante o la contratada remunera a los trabajadores dependientes de esta última; l) quién establece el horario de trabajo y el tiempo de descanso de las

personas involucradas en la ejecución del contrato entre empresas; ll) la regularidad y continuidad en el desempeño del trabajo; m) ante quién responden los trabajadores de la empresa contratada; n) si la contratante importe formación a las personas involucradas en la ejecución del contrato entre empresas; ñ) si las empresas contratantes pueden imponer sanciones a los trabajadores de la empresa contratada, y que tipo de efecto produce el incumplimiento de la empresa contratada en el contrato que vincula a ambas. Ninguno de estos indicios son por si mismos decisivos, pero pueden serlo combinados entre sí, complementando aspectos más concretos...” (Fernández Brignoni, Hugo y Gauthier, Gustavo. “La Tercerización y el Derecho de Trabajo”. En revista “Derecho Laboral”. Tomo XL. N° 186. Abril-Junio-1997. Montevideo, Uruguay, pág. 379).” (El subrayado no es del original) 3

La distinción entre intermediarios y contratistas constituye una de las “zonas grises” del derecho laboral: en principio, ambos presentan la similitud de ser empresarios independientes, pudiendo actuar el primero a nombre propio o de un tercero, mientras que el segundo actúa en nombre propio (...).

En el caso de los intermediarios, conforme lo establece nuestra legislación, son solidariamente responsables con los patronos de la contratación de aquel, lo que igual en señalar de que usar esta figura no propicia condiciones o facilidades diferentes.

De acuerdo con todo lo expuesto, y partiendo de la diferenciación de ambos conceptos, podemos concluir, en atención a su consulta, que desde el punto de vista laboral, es necesario aclarar que el contrato que suscriban ambas partes, debe contener cláusulas muy claras sobre la responsabilidad de cada uno, no solo en cuanto a la prestación del servicio, sino en cuanto a las personas que se contraten para el desarrollo del servicio que se presta, deben regularse todos los aspectos, como por ejemplo velar por que se cumpla con los salarios mínimos, cargas sociales, póliza de riesgos del trabajo y todas aquellas que determinen con quién tendrán la relación laboral los trabajadores contratados o por contratar. Es decir, nuestro país todavía no tiene un marco jurídico que identifique claramente las responsabilidades de las empresas de trabajo temporal y que establezca reglas de solidaridad entre ellas y las empresas usuarias, por lo que resulta de suma importancia que en los contratos que se suscriban bajo esas figuras se definan bien cuáles son esos derechos y esas obligaciones atinentes a cada uno.

En los casos de los trabajadores extranjeros en condición irregular, en materia de obligaciones y derechos todos funcionan sin excepción, así pues, sus empleadores asumen

³ Voto N° 232, de las 9:40 horas del 13 de agosto de 1999. En ese mismo sentido ver Voto 390-2002 de las 10:20 horas del 7 de agosto del 2002.

toda la responsabilidad, o sea, de ponerlos en regla, es decir, con los respectivos permisos de trabajo temporal, de conformidad con la legislación vigente.

Cordialmente,

Licda. Rose Mary Thames Sánchez
Asesora

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
Jefe a.i.

RMTS/lsr
Ampo 3