



Revista Boliviana de Derecho

ISSN: 2070-8157

revistarbd@gmail.com

Fundación Iuris Tantum

Bolivia

BEJARANO FRIAS, Jose Luis
LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS BAJO LA LEGISLACIÓN
LABORAL VIGENTE EN BOLIVIA (Cuidado con las posibles demandas laborales y
sanciones por la utilización de contratos de prestación de servicios)
Revista Boliviana de Derecho, núm. 11, enero, 2011, pp. 240-257
Fundación Iuris Tantum
Santa Cruz, Bolivia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539908011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS BAJO LA
LEGISLACIÓN LABORAL VIGENTE EN BOLIVIA (Cuidado con las
posibles demandas laborales y sanciones por la utilización de contratos
de prestación de servicios)

*THE AGREEMENTS OF PROVISION OF SERVICES UNDER THE
BOLIVIAN LEGISLATION IN FORCE (Watch Out With The Possible Working
Lawsuits And Sanctionb By The Use Of Agreements Of Provision Of Services)*

Rev. boliv. de derecho n° 11, enero 2011, ISSN: 2070-8157, pp. 240-258



Jose Luis
BEJARANO
FRIAS

RESUMEN: El presente documento expone algunos criterios legales útiles para diferenciar una relación laboral de una relación civil o comercial y emite recomendaciones prácticas para las empresas que desean tercerizar o externalizar actividades de su organización, a través de contratos civiles o comerciales de prestación de servicios.

Estas recomendaciones pretenden evitar que los contratos de servicios utilizados sean calificados posteriormente como fraude a la legislación laboral y, con ello, evitar exponerse a futuras demandas laborales o sanciones administrativas por incumplimiento de leyes sociales.

PALABRAS CLAVE: Contrato de prestación de servicio, contrato laboral, relación laboral.

ABSTRACT: This document sets some legal criteria helpful to differentiate an employment relationship of a relationship civil or commercial and delivers practical recommendations for companies that want outsource or outsourcing activities of his organization, through civil or commercial contracts to provide services.

These recommendations intended to prevent that contracts for services used are qualified subsequently as fraud to the labor legislation and, with this, avoid exposure to future labor demands or administrative penalties for breaches of social laws.

KEY WORDS: Agreement of provision of services, labor contract, labor relation.

SUMARIO: Introducción. I. La prestación de servicios y las relaciones jurídicas emergentes. II. Diferencia entre el contrato civil y el contrato comercial de servicios III. El Fraude laboral. IV. Los servicios que la empresa moderna requiere en el siglo XXI. A. Servicios dependientes prestados en relación de dependencia. B. Servicios independientes prestados en relación de independencia. C. Servicios independientes prestados en relación de semi – dependencia. D. Servicios dependientes prestados en relación de dependencia a favor de una empresa que no es jurídicamente el empleador.V. Conclusiones

RESUMEN

El presente documento expone algunos criterios legales útiles para diferenciar una relación laboral de una relación civil o comercial y emite recomendaciones prácticas para las empresas que desean tercerizar o externalizar actividades de su organización, a través de contratos civiles o comerciales de prestación de servicios.

Estas recomendaciones pretenden evitar que los contratos de servicios utilizados sean calificados posteriormente como fraude a la legislación laboral y, con ello, evitar exponerse a futuras demandas laborales o sanciones administrativas por incumplimiento de leyes sociales.

PALABRAS CLAVE

Contrato de prestación de servicio, contrato laboral, relación laboral.

INTRODUCCIÓN

Los contratos de prestación de servicios utilizados por organizaciones empresariales generan dudas acerca de los efectos legales derivados de dicha relación contractual. Si la relación jurídica incluye elementos característicos de la relación laboral, entonces, el prestador de servicios gozará de todos los derechos reconocidos por la Ley General del Trabajo, consecuentemente, la empresa contratante tendrá la obligación de asumir estas cargas, de lo contrario, quedará expuesta a demandas laborales y sanciones administrativas por infracción de leyes sociales.

Bajo esta problemática, el presente documento expone algunos criterios legales útiles para diferenciar una relación laboral de una relación civil o comercial y emite recomendaciones prácticas para las empresas que desean tercerizar o externalizar

José Luis Bejarano Frias

Abogado por la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España), Profesor de Derecho Comercial por la Universidad Privada Domingo Savio, Asesor de empresas privadas y Director de la firma de abogados Lexnova SRL. E - mail. jbejarano@lexnova-abogados.com

actividades de su organización a través de contratos civiles o comerciales de prestación de servicios.

En este contexto, el trabajo inicia el análisis de la temática mediante el estudio del contrato de prestación de servicios desde la óptica del derecho civil, comercial y laboral, así como el estudio de los elementos o características que diferencian a uno de otro contrato desde su naturaleza jurídica.

Se destaca el análisis de la subordinación y dependencia como elementos diferenciadores y característicos de la relación laboral, su importancia a tiempo de calificar un contrato como verdadera prestación de servicios independientes y los cuidados que tendrá que tener la empresa moderna cuando decida utilizar la vía de la externalización para no caer en el denominado *fraude laboral*.

Finalmente, el trabajo describe los distintos escenarios legales que rodean a los contratos de prestación de servicios contratados por organizaciones empresariales. Escenarios jurídicos que van desde la típica relación laboral donde el servicio se desarrolla de forma dependiente y en una relación de dependencia laboral, hasta la relación típicamente independiente, donde el servicio se presta en condición de independiente y bajo una relación jurídica civil o comercial. Se describe también algunos escenarios más difíciles de diferenciar, tales como los servicios prestados de forma independiente aunque bajo una relación de semi – dependencia y los servicios prestados bajo condición de dependientes a favor de una empresa que no es contractualmente su empleador.

1.- LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LAS RELACIONES JURÍDICA EMERGENTES

La prestación de servicios en su acepción general, implica toda actividad desarrollada a favor de otra persona o subordinadamente a ella, exista remuneración o no¹. Por lo tanto, desde el punto de vista jurídico, la prestación de servicios podría desarrollarse como relación laboral o como arrendamiento de servicios.

Cuando se configura una relación de dependencia laboral, la prestación de servicios se materializa e instrumenta mediante el denominado contrato de trabajo regulado por la Ley General del Trabajo. En este contrato, una de las partes –el patrono, empresario o empleador- otorga remuneración a cambio de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad subordinada de la otra parte denominada el trabajador².

¹ CABANELLAS, G., *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Heliasta, 25° Ed., Tomo VI, Argentina, 1997, pp. 389, Voz: Prestación de servicios.

² CABANELLAS, G., *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Heliasta, 25° Ed., Tomo II, Argentina, 1997, p. 351, Voz: Contrato de trabajo.

Mientras que cuando la prestación de servicios se desarrolla en condiciones no laborales, la regulación aplicable corresponde al ámbito de aplicación del Derecho privado, concretamente, la regulación aplicable al contrato de obra bajo la modalidad de prestación de servicios, tipificado por el artículo 932 del Código civil boliviano.

En este contexto, conviene recordar que ya en los tiempos de los romanos se distinguía entre la *locatio operis*, o arrendamiento de obra, y la *locatio operarum*, o arrendamiento de servicios. El primero, era el contrato por el cual una persona se obligaba frente a otra a ejecutar un trabajo o una empresa determinada; mientras que el segundo -el contrato de arrendamiento de servicios- era el contrato por el cual una persona ponía su actividad y sus talentos profesionales al servicio de otra, por un tiempo determinado o indeterminado, tiempo en el cual el profesional quedaba obligado a prestar los servicios propios de su especialidad³. Similar diferenciación encontramos en la regulación civil vigente en Bolivia.

En realidad, a la prestación de servicios se pueden aplicar normas legales distintas, generando derechos y obligaciones distintos. A la prestación de servicio en relación de dependencia laboral se aplica la Ley General del Trabajo (en adelante LGT) y se generan todos los derechos laborales y sociales que le corresponden a los trabajadores; mientras que a la prestación de servicios en condiciones de independencia se puede aplicar la regulación del Código de Comercio (en adelante CCM) o del Código civil (en adelante CC) y los derechos y obligaciones emergentes son los que se tienen pactados en el correspondiente contrato de prestación de servicios⁴. Estos efectos legales distintos provocan confusión en el sector empresarial moderno a tiempo de determinar cual es la regulación aplicable a sus contratos de prestación de servicios. Por ejemplo:

Si A desarrolla servicios a favor de B a cambio de una remuneración económica, ¿qué tipo de relación jurídica se configura entre A y B: laboral, civil o comercial?

En realidad, la respuesta a estas interrogantes no depende del tipo de documento utilizado o el contrato elegido, tampoco depende de la legislación pactada contractualmente o del nombre o rótulo utilizado para el dicho contrato, sino que se aplica una u otra regulación en función a las características materiales con las que se efectúa la prestación del servicio. Son éstas características materiales las que motivarán la aplicación de la Ley General del Trabajo, el Código de comercio o el Código civil.

³ CABANELLAS, G., *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Heliasta, 25° Ed., Tomo II, Argentina, 1997, pp. 347-348, Voz: Contrato de locación de servicios.

⁴ También existe la prestación de servicios regulada por leyes especiales, tales como la Ley del funcionario público. Sin embargo, el presente trabajo enfoca el análisis solamente a la regulación laboral, civil y comercial aplicable a la prestación de servicios.

En sede del Derecho laboral, tanto el artículo 5 LGT, como el artículo 5 de su Decreto reglamentario, establecen que el contrato de trabajo es aquel en virtud del cual una o más personas se obligan a prestar sus servicios manuales o intelectuales a favor de otra u otras personas.

Mientras que desde el punto de vista del Derecho privado, el artículo 732 del Código civil, establece que por el contrato de obra el empresario o contratista asume, por sí solo o bajo su dirección e independientemente, la realización del trabajo prometido a cambio de una retribución convenida. Aclara también, que el objeto de este contrato puede ser la reparación o transformación de una cosa, cualquier otro resultado de trabajo o la prestación de servicios. Nótese, que en este artículo, el Código civil está incluyendo el término "empresario" para hacer referencia tanto a las prestaciones de servicios empresariales como a las prestaciones de servicios profesionales. El término profesional debe ser entendido en su sentido amplio, incluyendo a los técnicos y empíricos que, sin embargo, son considerados especialistas en el oficio contratado, y que prestan sus servicios directamente y no a través de una organización empresarial.

Precisamente, los servicios prestados por profesionales constituyen uno de los supuestos regulados por el código de comercio como **actos no comerciales**, concretamente por el artículo 8 del Código de comercio que establece que no serán considerados como actos de comercio la prestación directa de servicios por profesionales y los servicios de los artesanos, obreros y otros, establecidos sin condición de empresarios. En sentido contrario, toda prestación de servicios prestados por personas (profesionales o técnicos) que integran una organización empresarial será considerada como prestación de servicios empresariales regulados por el Código de comercio⁵ y supletoriamente por el Código civil.

II.- DIFERENCIA ENTRE EL CONTRATO CIVIL Y EL CONTRATO COMERCIAL DE SERVICIOS

Se ha dicho que la prestación de servicios puede generar relaciones jurídicas privadas -civiles o comerciales- por un lado y relaciones jurídicas laborales por otro. En este contexto, conviene recordar que el Derecho civil y el Derecho comercial forman parte del denominado Derecho privado y, en este ámbito jurídico, el Estado se limita a respetar y hacer cumplir los acuerdos y pactos celebrados lícitamente por los particulares, quienes en ejercicio a sus derechos disponibles, desarrollan una infinidad de intercambios de bienes o servicios.

Ciertamente, desde el punto de vista del Derecho privado todo contrato implica un intercambio patrimonial; en el caso del contrato de prestación de servicio este

⁵ Ver art. I CCM

intercambio consiste en que una parte desarrolla un servicio a favor de la otra a cambio de una remuneración económica.

Cuando el servicio es desarrollado directamente por una persona civil (no constituida legal ni materialmente como comerciante o empresario) a favor de otra persona civil, entonces, la relación jurídica emergente será de naturaleza civil. Mientras que cuando el servicio es prestado por una organización empresarial (sociedad comercial o empresa unipersonal) a favor de otra organización empresarial, entonces, la relación jurídica emergente será indiscutiblemente comercial⁶.

Una variante de estos contratos comerciales de prestación de servicios son los erróneamente denominados contratos *civil – comercial* de prestación de servicio en los que la relación jurídica contractual tiene por una parte a la persona natural prestadora del servicio (denominado contratista por los términos que provee el código civil) y, por otra parte, el receptor de los servicios (el contratante), usualmente una organización empresarial que ha decidido no utilizar el mecanismo laboral de contratación de personal y que ha optado por tercerizar o externalizar alguna función no propia de su negocio principal, dejando que tal actividad sea desarrollada por un especialista: el prestador de servicios externos. En estos casos, al tenor del artículo 9 del Código de comercio, el acto aún seguirá siendo comercial, por lo tanto, el contrato emergente es un contrato comercial y no un contrato *civil – comercial*.

Por otro lado, el Derecho laboral no forma parte del Derecho privado, sino del denominado Derecho social que se caracteriza por la facultad que tiene el Estado de vigilar y asegurar que los derechos de los trabajadores no sean vulnerados por el desequilibrio de fuerzas económicas entre el empleador y el trabajador; ni siquiera por renuncia voluntaria y expresa del trabajador; toda vez que los derechos laborales son irrenunciables.

El Derecho social tiene además como característica especial su predominio o aplicación preferente respecto a la legislación civil o comercial. Por ello, independiente si el contrato se lo celebra o es denominado por las partes como contrato civil o comercial, si en la prestación del servicio se observan características propias de la relación laboral, entonces, el contrato será obligatoriamente regulado por la Ley General del Trabajo.

Al tenor del artículo 1 LGT, reafirmado por el Art. 2 del Decreto Supremo 28699 de 01 de mayo del 2006, cuando el servicio es prestado por una persona –profesional o no- en condiciones de dependencia y subordinación y, si el trabajo es prestado por cuenta ajena y a cambio de una remuneración –cualquiera sea su

⁶ Es necesario recordar que a los efectos del Código de comercio el término comerciante es equivalente a empresario. Por ello, que el código de comercio se aplica a todas las organizaciones empresariales, ya sean empresas unipersonales o sociedades comerciales.

forma-, entonces, el contrato será calificado como laboral sin importar la forma o la denominación del contrato que se haya suscrito. Es decir, sin importar que el contrato se lo haya denominado civil o comercial, ya que por imperio del artículo 48 de la Nueva Constitución Política del Estado (en adelante CPE) y del artículo 44 del Decreto Ley N° 16896 de 15 de julio de 1979, denominado Código Procesal del Trabajo, las normas laborales son de aplicación preferente a cualquier otra y, por lo tanto, se sobreponen a la normativa civil o comercial. Consecuentemente, las autoridades competentes calificarán dicha relación y dicho contrato como laboral, obligando al contratante (receptor de los servicios) a pagar los beneficios sociales a favor del prestador del servicio y, en su caso, a pagar las multas aplicables por infracción de las leyes sociales.

III.- EL FRAUDE LABORAL

El *fraude laboral*, es la simulación de una relación jurídica civil o comercial para ocultar una relación laboral; no es otra cosa que la intención o efecto de disfrazar una relación jurídica laboral a través de la utilización de contratos civiles o comerciales usualmente con la intención de reducir costos mediante el no pago de los beneficios laborales y sociales que le corresponden al trabajador prestador del servicio.

Pero, ¡cuidado con las demandas laborales o sanciones por la utilización de contratos de prestación de servicios! Es necesario estar conciente que cuando concurren las características esenciales de la relación laboral, el prestador del servicio goza de todos los derechos laborales y sociales que le corresponden al trabajador, sin importar el tipo de contrato suscrito entre las partes.

Por ello, para los efectos prácticos de la actividad empresarial, aún más importante que la diferenciación entre un contrato civil o comercial de prestación de servicios, es la diferenciación entre éstos y a los contratos laborales, valorando e identificando los elementos constitutivos de la relación de trabajo.

IV.- DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE TRABAJO: LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

La normativa relevante a los efectos del estudio de los contratos de prestación de servicios y su diferenciación respecto a los contratos civiles o comerciales se encuentra fragmentada en la legislación laboral vigente en Bolivia. Las normas más relevantes son:

El Decreto Ley de 24 de mayo de 1939, denominado Ley General del Trabajo (LGT), que regula los derechos y obligaciones emergentes del trabajo y que en su artículo 2 define las condiciones de trabajador y empleador, y la relación de trabajo por cuenta ajena.

El Decreto Supremo 224 de 23 de agosto del 1943, denominado Decreto Reglamentario de la Ley General del Trabajo, que en su artículo 4 determina que no se consideran “empleados” a los que presten servicios desde sus domicilios u oficinas, sin concurrir cotidianamente a las del patrono, o aquellos cuyos servicios sean discontinuos.

La Ley del 26 de octubre del 1949 y su Decreto Reglamentario del 26 de enero de 1956, que dispone que los profesionales, sean estos, abogados, médicos, ingenieros, dentistas, farmacéuticos, contadores, matronas, enfermeras, visitadoras o asistentes sociales diplomadas, procuradores y profesores o maestros que trabajan en empresas comerciales, industriales e instituciones bancarias a sueldo mensual, aunque no estén sujetos a horario continuo, gozarán de todos los beneficios sociales acordados por las leyes sociales a favor de los trabajadores.

El Decreto Supremo 23570 de 26 de julio del 1993, que en su artículo 1 establece que las características esenciales de la relación laboral son: (a) La relación de dependencia y subordinación del trabajador respecto al empleador. (b) La prestación del trabajo por cuenta ajena. (c) La percepción de remuneración o salario, en cualquiera de sus formas y manifestaciones.

El Decreto Supremo 28699 del 1 de mayo del 2006, que ratifica como características esenciales de la relación laboral a la relación de dependencia y subordinación del trabajador respecto al empleador; la prestación del trabajo por cuenta ajena y la percepción de remuneración o salario, en cualquiera de sus formas y manifestaciones.

El Decreto Supremo 107 de 1 de mayo de 2009, que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la legislación laboral y el goce pleno de los derechos laborales de las trabajadoras y trabajadores dependientes asalariados de las empresas, sea cual fuere la modalidad de estas empresas. Esta disposición sugiere la legalidad de las actividades de empresas subcontratantes de personal y aclara que la norma laboral presumirá la existencia de relación de dependencia laboral entre la empresa subcontratada y los dependientes directos de ésta, aunque anuncia que se sancionará cualquier tipo de práctica empresarial tendiente a evadir relaciones típicamente laborales, sean de subcontratación u otras similares; referencia aplicable a la tercerización, externalización, intermediación, u otras modalidades similares.

La Resolución Ministerial No 108/10 de 23 de febrero del 2010, que prohíbe toda modalidad de subcontratación en tareas propias e inherentes al giro habitual y principal de la empresa.

Esta es la normativa laboral vigente y aplicable a los contratos de prestación de servicios en Bolivia. De su análisis se infiere que ante la presencia fáctica de los

elementos de dependencia y subordinación en la prestación del servicio, se estará ante una relación laboral y, se desplazará en sus efectos, a la regulación comercial o civil. Sin duda, los elementos característicos que identifican la existencia de una relación laboral son precisamente la subordinación y la dependencia laboral.

Sin embargo, la legislación laboral no es clara respecto al significado de estas características, más aún en situaciones de servicios prestados en circunstancias como las que se desarrolla dentro de la empresa moderna. Por ello, conviene realizar algunas precisiones respecto a la subordinación y la dependencia como elementos característicos de la relación laboral.

La subordinación y la dependencia son como dos caras de una misma moneda: la relación empleador – trabajador. En la relación laboral el empleador adquiere dominio y dirección de la fuerza física o mental de su trabajador; lo sujeta a su autoridad⁷, lo hace su *dependiente* y se responsabiliza por sus actos. En el mismo contexto, el trabajador queda *subordinado* a la dirección del empleador durante la jornada de trabajo, realizando las actividades que el empleador le instruye. Es decir; la subordinación es el poder de dirección⁸ que ejerce el empleador sobre el empleado que se deriva en el estado de limitación de la autonomía del trabajador; al cual se encuentra sometido en sus prestaciones por razón de su contrato y que origina la potestad del empleador para dirigir la actividad del trabajador; quien es su dependiente a efectos de obtener mayor rendimiento o productividad de la empresa bajo la dirección que él ejerce⁹.

Nótese, que la subordinación y dependencia no son definibles en términos precisos y unívocos, en realidad, es un conglomerado de circunstancias, que en mayor o menor medida, contribuyen a crear un clima económico y social concreto, susceptible de encajar razonablemente en el encuadre jurídico¹⁰ de la subordinación y dependencia laboral

Por ello, a tiempo de diferenciar e identificar la existencia de una relación de dependencia laboral habrá que observar algunos otros aspectos, tales como:

- La condición jurídica del prestador del servicio.
- Si es una persona natural, un profesional o una organización empresarial.

⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Driskill S.A., Tomo VI, Buenos Aires – Argentina, p. 766, Voz: Dependencia.

⁸ ACKERMAN, M.E., “Contrato de servicios y contrato de trabajo. La protección de la persona en las fronteras del Derecho del trabajo”, Revista Latinoamericana de Derecho, Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre 2007, p. 8, disponible en www.juridicas.unam.mx/f/c/01 de marzo del 2010.

⁹ CABANELLAS, G., *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Heliasta, 21° Ed., Tomo VII, Argentina, 1989, p. 535 Voz: Subordinación laboral.

¹⁰ ACKERMAN, M.E., “Contrato ...”, Ob. Cit. p. 14.

- Si el servicio recae sobre una función propia o permanente de la empresa contratante. Es decir, si es una actividad del giro (negocio) principal del contratante.
- Si el prestador del servicio desarrolla un **know how** propio, o si desarrolla sus funciones bajo el sistema de gestión, técnicas y procedimientos del contratante.
- Si el contratante ordena y dirige el tiempo y las actividades del prestador del servicio.
- Si el contratante controla la asistencia y el efectivo cumplimiento de la jornada de trabajo.
- Si existe dependencia económica. Es decir, si todos los ingresos del prestador del servicio lo recibe de su contratante.
- Si existe exclusividad a favor del contratante.
- Si la prestación del servicio se lo realiza con carácter personal, o si por el contrario, el prestador del servicio tiene facultades de delegarlo a un dependiente de él.
- Si el servicio se lo desarrolla dentro o fuera de las instalaciones del contratante.
- La forma de pago. Si el prestador del servicio emite factura.

En la valoración de estos aspectos conviene tener presente el efecto del denominado principio de la primacía de la realidad recogido expresamente por el artículo 2 del Decreto Supremo 23570 de 26 de julio del 1993, en el que se aclara que cualquier persona natural que preste servicios, en cuya relación concurren las características esenciales de la relación laboral se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LGT y goza de todos los derechos reconocidos en ella, sea cual fuere el rubro o actividad que se realice, así como la forma expresa del contrato o de la contratación verbal si fuera el caso.

V.- LOS SERVICIOS QUE LA EMPRESA MODERNA REQUIERE EN EL SIGLO XXI

El mundo empresarial del siglo XXI, cada vez más globalizado y competitivo, exige empresas con mentalidad global, eficientes y flexibles. Estas exigencias mundiales han cambiado profundamente la forma de organización de las empresas.

Las empresas modernas buscan ser cada vez más especializadas, cediendo a proveedores externos las actividades que no consideran prioritarias a efectos de lograr mayor especialidad, eficiencia, reducción de costes y productividad¹¹. Estos

¹¹ ELIAS, J., "Desindustrialización, terciarización y otros tópicos enganosos", La Caixa, Informe Mensual, Abril

nuevas formas de organización se estructuran sobre la denominada *externalización* o *tercerización*.

En la actualidad, las empresas modernas están externalizando actividades como los servicios de contabilidad, informática, mantenimiento de equipos tecnológicos, limpieza, seguridad, servicios legales, publicidad, jardinería y otros¹². Esta estrategia empresarial que busca mayor eficiencia y especialidad ha reemplazado una gran cantidad de funciones que antes se desarrollaban en situación de dependencia laboral.

Lamentablemente, la externalización no sólo se está utilizando para avanzar hacia una mayor eficiencia empresarial, en muchas ocasiones sólo se la utiliza como mecanismo para reducir gastos a la empresa en razón al no pago de derechos laborales (aguinaldo, vacaciones, primas, indemnización por tiempo de servicios) y sociales (jubilación, seguro de salud, seguro de accidentes).

Esta realidad motiva nuevamente la pregunta: *¿cuándo una empresa queda expuesta a demandas laborales y sanciones administrativas por indebida utilización de contratos civiles o comerciales de prestación de servicios?*

Ante tal cuestión y, para no caer en posibles demandas laborales y en sanciones de las autoridades laborales, la empresa moderna deberá observar cuidadosamente las características, condiciones y modalidades con las que se prestarán los servicios contratados. En este contexto, conviene tener presente que al interior de la empresa moderna la utilización de contratos de prestación de servicios pueden configurar distintos escenarios jurídicos; en algunos casos los servicios se prestan en condición de dependientes y bajo una relación de dependencia; en otros casos se prestan en condición de independencia y bajo una relación eminentemente independiente. También se puede dar el caso en el que el servicio se presta en condición de independencia pero bajo una relación de semi – dependencia y, finalmente, existen casos en los que los servicios se prestan en condición de dependencia pero a favor de una persona u organización que no figura contractualmente como su empleador.

A. SERVICIOS DEPENDIENTES PRESTADOS EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA

Los servicios dependientes en relación de dependencia configuran la típica relación jurídica laboral en la que es notoria la presencia de la subordinación y dependencia del trabajador a favor del empleador; quien se apropia de su actividad física o intelectual y lo destina al proceso productivo de la empresa que dirige.

2009, p.50. Disponible en: http://www.pdf.lacaixa.comunicacions.com/im/esp/200904box_esp.pdf, f/c 29.04.10

¹² CANALS, C., "Deslocalización, *outsourcing*, *offshoring*..., ¿de qué hablamos?", La Caixa, Informe Mensual, Abril 2009, pp. 17-18. Disponible en: http://www.pdf.lacaixa.comunicacions.com/im/esp/200904box_esp.pdf, f/c 29.04.10

El prestador del servicio es siempre una persona natural (un trabajador) que desarrolla una función propia y permanente del giro o negocio principal de la empresa contratante (el empleador). Cumple una jornada laboral y queda subordinado a la dirección del empleador durante dicha jornada; normalmente el trabajador desarrolla una dependencia económica en el sentido que el total de sus ingresos provienen del contratante, toda vez que el total de la jornada laborable diaria la ocupa prestando el servicio exclusivamente a favor de su empleador.

B. SERVICIOS INDEPENDIENTES PRESTADOS EN RELACIÓN DE INDEPENDENCIA

En el otro extremo se tiene a los servicios que se prestan de forma independiente y bajo una relación de absoluta independencia laboral. Este tipo de prestación de servicios genera una relación jurídica de naturaleza civil o comercial, dependiendo si el servicio lo presta un profesional o un técnico especialista, o si es una organización empresarial legalmente establecida la que presta el servicio. Por ejemplo:

- Los servicios prestados por un carpintero a favor de una empresa, cuando los servicios son prestados desde el taller del carpintero no pueden ser calificados como una relación laboral, sino civil.
- Los servicios prestados por un profesional médico a favor de una empresa, cuando los servicios son prestados desde las oficinas del profesional, no podrán ser calificados como relación laboral, sino como una relación regulada por el código civil.
- Los servicios prestados por una empresa de publicidad y desde sus oficinas, no pueden ser calificados como una relación laboral, sino como una relación jurídica comercial.

En estos casos, el aspecto determinante y diferenciador respecto a la relación laboral es la falta de subordinación y dependencia que queda evidenciado por el lugar desde donde se presta el servicio y porque el prestador del servicio cuenta con un establecimiento propio. Este criterio está recogido en el artículo 4 del Decreto Reglamentario de la Ley General del Trabajo.

C. SERVICIOS INDEPENDIENTES PRESTADOS EN RELACIÓN DE SEMI –DEPENDENCIA

Distinta situación se genera al interior de la empresa moderna que ha apostado por la contratación de servicios externos para el desarrollo de las actividades que considera eficiente externalizarlas. Cada vez más las empresas están optando por tercerizar o externalizar actividades relacionadas con la limpieza, seguridad, servicios

legales, auditorias de mercado, soporte y mantenimiento de equipos informáticos, enfermería, publicidad y otros.

Sin embargo, para neutralizar los riesgos relacionados con demandas laborales y sanciones por la utilización de contratos de prestación de servicios externos (externalización), conviene detenerse nuevamente en los criterios que en su conjunto llegan a determinar la existencia de la *subordinación y dependencia* laboral, que como se ha dicho, constituyen los elementos esenciales para el Derecho laboral.

Si la parte contratante dispone del esfuerzo físico o mental del prestador del servicio y lo subordina completamente a su dirección y organización empresarial, entonces, se estará ante una relación típicamente laboral. Esta *subordinación y dependencia* –entendida como dirección organizacional- se puede observar cuando el contratante organiza, dirige y controla la ejecución de las actividades del prestador del servicio, así como los tiempos que el prestador del servicio dedica a la ejecución de dichas actividades, exigiendo y controlando la asistencia y el cumplimiento efectivo de la *jornada laboral*. Nótese, que en estos casos el contratante está pagando por el tiempo del prestador del servicio y no por la gestión o resultado de su servicio especializado.

Bajo este razonamiento, también es recomendable observar si el prestador del servicio utiliza en el desarrollo de su actividad un *know how* propio o el *know how* (técnicas, sistemas, mejora continua) de la organización del contratante. En los contratos de prestación de servicios externos el contratante no se apropia del *know how* utilizado por el prestador del servicio, salvo pacto en contrario; en los contratos laborales la producción del trabajador beneficia al empleador.

Por otro lado, las probabilidades de que exista una relación laboral se acentúan cuando el prestador del servicio recibe la totalidad de sus ingresos de parte del contratante, es decir cuando *depende económicamente* del contratante. En estos casos, la *subordinación* prácticamente está implícita en la relación jurídica, y esta situación se puede identificar a través de la *exclusividad* -contractual o de hecho- como característica de la prestación del servicio. Esta situación también podría ocultar la intención de revestir una relación laboral con formas no laborales, es decir, intentando defraudar a la legislación laboral a través de contratos civiles o comerciales de prestación de servicios.

Las probabilidades de la existencia del fraude laboral se incrementan cuando el servicio contratado como externamente forma parte de un servicio propio del giro (negocio) principal del contratante. Recuérdese, la externalización se fundamenta razonablemente en la decisión empresarial de externalizar las actividades que consideran no son su especialidad, para concentrarse en las actividades que considera esenciales: su negocio o giro principal.

El lugar donde se efectúa la prestación del servicio también es importante tomar en cuenta. En todos los casos en los que el servicio se desarrolla fuera de las instalaciones del contratante existen menores probabilidades que tal prestación sea considerada una relación laboral. Mientras que si el servicio fuera prestado fuera de las instalaciones del contratante y en las instalaciones del prestador del servicio no quedaría ninguna duda que la relación jurídica emergente no puede ser laboral.

Finalmente, habrá que observar si la prestación de servicio tiene carácter personal (*intuitu personae*) o si es desarrollado por una organización especializada.

En el primer supuesto, si el servicio es prestado por una persona técnica o profesional sin posibilidad de delegar la realización a otra persona, puede que se esté ante una relación de subordinación y dependencia. En estos casos, aún cuando el servicio se realice bajo criterios de independencia organizacional, si existe una remuneración mensual fija, a los efectos de la Ley del 26 de octubre del 1949 la relación jurídica será laboral.

El segundo supuesto, cuando el servicio es prestado por una organización especialista, es razonable pensar que el contratante ha decidido optar por la estrategia de la externalización (encargar a un especialista, más eficiente) como mecanismo para que la empresa contratante alcance a su vez mayores niveles de eficiencia y especialidad y, consecuentemente, la relación jurídica emergente será una relación eminentemente comercial.

Este segundo supuesto se evidencia también a través de la legal constitución y funcionamiento de la organización empresarial contratada. Es decir, se evidencia con la matrícula de comercio actualizada, el número de identificación tributaria y los correspondientes pagos de impuestos, la licencia de funcionamiento y el pago de patentes municipales, la afiliación y los aportes a la caja de salud y al sistema de jubilación de las personas asignadas a la empresa contratante y el certificado de empleador emitido por la Dirección departamental del Trabajo. Significará también, el cumplimiento periódico y sostenido de las obligaciones tributarias y de los aportes al sistema de seguridad social de parte de la empresa prestadora de los servicios contratados.

Resulta bastante importante verificar estos extremos, pues, estos documentos son la prueba que entre la empresa contratante y la empresa prestadora del servicio existe un contrato y una relación jurídica comercial, y que las personas que efectivamente presta el servicio (personal asignado) no dependen laboralmente de la empresa contratante, sino de la empresa contratada, es decir, de la empresa prestadora de los servicios.

D. SERVICIOS DEPENDIENTES PRESTADOS EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA A FAVOR DE UNA EMPRESA QUE NO ES JURÍDICAMENTE EL EMPLEADOR

En este escenario jurídico aparecen las empresas *intermediadoras* de personal, también llamadas Agencias de empleo privadas, como han sido denominadas en el Convenio No 181 de la Organización Internacional del Trabajo. Estas empresas además de desarrollar el mero servicio de agencia de empleo, es decir, vincular ofertas y demandas de empleo, pueden también desarrollar servicios de contratación de trabajadores para asignarlos y ponerlos a disposición de una tercera persona: la empresa usuaria o receptora de la prestación del servicio realizado por la persona contratada¹³.

En esta situación tenemos a una persona (trabajador) contratado para prestar servicios dependientes y en situación de dependencia a favor de una organización empresarial (empresa usuaria o receptora) pero jurídicamente vinculado por un contrato de trabajo suscrito con la empresa intermediadora. Las características esenciales de subordinación y dependencia se configuran entre el trabajador y la empresa usuaria, mientras que el contrato laboral se suscribe entre el trabajador y la empresa intermediadora. Los derechos laborales y sociales a favor del trabajador lo asume esta empresa intermediadora.

Bajo la legislación laboral vigente en Bolivia, la existencia de la subordinación y la dependencia en una relación de prestación de servicio constituye una relación jurídica laboral y genera a favor del trabajador todos los derechos laborales y sociales. En este sentido, resulta coherente el contenido del artículo 2 de la Resolución Ministerial No 108/10 de 23 de febrero del 2010

Sin embargo, si todos los derechos y obligaciones están cubiertos por la empresa intermediadora en beneficio del trabajador, entonces no necesariamente existe fraude a la legislación laboral -cuyo fin último es, precisamente, el aseguramiento de los derechos del trabajador-. Pero, si la empresa intermediadora no cumple con los derechos del trabajador, entonces, el trabajador tiene toda la legitimidad para exigir a la empresa usuaria o receptora de los servicios el cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, que desde el punto de vista de la Ley laboral siempre han sido su responsabilidad.

Por lo tanto, la prestación de servicios contratados a través de una empresa intermediadora de personal, además de su aparente contradicción a lo preceptuado por el artículo segundo de la R.M. 108/10 del 23 de febrero del 2010, siempre generará a la empresa usuaria o receptora una responsabilidad más que solidaria,

¹³ MONTELLANO, C., "Tercerización o intermediación laboral", LEA – Magazine, Edición 06, Julio, p.51 (50-53)

dado que, en realidad, es la principal responsable del efectivo cumplimiento de los derechos del trabajador:

VI. CONCLUSIONES

La actividad empresarial en el siglo XXI exige un alto grado de eficiencia y competitividad y, en la búsqueda de estos objetivos, los servicios que las personas prestan a las empresas en el desarrollo de su proceso productivo pueden generar efectos legales de naturalezas jurídicamente distintas.

Los servicios de personas que actúan en actividades propias e inherentes al giro o negocio principal de la empresa contratante y que se desarrolla bajo el sistema, organización y dirección de la empresa contratante tendrá una naturaleza jurídica laboral y generará a favor de la persona prestadora del servicio, todos los derechos reconocidos por la legislación laboral vigente. Mientras que los servicios prestados de forma independiente y bajo una relación independiente generan una relación jurídica comercial o civil.

Precisamente, las características que definen la existencia de la relación laboral y que a su vez la diferencian de relaciones jurídicas comerciales o civiles son la subordinación y la dependencia de la persona prestadora del servicio respecto al contratante o empresa contratante. Sin embargo, estas características se vuelven difusas cuando los servicios contratados responden a una política empresarial de tercerización o externalización de actividades que, si bien importantes para la organización, no integran la actividad o negocio principal del contratante.

Bajo esta realidad, conviene además observar la subordinación y dependencia a través de otras características que se hacen visibles en el desarrollo y ejecución de la relación laboral, tales como el lugar desde donde se presta el servicio, si el servicio contratado realmente no recae sobre una actividad propia del giro del contratante, si no existe una dirección, planificación y control del tiempo y las actividades del prestador del servicio, y si no existe dependencia económica, entre otras.

Finalmente, si la empresa contratante desea evitar exponerse a demandas laborales y sanciones judiciales o administrativas por evadir relaciones típicamente laborales (fraude laboral), conviene que cuando decida tercerizar o externalizar alguna actividad de su proceso productivo, preferentemente contrate con una organización empresarial especializada, y no con una persona particular; cuidando además que el contrato suscrito tenga el soporte documental que demuestre la condición jurídica – comercial formal del prestador del servicio, es decir, que tenga Matrícula de comercio actualizada, licencia de funcionamiento, Nit, afiliación al sistema de seguridad social y al Ministerio de Trabajo, etc.

Tomando estas precauciones, el contrato será indudablemente comercial, la relación jurídica emergente será comercial y no laboral, y el proceso de tercerización o externalización quedará evidenciado porque quien se está haciendo cargo de ejecutar el servicio requerido es una organización especializada (unipersonal o sociedad comercial) y no solamente una persona.

Este esquema aleja también la duda sobre la existencia de un fraude a la legislación laboral a través de la utilización de contratos civiles o comerciales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, M.E., "Contrato de servicios y contrato de trabajo. La protección de la persona en las fronteras del Derecho del trabajo", Revista Latinoamericana de Derecho, Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre 2007, disponible en www.juridicas.unam.mx f/c 01 de marzo del 2010.

CABANELLAS, G., *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Heliasta, 25° Ed., Tomo VI, Argentina, 1997.

CANALS, C., "Deslocalización, **outsourcing**, **offshoring**... ¿de qué hablamos?", La Caixa, Informe Mensual, Abril 2009, pp. 17-18. Disponible en: http://www.pdf.lacaixa.comunicacions.com/im/esp/200904box_esp.pdf, f/c 29.04.10

ELIAS, J., "Desindustrialización, terciarización y otros tópicos enganyosos", La Caixa, Informe Mensual, Abril 2009, Disponible en: http://www.pdf.lacaixa.comunicacions.com/im/esp/200904box_esp.pdf, f/c 29.04.10

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Ed. Driskill S.A., Tomo VI, Buenos Aires – Argentina.

MONTELLANO, C., "Tercerización o intermediación laboral", LEA – Magazine, Edición 06, Julio, pp. 50-53.