

**IX CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO  
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA AIJDTSSG**

**Guatemala, 26 al 28 de febrero de 2014**

**QUÉ ES EL OUTSOURCING. VENTAJAS Y  
DESVENTAJAS DE LA SUBCONTRATACIÓN**

**ROLANDO MURGAS TORRAZZA**

**Profesor Titular de Derecho del Trabajo  
Universidad de Panamá**

**Miembro de Número y Ex Presidente de la Academia Iberoamericana de  
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

**Miembro Fundador y Ex Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del  
Trabajo y de la Seguridad Social**

**Miembro y Ex Presidente del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de  
la Seguridad Social**

**Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad  
Social para Norte y Centroamérica**

**Miembro del Grupo de los Nueve**

# QUÉ ES EL OUTSOURCING. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA SUBCONTRATACIÓN

ROLANDO MURGAS TORRAZZA

## I. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA Y SUS DIFICULTADES

Buena parte de las discusiones en torno al papel del Derecho del trabajo en los nuevos escenarios globalizados, giran en torno a la intensa utilización de expresiones como externalización de servicios, subcontratación, tercerización, *outsourcing*, etc. Se mezclan conceptos de vieja data y regulación restrictiva por el Derecho del trabajo, con la utilización simultánea de otros que se pretenden presentar como novedosos y sana expresión de nuevas e inescapables realidades, que, en el fondo revelan una clara intencionalidad de evasión de responsabilidades patronales y de desprotección y sobreexplotación de los trabajadores.

En su momento para manifestarse partidario o no de la flexibilización laboral, era menester saber qué debía entenderse por la misma, esto es, si se trataba de lo que llegó a los extremos de la llamada *desregulación salvaje*; o de una suerte de adecuación del Derecho del trabajo; o, al menos de posiciones intermedias. Hoy, para expresar ventajas y desventajas del *outsourcing*, debe tenerse claro qué abarca esta figura, sus reales motivaciones, sus alcances y limitaciones.

Desde hace mucho las legislaciones laborales reaccionaron restrictivamente frente a las prácticas de los empleadores de trasladar a otros (por ejemplo: al llamado *hombre de paja*) la condición de empleador, lo que, a su vez, conducía al traslado de las responsabilidades pecuniarias.

De allí todo ese tradicional conjunto de normas sobre contratistas, subcontratistas e intermediarios, que sin prohibir el uso de esas figuras, las condicionaban a determinadas exigencias y, en algunos casos, se llegaba a que quien no era empleador podía ser responsable de obligaciones laborales incumplidas, ya sea vía solidaria o subsidiaria.

Esos modelos legislativos no impedían a las empresas celebrar contratos para que otras empresas, con sus propios trabajadores ejecutasen determinadas obras o servicios, Asimismo, el contratista podía subcontratar parte de la obra (por ejemplo: en la construcción). Para que contratistas y subcontratistas (en algunos países se hacía alusión común a subcontratistas) conservasen la condición de empleador, se les exigía, entre otras cosas, organización y capital propios. El dueño o beneficiario de la obra, no se reputaba, entonces, como empleador, pero en determinados supuestos podía resultar responsable por las obligaciones de contratistas y subcontratistas.

Los intermediarios generalmente no eran considerados como empleadores y solo por excepción debían responder por las obligaciones laborales del empleador.

Desde luego que el modelo antes descrito, inducido por comportamientos patronales dirigidos a desentenderse de la condición de empleadores y sus consiguientes responsabilidades, no siempre resultó suficiente y surgieron en la realidad, los incumplimientos deliberados.

Básicamente, las legislaciones actuales conservan en gran parte la normativa en cuestión.

Sin embargo, surge la sustitución del llamado modelo *fordista* por nuevas formas de organización empresarial, que apuntan hacia que la empresa conserve una suerte de núcleo duro de la actividad que le es más propia y el resto la *externalice*, es decir, la ponga en manos de empresas especializadas que, en sus propias sedes y con sus propios trabajadores,

realizan esa parte complementaria de la actividad productiva. Al mismo tiempo, ciertos servicios **dentro de la empresa**, por su grado de especialidad tienden a ser más fácilmente encargados a otras empresas (vigilancia, aseo, soporte técnico, etc.).

Es ya una constante la búsqueda e implementación de nuevas formas de organización empresarial, como consecuencia del cambio tecnológico y de la misma globalización en su conjunto, con sus mayores exigencias de eficiencia y competitividad.

La globalización ha propiciado la distribución y encadenamiento de los procesos productivos, relocalizados desde los grandes centros económicos hacia los países de la periferia, con su atractivo de mano de obra de menor costo, virtual *ventaja comparativa*.

La externalización constituye una estrategia de administración que permite concentrar las tareas gerenciales en el mencionado núcleo duro, en las cuales se integra la actividad de la empresa.

De esta manera, actividades otrora típicamente propias de la empresa quedan en manos de otras empresas que se especializan en la ejecución de las mismas, ya sea como servicios prestados a distintas empresas o con vinculación a una empresa en particular.

El fenómeno no es solo la expresión del encadenamiento y distribución de procesos productivos en varios países, sino que comprende igualmente la actividad empresarial desarrollada al interno de un país en particular.

Es aquí donde va tomando cuerpo el llamado *outsourcing*, también conocido, en expresión de nuestra lengua, como *externalización de servicios* o genéricamente como *tercerización*.

Como hemos expresado, son históricamente constantes las situaciones de fraude en las relaciones laborales, como una sostenida tendencia dirigida a evitar la aplicación total o parcial de la legislación del trabajo. Con frecuencia, se utiliza la simulación como instrumento para consumir el fraude. Ahora se busca que con reformas legales, se avalen las situaciones de fraude.

La simulación se expresa respecto de la existencia misma de la relación laboral, la identificación del empleador, la responsabilidad patrimonial e incluso en el contenido y determinación de las condiciones de trabajo. Si bien el tema que desarrollamos tiene como punto de partida los esfuerzos de fraude en la identificación del empleador, el mismo se encuentra vinculado a los otros

El Derecho del trabajo surge del conflicto social, es decir, no es el producto de juristas iluminados (que también jugaron su papel). De allí que su nacimiento y desarrollo han estado signados por constantes resistencias, que hoy llegan a embestidas frontales dirigidas a descalificarlo como un instrumento de equilibrio en la sociedad y hasta proclamar o inducir la necesidad de su desaparición.

Si bien los ataques frontales, intensos y sostenidos en contra del papel y la necesidad del Derecho del trabajo, se pueden ubicar en las dos o tres últimas décadas, los esfuerzos reales por zafarse de sus normas imperativas, son tan viejos como esta rama del Derecho.

Es obvio que, si pudiesen escoger, en general los empleadores preferirían ubicar las relaciones jurídicas con sus trabajadores, en el ámbito del Derecho civil o del Derecho comercial. Tal opción, les evitaría el cumplimiento de normas mínimas de protección, tanto económicas como de otra índole (limitaciones al poder de despedir, por ejemplo); suprimiría las obligaciones de seguridad social; no tendrían mayores controles ni

fiscalización en cuanto a condiciones de trabajo y cumplimiento de la Ley o de los contratos; y, lo que es de enorme trascendencia, les sustraería de los fenómenos colectivos (relaciones con los sindicatos, negociación colectiva y huelga).

Por ello, desde sus orígenes y hasta ahora, el Derecho del trabajo se vio obligado a establecer<sup>1</sup> legislativamente normativas dirigidas a enfrentar la simulación y el fraude en orden a la existencia de la relación laboral, así como en cuanto a la titularidad de la misma como empleador y las responsabilidades patrimoniales. Pese a lo anterior, en la práctica, siempre se dio una franja que en muchos casos fue importante, en la cual se daba, de hecho, un alejamiento del reconocimiento de la relación de trabajo, fenómeno estadísticamente identificado como “trabajo en negro”.

El fenómeno actual desborda todo lo ocurrido en las etapas anteriores del Derecho del trabajo y, al calor de un neoliberalismo que, pese a su demostrado fracaso, se pretende llegar a las *empresas sin trabajadores* o *empresas de gerentes*, como una censurable forma de desprotección y de zafarse de las responsabilidades laborales y de seguridad social. También como parte de una estrategia empresarial de reducir el poder de negociación de los sindicatos y el ejercicio de los derechos colectivos.

Terminológicamente, procede entonces diferenciar entre la externalización o el llamado *outsourcing* del abominable **suministro de mano de obra**. Un sano y razonable entendimiento del ámbito de permisibilidad de aquellos, podría conducir a la identificación de ventajas y también desventajas; no así la externalización patológica, que pretende

---

<sup>1</sup> Tal es el caso de las numerosas normas sobre contratistas, subcontratistas e intermediarios a que hemos hecho referencia.

entregar a los llamados subcontratistas las actividades propias de la empresa. Aquí resulta de mucha utilidad acudir al principio de *razonabilidad*, en la forma en que debe operar en el Derecho del trabajo.

Lo que sí resulta inaceptable es la proliferación, permitida de hecho o de derecho, del **suministro de mano de obra**. Esto no es externalización u *outsourcing*, sino convertir al trabajo en una mercancía, anhelo permanente del neoliberalismo.

## II. LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL Y SUS DESVIACIONES

Lo que ocurre en la actualidad es que, con el pretexto de las exigencias de competitividad, que nadie duda que son reales, se introducen modalidades contractuales dirigidas a disfrazar las relaciones de trabajo, con un ropaje civil o mercantil, en circunstancias en que en las mismas, quien trabaja se encuentra en una situación de necesidad y de desventaja y, por ello, carece de poder de negociación. Todo esto sostenido por reformas desreguladoras o por la simple tolerancia o incapacidad de fiscalización.

En realidad, a lo que asistimos, es a los intentos sostenidos –y en gran parte triunfantes– dirigidos a eludir la aplicación de la legislación laboral o a **trasladar la condición de empleador** a otras personas o empresas (por ejemplo: intermediarios, contratistas, subcontratistas, empresas de supuesto trabajo temporal). En uno u otro caso, lo que se produce es la desprotección total (incluida la de la seguridad social) o la grave disminución de los niveles de protección.

En lo que se refiere a ciertas modalidades de “externalización” de servicios, conviene hacer dos precisiones. Una cosa es que ciertos servicios, por la aparición de empresas de prestación de servicios especializados, pueda aceptarse como jurídicamente válido que

suministren a otras empresas esos servicios, sin ánimo de fraude laboral y conservando las primeras, plenamente, la condición de empleadoras y de responsables pecuniariamente. Es el caso de ciertos servicios especializados, como los de vigilancia o seguridad, aseo y hasta los de mensajería. Otra cosa es que, al calor de las tendencias a la descentralización de la estructura productiva, en abierta violación a las normas existentes, se pretenda simplemente crear empresas “satélites” (lo que por sí solo no sería necesariamente malo, si no se aprovechara para “deslaborar”), con la característica de que integralmente responden al giro de actividad de la empresa principal; o, peor aún, que se “vista” de empresarios a antiguos trabajadores, para utilizarlos como una forma de desligarse de la titularidad de la relación de trabajo, de las responsabilidades patrimoniales y de provocar una abierta disminución de la protección laboral. Si las nuevas estrategias empresariales imponen esos modelos de descentralización productiva, el derecho del trabajo no tiene por qué cambiar sus principios y sus normas para avalar la desprotección.

Así como en algunos países, las reformas dirigidas a favorecer la contratación temporal, uno de sus efectos fue, contrario a lo deseado, la conversión de puestos permanentes en puestos temporales, el riesgo de flexibilizar la normativa contra el fraude y la simulación, es el de abrir espacios impredecibles a la juridicidad de la desprotección.

Por otro lado, las empresas de mano de obra plantean serios problemas de disminución de la efectividad de la protección laboral (“deslaboración parcial”), aún cuando en algunos países se han hecho esfuerzos por hacerlas compatibles con una adecuada aplicación de las normas laborales.

Se llega al punto de que en una misma empresa existen regímenes de beneficios diferentes, pues los beneficios de la negociación colectiva no alcanzan a trabajadores



con las mismas tareas o trabajo de igual valor. Así, se entroniza el trato desigual y discriminatorio.

La jurisprudencia y la doctrina deben erigirse en muros de contención a los extensivos desbordes en el suministro de mano de obra y otras figuras arriba mencionadas. No son suficientes las responsabilidades solidarias, que si bien son un paliativo, no entran al fondo del asunto, esto es, a que se considere como empleador a quien recibe la prestación del servicio.

### **III. EL PAPEL DE LA LEGISLACIÓN FRENTE A LA EXTENSIÓN DEL FENÓMENO**

Para escapar de la aplicación de la legislación laboral en orden a la titularidad de la relación de trabajo, encontramos tanto prácticas legislativas favorecedoras de ese escape, como auténticas modalidades de fraude a la Ley.

Se ubican en ese elenco las decisiones legislativas de favorecer en algunos casos el suministro de mano de obra, mediante las agencias de trabajo temporal, legalizadas en varios países<sup>2</sup>. En estos casos, la “deslaboralización” es para la empresa que recibe los trabajadores y aunque nominalmente pueda mantenerse un empleador sujeto a la legislación laboral, lo cierto es que este modelo, que tiende a extenderse de hecho y de derecho, supone una disminución sensible de la intensidad y eficacia proteccionista de las normas de trabajo, así como de la posibilidad de exigir con seguridad las responsabilidades pecuniarias.

En parte de estos casos, la “deslaboralización” alcanza a un trabajador que el cambio legislativo –y también las situaciones de hecho- permiten “disfrazar” de empresario, con lo cual a él en particular se le priva de la protección laboral y a sus “compañeros” (supuestos dependientes) se les sustrae del régimen laboral y de la responsabilidad aplicable a la

---

<sup>2</sup> España, Colombia, Argentina, Perú, Venezuela (1999), Brasil y, en casos de excepción, en Panamá.

empresa que es el verdadero empleador. Esto último supone, como ya se dijo, que los demás trabajadores quedan sometidos a un régimen disminuido de beneficios laborales. Por ello, puede hablarse en estos casos de una “deslaboralización parcial”.

Algunas de las llamadas formas utilizadas para la tercerización y externalización de servicios, que si bien son parte de una nueva y creciente “estrategia empresarial”, representan, en buena parte, las mismas vías para eludir la aplicación de la legislación laboral o “trasladar” las responsabilidades correspondientes y, por ende, reducir la intensidad de la protección. Puede aceptarse que la “deslaboralización” no sea, en el fondo, la única o la principal motivación de esa “estrategia empresarial”, pero sin duda en América Latina es parte de su intencionalidad y, al menos, parte importante de sus resultados.

Las empresas de suministro de mano de obra (agencias de trabajo temporal) tienen antecedentes en nuestros países<sup>3</sup>, en unos casos como expresión de la necesidad de algunos servicios temporales justificados y en otros como una vía de “escape” a la titularidad de la relación laboral. Si bien existe una tendencia a legalizarlas, en varios países se extendieron al margen y hasta en contra de la normativa laboral. Donde se han legalizado las empresas de trabajo temporal, en gran medida la consecuencia es la prolongación permanente del suministro de mano de obra

Por último, dentro de los casos mencionados, papel importante tienen las situaciones de hecho, que simplemente evidencian, encubrimientos, disfraces y simulaciones, que cada vez son más extendidos y tolerados.

---

<sup>3</sup> En Panamá se inició en 1972 con normas restrictivas, que no han variado, que en parte tomaron la experiencia existente en ese entonces del modelo Manpower.

Los abusos en la llamada externalización “patológica” de servicios ha llevado, por ejemplo, a una prohibición constitucional en Ecuador, en la reforma constitucional de 20 de octubre de 2008, que incorpora al artículo 327 de la Constitución la prohibición de “la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora”. Esta norma ha sido desarrollada por la normativa ordinaria.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (art.94) introdujo también restricciones a la intermediación laboral. Los artículos 47 y 48 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, establecen prohibiciones a la tercerización e intermediación laboral.

En Panamá, el suministro de mano de obra está expresamente prohibido, pero, al margen de la Ley, está creciendo de manera significativa.

El artículo 94 del Código de Trabajo prohíbe cualquier clase de “arreglos, contratos o combinaciones mediante los cuales una persona o empresa proporcione a otra una parte o todos los trabajadores que necesite para su funcionamiento, manteniendo la primera su condición de empleador”. Es una norma de claridad absoluta, que sólo admite las excepciones del artículo 95, referidas al suministro temporal por períodos que no excedan de dos meses. Pese a ello, están proliferando las empresas de suministro de mano de obra y, a nuestro juicio, la jurisprudencia no siempre ha actuado con la firmeza requerida.

El Decreto Ejecutivo No. 17 de 20 de octubre de 2009, en sus artículos Segundo y Tercero obliga a que la Inspección del Trabajo fiscalice que no sean infringidos los mencionados artículos 94 y 95 del Código de Trabajo. En la práctica, esta fiscalización no se está ejerciendo a suficiencia.

En México, la reciente reforma laboral del año 2012, vino a convalidar en gran parte muchas de las situaciones de hecho, que violaban las normas originales de la Ley Federal del Trabajo.

### III. VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Aún sin entrar en la discusión de si el *outsourcing* se restringe o debe restringirse a las actividades secundarias o complementarias de la empresa, lo cierto es que, independientemente de los beneficios que pueda representar para las empresas que lo adoptan como práctica (reducción de costos, flexibilidad en las tareas gerenciales, etc.), en la realidad el *outsourcing*, por un lado, está rebasando los límites de una externalización entendible y hasta no difícil de otorgarle legitimidad (servicios de seguridad, mantenimiento, soporte técnico e incluso aseo), para alcanzar un sin fin de actividades y tareas de la empresa; mientras que, por otro lado, se utiliza interesada y abiertamente como un instrumento para despojar a los trabajadores de una adecuada protección laboral y debilitar la fuerza sindical, la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga.

Todavía peor. Ya no se trata únicamente de la externalización de actividades que se encargan a un tercero, sino del puro suministro de mano de obra, legalizado al menos parcialmente, como ya se dijo, en varias legislaciones, y tolerado hasta el absurdo, fuera del marco legal, en una gran parte de nuestros países.

Estimamos que hay límites que racionalmente no se pueden rebasar. De lo contrario, al final, la empresa típica va a convertirse en una suerte de *hueso de la aceituna*, con todo hecho desde afuera y, al mismo tiempo, funcionando con trabajadores que dentro de dicha empresa laboran teniendo como empleador a una empresa diferente.

Se llega al descaro de que quien imparte las órdenes e instrucciones de trabajo es la empresa receptora y no el supuesto empleador.

Las consecuencias son obvias. Por un lado, resulta que el trabajo, en este escenario, **SÍ ES UNA MERCANCÍA**. Por el otro, se está generando una especie de **NUEVA PLUSVALÍA**, pues lo que recibe la empresa suministradora es fruto de un claro despojo de beneficios laborales.

Quedan plasmadas las desventajas de la externalización o tercerización *patológica*.

Un *outsourcing* no patológico, adoptado dentro de márgenes de **razonabilidad**, permite a la empresa dedicar sus funciones gerenciales a lo que viene a ser propio del giro ordinario de su negocio, o sea, lo que podríamos llamar el núcleo duro de su actividad. En buena parte ello es compatible con las normas tradicionales de las diferentes legislaciones laborales.