



Universidad
Politécnica
de Nicaragua

Sirviendo a la Comunidad

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

Volumen 3 • No. 10 • Octubre - diciembre 2017 • Número monotemático • ISSN 2413-810X

Publicación trimestral
Managua, Nicaragua

SUMARIO

- Presentación
Geormar Vargas Téllez
- Artículos
Yenny Pinto Sarmiento
Andrea I. Franconi
Danny Ramírez Ayérdiz
Antonio Baylos
Ana Clara Alfie
Luis Manuel Osejo
- Reflexión académica
Oscar Hernández Álvarez
- Corpus iuris de derechos humanos
Corte IDH
- Informativo



ICEJP
Instituto Centroamericano de
Estudios Jurídicos y Políticos



CONSEJO NICARAGÜENSE DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

Mejor revista indexada
Nicaragua 2017

ECJP
UPOLI

Escuela de
Ciencias
Jurídicas y
Políticas

La Subcontratación laboral, alcances y trascendencia legal en Nicaragua

Luis Manuel Osejo

Recibido: 05.10.17/Aceptado: 12.12.17

RESUMEN.

La tercerización de la fuerza laboral es una actividad cada vez más creciente en nuestro país, sin que en el orden jurídico nacional se cuente con una legislación amplia como se requiere para regular este tipo de trabajo, existiendo únicamente normas contradictorias en cuanto a la determinación de las responsabilidades del contratista principal, de manera que es el trabajador que presta el servicio, quien se coloca en una posición de desventaja y desprotección, por lo que se pone al descubierto la necesidad de su regulación. En el presente trabajo se presenta un análisis general basado en criterios doctrinarios, sobre la aplicación de esta figura, la valoración de los criterios jurisprudenciales sentados en el país, para finalmente proponer la forma en que debería regularse para garantizar una efectiva tutela de derechos.

PALABRAS CLAVES

Subcontratación, outsourcing, trabajador subcontratado, responsabilidad solidaria.

ABSTRACT

The contracting out of the work force is an increasing activity in our country, while in the national legal order it has broad legislation as required to regulate this type of work, conflicting standards to exist only in as to the determination of the responsibilities of the main contractor, in a way that is a worker who lends service, who is placed in a position of disadvantage and vulnerability, so it gets exposed the need for regulation. This paper presents a general analysis based on doctrinal criteria, on the application of this figure, the valuation of the jurisprudential criteria sitting at home, to finally propose the form that should be regulated to ensure an effective protection of rights.

KEYWORDS

Subcontracting, outsourcing, outsourced workers, joint and several liability.

Introducción



Luis Manuel Osejo (1975)
Magistrado presidente
del Tribunal Nacional
Laboral de Apelaciones
de Nicaragua. Miembro la
Asociación Iberoamericana de
Derechos del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Contacto:
luis.osejo@gmail.com

En el mundo laboral, se hace cada vez más frecuente el uso de la subcontratación como una forma legal para obtener la prestación de servicios desvinculándose las empresas contratistas de la administración del personal y del cumplimiento del régimen laboral. Constantemente se aprecia la utilización indistinta de los términos tercerización, outsourcing, externalización, entre otros, como sinónimos de subcontratación. Más allá de lograr su comprensión y significado, interesa determinar con precisión cuál es el tratamiento jurídico, sus alcances y su trascendencia legal, sobre la base de la doctrina, la legislación de nuestro país y los criterios jurisprudenciales más concurrentes.

En Nicaragua como en el resto de países de Latinoamérica, así como se desarrollan relaciones laborales formales entre un empleador y un trabajador en la forma tradicional, también se ha desarrollado un creciente uso de procesos en los que una determinada organización contrata a otras empresas para que les sean prestados específicos servicios, implicando el desprendimiento de actividades que no forman parte de las prácticas principales de ésta, concediéndoselas a terceros especializados en cada materia.

Esto implica que, en algunos sectores, y específicamente en determinados servicios no esenciales, la directa contratación laboral de un empleador a sus trabajadores ha venido siendo sustituida paulatinamente por las contrataciones de orden no laboral que se llevan a cabo con terceros, que son estos a su vez, quienes contratan a los que prestan directamente el servicio, existiendo una desconexión entre el sujeto contratante principal que recibe el producto del trabajo y aquel que directamente ofrece sus fuerzas laborales y desempeña el servicio, puesto que entre ambos no existe un aparente vínculo jurídico.

Esto implica que existe una desmejora de condiciones de trabajo de quien presta el servicio, quien en muchas ocasiones no es contratado bajo la observancia fiel de las normas laborales, colocándose en un régimen de desprotección en relación a otros trabajadores que sí son contratados directamente por el empleador, de manera que tienen menos salarios, no pueden acceder a la sindicalización como mecanismo de defensa de sus derechos e intereses, ni reciben la misma tutela de las autoridades.

En nuestro país la situación se complica, por cuanto además de que estas nuevas modalidades de contratación no están reguladas en la legislación laboral a través de instrumentos normativos que determinen al significado, alcance, responsabilidades de los sujetos, límites, y demás cuestiones necesarias para que sujetos contratantes, contratistas y terceros, vean satisfechos sus más elementales derechos.

Así en nuestro orden jurídico encontramos únicamente dos disposiciones legales aisladas que de manera general pretenden regir la temática, una del orden sustantivo y otra del orden procesal, pero lo hacen de manera contradictoria, puesto que el artículo 9 del Código del Trabajo establece una aparente posibilidad de que los contratantes principales asuman responsabilidades directas y solidarias, no obstante el artículo 81 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social constituye la posibilidad de establecer una responsabilidad subsidiaria al contratista principal.

Por lo que apreciamos una aparente antinomia jurídica, que obviamente acarrea conflictos de interpretación, pues por un lado los trabajadores invocarán la norma sustantiva y por otro lado los empleadores obviamente solicitarán la aplicación de la norma procesal, causando evidentes situaciones que por esta causa requieren de un mayor estudio y regulación, sumado lo anterior a que en nuestro país no existen estudios o análisis con carácter científico que aborden esta problemática.

Tenemos entonces una seria dificultad en la aplicación del Derecho del trabajo, que nos exige la definición del régimen jurídico aplicable y la determinación de las responsabilidades de cada sujeto en estos nuevos tipos de contrataciones, siendo el propósito de la presente investigación, contribuir a definir posiciones que coadyuven a brindar un tratamiento adecuado a esta figura jurídica, de manera que los derechos de la clase trabajadora se vean protegidos, sin menoscabar los derechos de los empleadores, pero además, dentro del marco jurídico actual, definiendo si éste es el óptimo, o si es requerido hacer ajustes a la legislación vigente, o a la forma en que se vienen decidiendo los conflictos de esta índole.



seansi.org

La Subcontratación, su definición y términos análogos

Normalmente encontramos en los distintos textos o legislaciones, cuando nos referimos a este tipo de trabajo, un uso indistinto y como sinónimo, de términos como: tercerización, subcontratación, outsourcing y otros, haciéndose por ello necesario que precisemos en su definición.

Tal aseveración nos lleva a aclarar que no se precisa de un concepto uniforme de subcontratación, ya que estas modalidades de prestación de servicios, que se empiezan a manifestar en los años 70, fomentando la composición de dicho término, amplias discusiones jurisprudenciales y doctrinarias en las distintas legislaciones en que se ha regulado.

Por ello, encontramos respecto de la subcontratación, el uso de términos indistintos como outsourcing, tercerización o externalización, terminología que se utiliza según los matices propios de la naturaleza de cada país o legislación en la que existe tal regulación.

La Organización Internacional del Trabajo (1997), ha utilizado la denominación de subcontratación, fijando lo siguiente:

El concepto de trabajo en régimen de subcontratación parece referirse fundamentalmente a las relaciones (directas o a través de un intermediario) entre una empresa usuaria y determinados trabajadores, en las que: a) la forma de la relación se caracteriza por la independencia y la autonomía de las partes; b) la esencia de la relación es, sin embargo, asimétrica, pues los trabajadores se hallan en una situación de subordinación técnica y de organización respecto de la empresa usuaria (p. 6)

El trabajo subcontratado fue uno de los temas de discusión de la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT en 1997, siendo una prioridad en ese momento la definición de la situación legal de dicha modalidad laboral, en aras de garantizar la protección de los derechos de la clase prestadora del servicio.

La preocupación principal del aludido órgano internacional, estriba en que ha sido una práctica creciente en muchos países del mundo, el apartarse de la forma clásica de contratación de relaciones laborales, y optar en cambio por formas comerciales distintas, que en el fondo son análogas a una relación de empleo.

Era vital entonces definir el tratamiento jurídico que debía brindarse a vínculos en los que las empresas, para ejecutar sus tareas normales, contratan trabajadores por medio de intermediarios que conservan ciertos atributos del empleador como el pago del salario; o cuando contratan a personas o grupos de personas para llevar a cabo las labores normales de la empresa, pero procura darles la condición de contratistas o subcontratistas independientes que trabajan por cuenta propia.

Abonando a este planteamiento institucional, Lizama y Ugarte (1998) han descrito a la subcontratación como

la situación en que una empresa, dueño de una obra o faena, contrata a otra persona, denominada contratista, mediante un contrato civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, pudiendo esta última a su turno, contratar a otra empresa, denominada subcontratista, para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido (p.4).

Por consiguiente, la preocupación generalizada de los Estados estriba en que estas formas de trabajo en régimen de subcontratación implican que los trabajadores que prestan el servicio, que en el fondo se hallan en la misma situación de dependencia respecto de la empresa usuaria que los asalariados de ésta, aun cuando en la forma tengan la condición de

subcontratistas comerciales o de asalariados de un subcontratista comercial, se vean privados de la protección prevista por las legislaciones laborales.

Abonando a esa definición de trabajo en régimen de subcontratación la OIT (2008) describe que:

Se entiende también la situación en que una empresa establece un contrato con otra para que ésta, en general a costo menor, produzca ciertos bienes o suministre servicios que normalmente produce o facilita la primera. Aunque es patente el carácter comercial de ese tipo de relación, en ciertos países y ramos industriales se le ha prestado atención porque puede socavar la situación de los asalariados de la primera empresa o trasladar la producción de empresas estables y sólidas a otras que lo son menos y, por consiguiente, tienen menos probabilidades de estar en condiciones de cumplir las obligaciones contraídas con su personal (p. 6).

Como podemos ver, es la OIT la que ha profundizado en el establecimiento del concepto de subcontratación. No obstante, a la fecha, ha sido infructuoso el intento de la Conferencia Internacional del Trabajo, por adoptar un Convenio que regule este tema tan sensible, el cual ha quedado a la fecha en el grado de recomendación.

Encontramos pues, que la doctrina utiliza indistintamente una serie de denominaciones, refiriéndonos al mismo tipo de trabajo tercerizado. Por ello es que Curiel Sandoval (2013) citando a Bárbara Palli, lo sintetiza de la siguiente manera para evidenciar el uso indistinto de la cuestión terminológica:

La palabra outsourcing o subcontratación, en el contexto mexicano, jurídicamente no remite a ningún significado en concreto; se trata de un anglicismo que usan los administradores de empresas, los economistas y los sociólogos por igual, pero que adolece de una conceptualización jurídica formal, lo que dificulta desde el ángulo jurídico, acercarse a su comprensión y entendimiento (p. 221).

Es evidente entonces la multiplicidad de términos con que nos referimos a este tipo de contrataciones tercerizadas.

Así, Curiel Sandoval (2013) ha referido que el término outsourcing es utilizado por diversos expertos como sinónimo de subcontratación, externalización, tercerización, reubicación o intermediación, entre otros, sin embargo aunque sean diversos términos, todos significan lo mismo: para el patrón son sinónimos de plusvalía, disminución y abaratamiento de costos en mano de obra, extinción de responsabilidades con los trabajadores, etcétera. No obstante, para el trabajador estos términos significan todo lo contrario, son sinónimo de pérdida y precarización de los derechos laborales, disminución del salario, e inexistencia de estabilidad en el empleo entre otros (p. 214).

Y coincidiendo con ello la Organización Internacional del Trabajo (1997) ha establecido sobre la denominación terminológica:

No hay unanimidad sobre el significado de la expresión “trabajo en régimen de subcontratación”. Esta y otras locuciones afines en que figura la palabra “subcontratación” se usan con diversas acepciones según los países para designar distintos tipos de relaciones entre determinadas empresas y ciertos trabajadores (muchas veces a través de intermediarios), en los que una de las partes, o ambas, procura apartarse de la relación de empleo normal (p. 5).

Tenemos pues en conclusión que a pesar de que podamos encontrarnos en el tratamiento a esta figura que se le trate con distinta denominación, aquella que más se ajusta al origen laboral es la de subcontratación, por cuanto es la que toma como referencia la determinación de responsabilidades en cuanto a las cargas respecto de los trabajadores, siendo prueba de ello que es la terminología definida por la OIT en la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo de 1,997, como ya antes se ha referido.



Efectos de la subcontratación

Desde el punto de vista del empleador

Tomando en cuenta a Bénaud y Bordeianu citados por Romagnoli (2006), destacan tres factores que inciden en los motivos que llevan a la tercerización:

La decisión de delegar en un proveedor externo una tarea interna puede responder tanto a motivos económicos, como políticos e ideológicos. Económicos, porque el principal objetivo del outsourcing es reducir costos, elevar la calidad y el nivel de los servicios que se prestan como así también mejorar los costos y la performance de las funciones tercerizadas. Asimismo, se delegan los riesgos e inversiones en un tercero (p.109).

Indudablemente que entre los principales costos que se ahorran las empresas que recurren a la subcontratación se encuentran los laborales, especialmente los que implica la contratación de personal especializado. Los motivos políticos se relacionan con la reducción de conflictos laborales y los ideológicos, con una mejor imagen de eficiencia que, dentro de las organizaciones se ofrece.

Mungaray y Ramírez (2006) exponen al respecto que:

Las grandes empresas buscan, por medio de la interacción con las pequeñas, descentralizar algunas etapas particulares del proceso global de producción que les permitan la diferenciación del producto con el fin de satisfacer un mercado cada vez más segmentado debido a las crecientes necesidades del consumidor. Así, mientras una gran empresa busca maximizar sus ganancias o incrementar su participación en el mercado, las pequeñas pueden proponerse coexistir, con el objetivo de generar empleos para los miembros de la familia o proporcionar algún ingreso extra que mejore el nivel de bienestar (p.46).

Con ello queda evidente pues que el interés principal de los empresarios es productivo y económico, sin que se prevean los asuntos laborales, más que desde la óptica del ahorro, lo que es refrendado por Morales (2009) al establecer las cinco razones para contratar en outsourcing que resume en:

Reducir o controlar el gasto de operación. En un estudio realizado por el Outsourcing Institute se encontró que las compañías redujeron costos en un 90 %. Disponer de los fondos de capital. El Outsourcing reduce la necesidad de tener que incluir fondos de capital de funciones que no tienen que ver con la razón de ser de la compañía. Tener acceso al dinero efectivo. Se puede incluir la transferencia de los activos del cliente al proveedor. Manejar más fácilmente las funciones difíciles o que están fuera de control. El Outsourcing es definitivamente una excelente herramienta para tratar esta clase de problema (p.5).

Desde el punto de vista de la clase trabajadora

Planteado todo lo anterior, se considera que el problema primordial que encontramos hoy en día con este tipo de contrataciones, tanto en nuestro país, como fuera de él, consiste en que dicha figura ha venido siendo utilizada, contemplando al trabajador como un recurso material, similar a una mercancía, de manera que se ha perdido el sentido humano del trabajo, pues en este fenómeno de subcontratación, se ha pretendido evadir el cumplimiento de los derechos laborales de quienes prestan el servicio, en aras de conseguir una mayor productividad del trabajo para las empresas usuarias y subcontratadas, siendo esta la finalidad del derecho del trabajo, crear normas que protejan frente a este tipo de abusos.

Sobre este tema señala Añez Hernández (2012) citando a Ermida y Colotuzzo (2009) sustenta que:

El trabajador implicado en una relación triangular carece de protección, o al menos de protección suficiente en la legislación o en la práctica, por lo menos en dos grandes áreas. Generalmente gozan de peores condiciones de trabajo. En segundo lugar, no gozan de ninguna protección por haber sido “expulsados” del ámbito de protección propio del derecho del trabajo. Esto se deriva de enmascarar al trabajador bajo una figura de empresario o de trabajador independiente, lo cual en ambos casos pierde los beneficios de la legislación laboral (p. 172).

De esta manera, el núcleo principal del problema que generan estos tipos de contrataciones, reside en que el trabajador contratado por la empresa tercerizadora, desarrolla su vida laboral en un ambiente de inseguridad jurídica e incertidumbre, haciéndose susceptible a constantes variaciones en sus condiciones de trabajo, quien se desempeña en un ambiente inestable y con principales características de eventualidad, lo que afecta materialmente su vida realmente productiva en relación con otros trabajadores que no están en ese mismo supuesto.

Jacques Freire de Albuquerque (2014) ha establecido sobre estos efectos:

Se transforma en un ciclo: a mayor número de empresas contratistas, mayor rotatividad de los trabajadores en ellas y mayor rotatividad principalmente en las empresas contratantes, por una razón muy sencilla, no tienen obligaciones con los trabajadores de la contratista, cambiando siempre lo que le conviene, dando más inseguridad en el puesto de trabajo. Lo que se convierte en una guerra psicológica interna entre los propios trabajadores, aumentando la competencia como medio de supervivencia; las empresas se aprovechan de esta situación, por la tan alta demanda de trabajadores, imponiendo sus propias reglas (p. 231).

Respecto a estos efectos, también considero que debe evitarse a toda costa caer en la simulación contractual, de ahí que se requiera indudablemente, que las legislaciones laborales regulen de manera suficiente, para que no se le produzcan aún más efectos desbastadores a la clase trabajadora.

Quiroz Allende (2014) ha establecido respecto a la definición de la simulación en lo laboral que:

La simulación de contratación de trabajadores a través de terceros consiste, básicamente, en una seudo subcontratación y forma parte, por ende, de las figuras de cesión ilegal de trabajadores en general. Sin embargo, este ilícito presenta ciertas particularidades en relación con aquellas figuras, ya que no se trata solo de una infracción a la ley laboral y, específicamente, a la regulación existente sobre externalización de los recursos humanos, sino que además, resulta posible enmarcarla dentro de los casos de fraude a la ley laboral (p. 237).

Por consiguiente, en este tipo de trabajo tercerizado, debe tenerse en cuenta que la simulación es el encubrimiento que el empleador realiza de su propia calidad, de manera tal que el trabajador no pueda ejercer sus derechos frente a su empleador real, quien oculta su calidad, a través de una contratación simulada con un tercero que, en realidad, carece de relación laboral con el trabajador, causándole a este una evidente indefensión, dado que no tendrá contra quien reclamar, pues el aparente empleador no cuenta con los medios y capital para responderle, dado que estos son propiedad del contratista real, quien se oculta para evadir.

Por ello consideramos que una legislación protectora de sus trabajadores debe definir la simulación contractual y a la vez establecer las pautas para que los empleadores sean sancionados en caso de incurrir en el uso de tal figura. Por lo tanto nuestra legislación nacional requiere de los ajustes necesarios dado que respecto a este tema encontramos sendos vacíos.



<http://splabogados.com>

Regulación Jurídica de la Subcontratación Laboral en Nicaragua

Es innegable que actualmente en nuestro país el desarrollo económico ha condicionado a las empresas a hacer uso en un índice cada vez más creciente, de la modalidad de subcontratar la realización de diversas actividades, como una estrategia para mejorar la eficiencia y productividad de sus negocios.

Como ya hemos referido antes, la legislación laboral sustantiva nicaragüense no establece ningún apartado específico para la regulación del trabajo tercerizado. Haciendo una revisión íntegra, únicamente encontramos que en un sentido general, la norma que más se ajusta para la normación de este tipo de actividades laborales, es el artículo 9 del Código de Trabajo, disposición que reza textualmente: “Tienen el carácter de empleadores los contratistas, subcontratistas y demás empresas que contratan a trabajadores para la ejecución de trabajos

en beneficio de terceros, con capital, patrimonio, equipos, dirección u otros elementos propios”.

De dicha definición se desprende que nuestra legislación reconoce el carácter de empleadores y por tanto establece la existencia de un vínculo de naturaleza laboral, a todas aquellas relaciones jurídicas en las que los sujetos que contraten o subcontraten mano de obra, desarrollen sus actividades con patrimonio, capital y equipos propios, independientemente a que el producto del trabajo beneficie a una tercera persona no inmersa en la contratación.

Pero además de dicha definición, consideramos que debe entenderse lo contrario, es decir, cuando un supuesto contratista o subcontratista, desarrolle actividades pero sin contar con patrimonio, capital y equipos propios, no podría considerársele investido de la calidad de empleador desde un punto de vista laboral, pues el real empleador sería el empresario principal, dueño de la obra. De tal manera, que a juicio nuestro, sobre la base de la citada norma, estaríamos en presencia de un típico caso de simulación contractual, en el que no puede liberarse el empresario principal de las cargas y responsabilidades laborales.

Por otro lado, en la búsqueda de normas vigentes en Nicaragua, que se relacionen con el tema, encontramos una disposición que rige condiciones especiales de trabajo y está dirigida a regular el trabajo del sector construcción, es decir, ya no se trata de una norma general, sino aplicable a una específica actividad económica del país. No obstante conviene analizarla, por cuanto regula el tema aunque no de manera plena.

Nos referimos al Capítulo VI del Código del Trabajo nicaragüense concordado por Malespín Martínez (2011), que regula las Condiciones Especiales de Trabajo, y específicamente el Trabajo en la Industria de la Construcción, en los arts. 178 al 180.

En tal sentido el art. 178. dispone:

El subcontratista con las características señaladas en el artículo 9 de este Código que realice parte de la obra, cuando el contratista carezca de los equipos necesarios, salvo pacto en contrario con este último, deberá cumplir con las obligaciones establecidas por la ley para el empleador en todo contrato de trabajo.



servicioinformativodelaconstruccion.com

Dicha norma no hace más que reiterar lo que dispone el artículo 9 CT., de manera tal que, todo aquel subcontratista que no sea propietario de bienes y equipos, ni disponga de los elementos necesarios para echar a andar la obra, no podrá ser considerado como empleador, y como resultante tenemos que el verdadero y real empleador será el contratista principal, dueño de la obra, quien deberá hacerse responsable de todos los derechos de los trabajadores, aun cuando no los haya contratado directamente.

El artículo 179 CT. reza: “Los trabajadores que laboran bajo contrato con un subcontratista de mano de obra gozarán de las condiciones, beneficios y garantías que establezca el contrato individual o colectivo y para sus efectos el empleador será el subcontratista”.

Tras la lectura preliminar de dicho precepto legal, este pareciera una regresión y entendemos como si entrara en franca contradicción con la disposición anterior del artículo 178.

No obstante, lo que en realidad dispone la antes transcrita norma, es el verdadero reconocimiento a la subcontratación como una forma de hacer nacer relaciones laborales entre el subcontratista y sus trabajadores, de manera que a los primeros se les concede el reconocimiento de verdaderos empleadores, pero obviamente, siempre que hayan cumplido con el requisito de contratar trabajadores siendo propietarios de los bienes y equipos con que se desarrollará la obra, porque en caso de que no cumplan tal requisito, no podrá

reconocerse como existente la relación laboral entre el subcontratista y el trabajador, sino que el empleador será el contratista principal o dueño de la obra.

Luego tenemos que el artículo 180 CT establece: “El contratista que usare los servicios de un subcontratista de mano de obra le exigirá que esté inscrito en el registro correspondiente del INSS y será garante ante los trabajadores de las obligaciones establecidas en los artículos anteriores, debiendo cumplirlas si el subcontratista no lo hiciera.”

En primer lugar, debemos hacer notar la obligación de todo contratista de exigir a los subcontratistas su afiliación como empleador al seguro social y la correspondiente afiliación de sus trabajadores y entero de cotizaciones obrero patronales de seguridad social.

Respecto a esta primera cuestión, habría que determinar cuál sería la trascendencia legal en caso de que el subcontratista no cumpla con esta obligación, o bien el contratista no le exija su cumplimiento. Para este fin, considero que sería válido traer a colación lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Seguridad Social que establece en lo pertinente:

Las obligaciones impuestas a los empleadores en la legislación laboral se entenderán cumplidas en lo que se refiere a las prestaciones médicas y en dinero que señale la Ley, mediante el pago de las cuotas de este régimen del Seguro por el empleador y la afiliación de sus trabajadores.

Esto equivale a decir, que si los empleadores, contratistas o subcontratistas demuestran el cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social, incorporando a sus trabajadores a los distintos regímenes de afiliación y pagando las respectivas cuotas obrero patronales, es evidente que quedarán exentos todos de toda responsabilidad, pues en todo caso, si hubieran prestaciones médicas, indemnizaciones o pensiones que pagar a los trabajadores como producto de algún riesgo o enfermedad, esto será asumido por el ente asegurador y la parte empleadora quedará relevada de toda responsabilidad.

Esta forma de solución del conflicto ha sido aplicada jurisprudencialmente en nuestro país, tal como se resolvió en sentencia TNLA No. 137/2012 dictada el diecisiete de abril del dos mil doce, a las diez y cincuenta minutos de la mañana, que en su parte medular estableció que el trabajador no tenía por qué accionar la demanda en contra de su empleador, sino en contra del ente encargado de la Seguridad Social, dado que su empleador cumplió con afiliar al trabajador al régimen de seguridad social, pagando las cotizaciones en tiempo, por consiguiente, estableció el órgano judicial que es ante esta institución estatal (INSS), ante quién debe hacerse tal reclamo, estando exonerado el empleador por el hecho de haber cumplido sus obligaciones en materia de seguridad social.

Con este planteamiento queda descartado el supuesto en el que, un trabajador pueda reclamar directamente contra el empleador, contratista o subcontratista, a pesar de que éstos hayan cumplido sus obligaciones de seguridad social, siendo esta una tesis jurisprudencial reiterada por sucesivas resoluciones entre las que mencionamos la sentencia TNLA No. 510/2012 del uno de noviembre del dos mil doce, a las diez y cuarenta minutos de la mañana;

sentencia TNLA No.10/2014 del veinte de enero del dos mil catorce, a las nueve y cuarenta y cinco minutos de la mañana, y muchas otras en el mismo sentido.

Pero ahora habrá que analizar, que ocurre cuando es a la inversa, es decir, para aquellos casos en los que el subcontratista no cumple sus obligaciones con el INSS y con sus trabajadores, ni el contratista principal le vigila o exige su cumplimiento.

Mediante sentencia TNLA No. 143/2012 del diecisiete de abril del dos mil doce, a las once y veinte minutos de la mañana, se resolvió un asunto en el que se debatió la responsabilidad del empleador por no haber incorporado al INSS a su trabajadora, ordenándose que el empleador ante tal omisión debería asumir el pago de las prestaciones médicas que le correspondería percibir al ente asegurador, estableciendo el órgano jurisdiccional en dicha sentencia, que corresponde al empleador asumir las obligaciones derivadas de no haber cumplido con sus obligaciones en materia de seguridad social consistentes en afiliarse a su trabajadores y pagar las cotizaciones obrero patronales, por lo que no es el ente estatal de seguridad social el que debe conceder las prestaciones, dado que no concurrió el requisito esencial de afiliación, siendo pues carga del empleador, quien se hace responsable por omitir el cumplimiento de sus obligaciones dispuestas en la Ley de Seguridad Social.



Seguridad social | mipropiojefe.com

Este criterio también ha quedado reiterado en la sentencia TNLA No. 69/2012 del uno de marzo del dos mil doce, a las diez y cinco minutos de la mañana, en la cual se dijo que el empleador también es responsable por el reembolso de cualquier gasto médico o de lactancia, al que haya tenido que incurrir la trabajadora por falta de afiliación al seguro social por parte de su empleador.

Y más claro aún fue establecido este criterio en la sentencia TNLA No. 84/2012 del ocho de marzo del dos mil doce, a las once de la mañana, a través de la cual se fijó que el objeto de la ley de seguridad social es que el trabajador y su familia gocen de todos los beneficios otorgados por la seguridad social, que siendo negada por el empleador afecta directamente su familia, esposa e hijos, por dejar de recibir prestaciones médicas y de lactancia, que tuvieron que ser asumidas por el trabajador y que válidamente debieron ser disfrutadas a la luz de su inscripción al régimen obligatorio de seguridad social, siendo obligación directa e indelegable del empleador la inscripción de sus trabajadores al seguro social, por lo cual este será responsable de asumirlas.

No cabe duda pues, que estos criterios jurisprudenciales son los que deberían aplicarse para resolver aquellas *litis* planteadas por los trabajadores en contra de los subcontratistas que no les incorporan a los regímenes de seguridad social, o contra los contratistas que no velan porque los subcontratistas cumplan con tales obligaciones, debiendo entonces prevalecer el derecho de la clase trabajadora a percibir las prestaciones médicas que deberían ser asumidas por los subcontratistas o contratistas.

Otro tema a dilucidar en torno a esta situación, corresponde ser la determinación del tipo de responsabilidad que asume el contratista principal de la obra, sea como un deudor directo del trabajador, es decir, con responsabilidad solidaria junto con el subcontratista, o bien una responsabilidad subsidiaria, que se haría efectiva en caso de que el subcontratista no asuma las obligaciones y solo en casos de incumplimientos de éste, es que podría reclamarse subsidiariamente al contratista principal dueño de la obra.

Por otro lado, en el análisis del orden jurídico encontramos otra disposición relacionada con el tema, específicamente en materia de riesgos profesionales, siendo esta la establecida en el artículo 34 de la Ley No. 618, Ley General de Higiene y Seguridad del Trabajo, que establece:

El empleador que usare el servicio de contratista y permitiese a estos la subcontratación, exigirá a ambos que estén inscritos en el registro correspondiente al Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y que cumplan con sus obligaciones ante dicha institución. En caso de incumplimiento, el empleador será solidariamente responsable de las obligaciones que dicho contratista o subcontratista tienen con sus trabajadores de conformidad con el Código del trabajo y la Ley de Seguridad Social.

Es decir, queda claro en base a la citada norma, que la responsabilidad del contratista principal será con un carácter solidario y no subsidiario.

Y además, el artículo 35 de la referida Ley No. 618 dispone

“El empleador, dueño o el representante legal del establecimiento principal exigirá a los contratistas y sub-contratistas el cumplimiento de las obligaciones legales en materia de prevención de riesgos laborales, en caso contrario responderá solidariamente por los daños, perjuicios ocasionados a los trabajadores”.

Dejando en claro pues ese carácter solidario de la responsabilidad del contratista y subcontratista. Ahora bien, debemos tener en cuenta, que con posterioridad, la Ley N° 815, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Nicaragua, en su artículo 81 estableció:

Del empleo subcontratado o tercerizado. En la interposición de la demanda en el caso del empleo tercerizado, el actor podrá solicitar a la autoridad judicial, la comparecencia de la empresa principal usuaria de ese servicio a fin de que determine en la sentencia la existencia de responsabilidad en los términos formulados por las leyes de la materia.

Es notorio entonces que un instrumento de orden procesal, estableció una disposición de tal naturaleza sustantiva, lo que obedeció realmente a la intención de no discutir una iniciativa de ley que desde el año 2009 presentaron los dirigentes sindicales, en la que propusieron regular el tema del trabajo tercerizado a través de una ley especial. Me refiero al anteproyecto de Ley para la regulación y ordenamiento de la tercerización, subcontratación e intermediación del empleo en Nicaragua, ya antes referida.

Como ya expusimos anteriormente, dicha iniciativa de ley recientemente ha sido declarada caduca, y proponía en su exposición de motivos presentados, que, el propósito de la misma es establecer la responsabilidad solidaria de la empresa principal, una vez que contrata a otra empresa intermediaria para que ésta asuma el carácter de empleador directo de trabajadores y empleados que sin embargo, laboran para la primera en su centro de actividades de producción o de servicios.

A pesar de esa caducidad por la que fue archivada dicha iniciativa, es evidente que ante la falta de regulación en el país, el interés persiste, y algunas centrales sindicales han manifestado su descontento con el órgano legislativo, por no haberle dado el trámite exitoso a la iniciativa, habiendo expuesto además la voluntad de elaborar una nueva propuesta que contenga las expectativas de la clase trabajadora.

Así lo pone en evidencia Navas (La Prensa, 2017) al referir que:

La Central Sandinista de Trabajadores (CST) [...] introducirá la próxima semana una nueva propuesta de regulación sobre la tercerización laboral [...] la CST retoma que las empresas que subcontratan a otras para que les realicen servicios u obras sean responsables del pago de las prestaciones sociales de los empleados cuando la subcontratista incumpla con esas obligaciones de Ley (p. 4).

Se hace pues necesario diseñar un orden jurídico que regule de manera clara y completa el trabajo tercerizado en nuestro país.



<http://profitline.com.co>

Tratamiento Jurisprudencial de la Subcontratación laboral en Nicaragua

Partiendo de la realidad antes explicada sobre la jurisprudencia nicaragüense, tenemos que el tema de la subcontratación fue tratado por primera vez de forma vehemente a través de la sentencia TNLA No. 73/2/012 del ocho de marzo del dos mil doce, a las diez y cinco minutos de la mañana. En dicha resolución se define la subcontratación diciendo que:

Esta figura se da cuando una empresa (principal), dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa (contratista) mediante una convención civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, procediendo esta última, a contratar a otra empresa (subcontratista) para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido.

En cuanto al tratamiento legal, la referida sentencia reconoce la regulación jurídica que establece el artículo 9 del Código del Trabajo, la cual se aplicó análogamente concatenado con lo que dispone el artículo 180 CT, ya anteriormente analizado, estableciéndose que debe existir una responsabilidad de carácter solidaria entre el contratista y subcontratista respecto de los derechos de los trabajadores que este último haya contratado, brindándose a ambos la calidad de empleadores indistintamente.

Este criterio fue luego reiterado en la sentencia TNLA No. 880/2013 del tres de octubre del dos mil trece, a las doce y cincuenta minutos de la tarde, la cual reprodujo exactamente las mismas consideraciones de la sentencia hito, ratificando que el contratista es garante del subcontratista en todo caso de incumplimiento de obligaciones por parte de éste para con sus trabajadores.

Con posterioridad este tema no fue abordado sino hasta en la sentencia TNLA No. 316/2015 del quince de abril del dos mil quince, a las dos y cincuenta minutos de la tarde, reiterándose las mismas consideraciones, agregándose que es intrascendente el hecho de que el trabajador demandante haya sido subcontratado por un tercero, dado que se demostró que entre el contratante principal y el trabajador existió subordinación y se configuró una relación laboral, estableciéndose una responsabilidad solidaria entre el contratista y subcontratista según el artículo 9 CT.

Estos mismos criterios fueron luego reiterados mediante las sentencias TNLA No. 172/2016 del nueve de marzo del dos mil dieciséis, a las diez y treinta minutos de la mañana, y No. 319/2016 del diez de marzo del dos mil dieciséis, a las cuatro y quince minutos de la tarde, que en distintos términos establecieron la responsabilidad solidaria de que se ha venido hablando.

Y para finalizar, ha sido dictada la sentencia TNLA No. 608/2016 del diecisiete de mayo del dos mil dieciséis, a las nueve y treinta y cinco minutos de la mañana, a través de la cual se resuelve un caso idéntico bajo los mismos argumentos, repitiéndose que “tanto la empresa contratista como la persona subcontratada tienen responsabilidad solidaria entre sí, para con los trabajadores que laboran de forma triangular, pudiendo ellos elegir ante quién reclamar sus derechos laborales”.

Sobre la base de lo antes planteado, podemos considerar que:

1. En primer lugar ha existido uniformidad de criterios sobre el tratamiento que la jurisprudencia nicaragüense ha brindado al tema de la subcontratación, de tal manera que la corriente aplicada no ha sufrido variaciones a lo largo de los seis años en que se han dictado sentencias por un órgano nacional y unificador en materia laboral. Esta uniformidad se ha sostenido manteniendo que el contratista y subcontratista son responsables solidariamente de las obligaciones que se generan respecto de los trabajadores que se vinculen con el subcontratista.
2. En segundo orden, a mi consideración, el criterio aplicado por el Tribunal sentenciador, no ha mantenido el espíritu y letra de lo ordenado en el artículo 9 del Código del Trabajo, puesto que no se ha reconocido la calidad de empleadores que dicho precepto legal les atribuye a los subcontratistas, siempre que estos ejerzan su actividad con patrimonio, herramientas y equipo propio, de tal manera que lisa y llanamente se confunden ambas figuras, la del contratista principal y subcontratista, atribuyéndoles el carácter de empleadores, es decir, se les trata como si fueran un solo sujeto, a pesar de que

conforme al citado artículo 9 pueden ser independientes, pudiendo coexistir un vínculo entre ellos, que a la vez hace nacer verdaderas relaciones laborales que se establecen entre el subcontratista y sus trabajadores, sin que hay una razón por la cual los contratistas tengan porque responder como empleadores.

De manera que el tribunal confunde el trabajo subcontratado con la figura de simulación contractual, figura jurídica ya anteriormente abordada en términos distintos, es decir, que la jurisprudencia nicaragüense brinda al trabajo subcontratado el tratamiento que corresponde dar a los casos en que se evidencia el fraude en la contratación, o sea que se aplica un régimen generalizado a todos los vínculos que nacen de la subcontratación, cuando en base a la ley lo que corresponde es aplicar ese criterio de manera excepcional, solamente en aquellos casos en que se evidencie que el subcontratista es un mero instrumento para que el contratista intente evadir el cumplimiento de los derechos de los trabajadores.

De tal manera que el tipo de responsabilidad a aplicar no puede ser solidaria a como se ha invocado en las sentencias analizadas, implicando todo ello una vulneración de lo establecido en el artículo 9 CT que reconoce el verdadero carácter de relaciones laborales a las nacidas de la subcontratación y por consiguiente revestidas de toda independencia en relación al contratista principal.

Así en este mismo sentido Ugarte Cataldo (2006) analizando la legislación chilena al respecto ha dicho:

Esta responsabilidad subsidiaria es para el mandante y dueño de la obra de carácter indirecto, en cuanto su exigibilidad depende no de un hecho propio, sino de un hecho ajeno: el no cumplimiento de las obligaciones laborales y provisionales por parte de la empresa contratista. En ese sentido, el esquema legal de protección laboral del trabajador de empresas contratista y subcontratista se construye sobre un modelo simple: en primer lugar, responsabilidad jurídica directa de la empresa contratista, y por tanto deudor principal de las obligaciones laborales, y en segundo lugar, en defecto de la anterior, la responsabilidad jurídica subsidiaria e indirecta por parte del dueño de la obra o mandante.

Y en el mismo sentido Sanguineti (2012) ha establecido analizando las legislaciones de Argentina, Chile y Uruguay, que:

La solidaridad [...] está condicionada al incumplimiento por la empresa principal de un conjunto de deberes de vigilancia o control del acatamiento de sus obligaciones por parte de los contratistas, previéndose además la posibilidad de que la primera retenga de las obligaciones pendientes de pago que mantiene frente a estos últimos las cantidades que se adeuden a los trabajadores o las instituciones previsionales con el fin de abonarlas directamente a ambos, pudiendo también proceder a efectuar dichos pagos por subrogación (p.342).

Bajo los mismos términos parece pronunciarse Leiva Gómez (2009) cuando revisa el trabajo minero en Chile, diciendo:

La situación concreta es que algunas empresas que se declaran contratistas en realidad no lo son. Y no lo son, porque no cumplen el requisito básico de la existencia de un vínculo laboral entre sus trabajadores contratados y éstas. La situación legal es entonces compleja, por decir lo menos, ya que se está encubriendo una relación laboral. En este caso debe realizarse una corrección de la situación para ajustarse a la ley. Y tal corrección implica que la empresa mandante debe asumir su responsabilidad legal contratando a los trabajadores subcontratistas que efectivamente trabajan bajo subordinación y dependencia de esta misma empresa mandante (p.115).

Y en términos bastante parecidos se pronuncian Iranzo y Richter (2008) haciendo una revisión a la realidad venezolana:

La regulación del trabajo subcontratado fue introducida en la Ley del Trabajo del año 1936 y posteriormente en su reglamento del año 1939, con la finalidad de evitar que el patrono de la empresa usuaria empleara la figura del contratista para eludir responsabilidades laborales (p.8).

Con todo este soporte doctrinal, y tras la claridad meridiana del artículo 9 del Código del Trabajo nicaragüense, propongo que ante la actual coyuntura nacional que aparentemente no permite la discusión de este tema en el ámbito legislativo, lo que procede es que el Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones modifique el criterio jurisprudencial aplicado, en los términos antes referidos, de manera que se preserve tanto la letra de la ley, los derechos de los trabajadores y también los intereses de los empleadores que también son sujetos de derecho de trabajo según el artículo 1 de nuestro Código del Trabajo vigente.

Una propuesta para la regulación de la subcontratación en Nicaragua

Como ya hemos expuesto, la regulación jurídica en Nicaragua sobre el tema de la subcontratación laboral es muy escaso, requiriéndose la toma de decisiones sobre que hacer frente a este fenómeno cada vez más creciente en el país, dado que el trabajo subcontratado en el país se comporta de manera ascendente.

Según Pro Nicaragua (s.f), entidad encargada de promover al país como un destino internacional para la inversión en actividades económicas ha establecido específicamente en cuanto al outsourcing:

La industria de servicios externalizados en Nicaragua empezó en el año 2003 empleando a 12 agentes. Hoy en día esta industria emplea más de 8,900 personas en el país. Existen más de 47 empresas en este sector en el país exportando una amplia gama de servicios a EE.UU., Europa y América

Latina, que van desde servicio al cliente y tele mercadeo hasta investigación de patentes y desarrollo de software y páginas web. Entre 2007 y 2016, se han registrado alrededor de US\$82 millones de inversión extranjera directa en este sector (p.30).

Por lo tanto, las empresas de servicios externalizados se han convertido en una importante fuente de trabajo, de manera que Nicaragua se ha convertido en un destino sumamente atractivo para las inversiones en el sector outsourcing, ofreciendo servicios cada vez más especializados y de mayor valor agregado.



Inversionistas haciendo outsourcing desde Nicaragua | <http://pronicaragua.gob.ni>

Así lo ha destacado Torres Rojas (Forbes México, 2015) al establecer que “Guatemala, Costa Rica, Nicaragua y Panamá pasaron de ofrecer servicios tradicionales de outsourcing -como mantenimiento de activos o call centers- a otros más sofisticados que los colocan entre de los países más atractivos a nivel mundial para invertir en el sector (p.1)”. Ante esa necesidad de regulación, consideramos que tres son las formas en que se podría proceder ante este tipo de trabajo:

1. Eliminar y prohibir estas formas precarias de trabajo. Considerando el entorno nacional y la libertad de empresa regulada en el artículo 99 de nuestro texto constitucional, no pareciera ser esta la alternativa más viable, y menos cuando de lo que se trata es de promover actividades económicas que contribuyan al desarrollo del país, por lo que a como plantea Goizueta Herrera (2009) “la selección de esta vía si bien encuentra motivos que la pudieran justificar, dado que puede contribuir a la desmejora de los derechos laborales, también podría conducir a nuestro parecer, a la limitación a la empresa del como funcionar y de optar por la estructura adecuadas a las nuevas realidades (p. 391).”

2. Deslaborar estas figuras, es decir, que pasen a ser reguladas bajo el derecho común: civil o mercantil, lo cual obviamente no sería la opción más adecuada, dado que se desprotegería aún más al sujeto más débil, el trabajador subcontratado.
3. Mediante la promulgación de nuevas normas laborales que incorporen mecanismos idóneos que regulen estas formas de contratación precaria a fin de preservar los derechos de los trabajadores.
Esta propuesta que consideramos la más viable, parte del principio del reconocimiento a la empresa de su facultad de organizar el trabajo, y por lo tanto, que la utilización de las formas de subcontratación o tercerización laboral es legítima, con lo cual, se facilita el funcionamiento de la actividad productiva, pero a la vez sin caer en rigideces extremas, se propone incorporar nuevos mecanismos normativos mediante un nuevo régimen, que regule ampliamente el tema y contribuya a llenar los vacíos y contradicciones existentes en nuestro orden jurídico.

¿Cómo debería regularse la subcontratación en Nicaragua?

Como hemos puesto de referencia, el primer intento de regulación del trabajo tercerizado en nuestro país, pretendió se fijara mediante una ley especial, intento que hasta la fecha ha sido infructuoso.

A nuestro parecer, con el objetivo de mantener una unicidad y consistencia del texto laboral legislativo, la regulación debería establecerse en el mismo Código del Trabajo, mediante una reforma que incorpore un capítulo especial al título VIII de las condiciones especiales de trabajo, que regule específicamente el trabajo tercerizado. Esto permitirá la aplicación armónica de esta figura con el resto de la legislación laboral de nuestro país.

En primer lugar debería plantearse la definición de subcontratación, misma que deberá estar acorde a los enunciados del Código del Trabajo, sin entrar en contradicción con éste, teniéndose en cuenta para este fin que trabajo subcontratado, según las definiciones aquí ya planteadas con anterioridad, es el realizado por un trabajador para un empleador denominado contratista o subcontratista, el que, mediante una relación contractual, no laboral, con una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada empresa principal, se encarga de ejecutar, por su cuenta y riesgo, obras o servicios con trabajadores bajo su dependencia.

De esa definición, se desprende que nuestra legislación debería también definir a la empresa principal, al contratista o subcontratista y al trabajador subcontratado, definiéndose los requisitos que deben de cumplirse para que se considere la existencia del trabajo subcontratado, predominando los ya señalados en el presente documento.

Consideramos que es esencial, que deba establecerse que la empresa principal debe ser solidariamente responsable de las obligaciones laborales y de seguridad social junto con los contratistas respecto de sus trabajadores. De igual manera, debería establecerse que el

contratista es solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a los subcontratistas respecto de sus trabajadores.

Podría establecerse además la posibilidad de que esas responsabilidades solidarias se conviertan en subsidiarias si la empresa principal ejerce oportunamente los derechos de información y de retención.

Según Morgado Valenzuela (2013) el derecho de información consiste “en el derecho de la empresa principal a ser informada por los contratistas —o subcontratistas, en su caso— acerca del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales con sus trabajadores y con los trabajadores de los respectivos subcontratistas (p. 295).”

Así también Ugarte (2007) ha planteado sobre este derecho del contratante principal:

La empresa principal tiene derecho a ser informada por el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, tanto de los trabajadores del contratista como del subcontratista. En dicho caso, el cumplimiento deberá acreditarse o por certificados emitidos por la Inspección del Trabajo o por medios idóneos que garanticen dichos derechos (p. 128).

Lo anterior significa que el contratista o subcontratista estará en la obligación de informar al contratante principal del nivel de cumplimiento de sus obligaciones laborales y de seguridad social, respecto de sus trabajadores, y en caso de cumplir con ese deber jurídico, el contratante empleador ya no tendría una responsabilidad solidaria, sino que esta pasaría a ser subsidiaria, persistiendo la responsabilidad directa del contratista.

Sobre la base de lo que plantean Pérez Chávez y Fol Olguín (2016), debe tomarse en cuenta que la forma del contrato es esencial:

El contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los servicios y un contratista, deberá constar por escrito y 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.

Por consiguiente en aquellos casos en que esa contratación no se efectuara por escrito, se presumirá existente la relación laboral directa entre el contratista principal y los trabajadores que prestan el servicio, no existiendo la subcontratación.

El otro derecho que podría ejercer el contratante principal es el de retención, que implicaría, la posibilidad de que una vez comprobados los incumplimientos del contratista con sus trabajadores, estaría en la facultad de retener de las cantidades debidas al contratista, aquellas sumas que sea en deberle a los trabajadores.

Morgado Valenzuela (2013) explica que:

Este derecho de retención nace cuando el contratista —o el subcontratista, si corresponde— no acreditan oportunamente el cumplimiento de las mencionadas obligaciones laborales y previsionales. En tal caso, la empresa principal—o el contratista, si procede— puede retener los montos adeudados del monto de las obligaciones pendientes con los correspondientes contratistas o subcontratistas (p. 295).



yoursuccess.com

Una vez que se realizare la retención del dinero, éste solo debería ser usado para el pago de las deudas de obligaciones laborales o de seguridad social a favor del trabajador. Es decir, el derecho de retención no solo permite que la empresa contratista principal no vea agravada su responsabilidad a un carácter solidario, sino, que esta figura también protege a los trabajadores ante eventuales incumplimientos en el pago y satisfacción de sus más esenciales derechos de parte de su empleador directo.

Finalmente se requiere fortalecer el trabajo que realiza el Ministerio del Trabajo en dos sentidos: la labor inspectiva, de manera que esta institución pueda llevar a cabo una efectiva labor de vigilancia del cumplimiento del régimen laboral por las empresas contratantes y contratistas, y en segundo orden, se requiere que este ente estatal lleve un registro ordenado de las empresas dedicadas a la tercerización, de manera que no puedan ejercer estas actividades mientras no estén inscritas, previo a lo cual deben demostrar el cumplimiento de las leyes laborales y en materia de seguridad social, permitiéndose con ello una eficiente tutela de los derechos de la clase trabajadora.

Así mismo establecer disposiciones que permitan que la subcontratación no sea un obstáculo para el desarrollo de los derechos a la libertad sindical, el acceso a la negociación colectiva y los convenios colectivos, para evitar lo que plantea Dávalos (2011) “existen obstáculos al fortalecimiento sindical establecidos por las características mismas de los puestos de trabajo subcontratados que quedan sujetos a una alta rotación, dificultando el acercamiento y la continuación en el tiempo de la actividad gremial” (p. 624).

Conclusiones y aportes

Sobre la base de la presente investigación, tengo a bien formular los siguientes aportes:

1. La subcontratación es una figura de origen laboral a través de la cual una empresa principal, dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa subcontratista, mediante una convención civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, un determinado trabajo o servicio, siempre que lo lleve a cabo con capital y equipo propio, adquiriendo esta empresa subcontratista el carácter de empleador respecto de los trabajadores que contrate para tal fin.
2. La subcontratación laboral es una actividad en ascenso en nuestra realidad actual, por lo que se requieren de medidas y normas jurídicas que protejan a los trabajadores frente a situaciones en las que se pretenda utilizar la subcontratación laboral como un mecanismo para violentar los derechos de los trabajadores.
3. La subcontratación laboral no es por sí y ante sí, un mecanismo que permite la transgresión de derechos laborales, de tal manera que si el contratista principal garantiza que a su vez el subcontratista asegure la tutela y cumplimiento de los derechos de sus trabajadores, obtenemos como resultado un ambiente laboral saludable y la prestación de un servicio en condiciones de rentabilidad para todos los sujetos.
4. La jurisprudencia laboral nicaragüense ha aplicado uniformemente sus criterios, invocando una responsabilidad solidaria directa al contratista principal junto con el subcontratista, sin diferenciar si este último cumplió o no con los derechos de sus trabajadores, evidenciándose un incumplimiento de lo establecido en el artículo 9 del Código del Trabajo, en virtud del cual en todo caso, es posible determinar una responsabilidad con carácter subsidiaria, únicamente para los casos en que el subcontratista no haya cumplido a sus trabajadores.
5. En Nicaragua no está regulada sistemáticamente la subcontratación laboral, pues únicamente existen dos disposiciones legales contrapuestas, el artículo 9 del Código del Trabajo y el artículo 81 de la Ley No. 815, que establecen la primera una responsabilidad solidaria y el segundo una responsabilidad subsidiaria. Ante tal disyuntiva es requerido que se establezca la regulación plena de tal figura, fijándose su conceptualización, requisitos, sujetos, formalidades, así como la determinación del régimen de responsabilidades

- para contratista principal y subcontratista, de manera que se procure la protección de los trabajadores que prestan el servicio.
6. Sobre la base de lo anterior, nuestro sistema legal debería adoptar el establecimiento de una responsabilidad solidaria para el contratista principal, de manera que el trabajador podrá demandar indistintamente a este o al subcontratista, pudiendo liberarse el contratista principal de tal responsabilidad solamente si garantiza que el subcontratista respete los derechos de sus trabajadores, debiendo fijarse el derecho de información y de retención a favor del contratista principal, mismo que deberá exigir al subcontratista, para de esa manera se satisfagan los derechos más elementales de la clase trabajadora y se eviten conflictos laborales innecesarios.
 7. Se requiere que los distintos actores sociales: gobierno, empresarios y organizaciones sindicales, trabajen de consenso una propuesta de reforma al Código del Trabajo en el título VIII, para agregar como una condición especial de trabajo, la relativa al trabajo subcontratado, y sea este el instrumento legal que regule este tipo de trabajo, pues ante la falta de regulación actual, se corre el grave riesgo de que se perjudiquen los derechos de la clase trabajadora.
 8. Sin duda alguna el uso de mano de obra tercerizada es una realidad en Nicaragua que puede coadyuvar en el desarrollo económico y en la generación de empleo tan necesarios en el país, por lo, la solución no está puesta en diseñar mecanismos que restrinjan su uso, sino por el contrario en establecer un régimen jurídico que permita la satisfacción de los derechos de la clase trabajadora y de los empleadores, para una verdadera paz laboral y estabilidad, lo que obviamente se puede conseguir con el trabajo y consenso necesario entre los distintos sectores a través del tripartismo consignado en nuestro texto constitucional.

Bibliografía

- Albuquerque, B. (2014). *Subcontratación y precarización del trabajo: un estudio comparativo de la norma laboral brasileña y española*. Madrid, España: Ediciones Universidad de Salamanca. Recuperado de <http://site.ebrary.com/lib/ucanicaraguasp/reader.action?docID=11126146>
- Añez, C. (2012). Subcontratación y triangulación laboral: relaciones encubiertas *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*. XVIII (2). Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=36426153003>
- Curiel, V. (2013) La reforma a la ley federal del trabajo en materia de subcontratación en México. *Revista Alegatos*. México, 83. Recuperado de https://app.vlex.com/#WW/search*/curiel+sandoval/WW/vid/445738658
- Dávalos, P. (2011). Segmentación, subcontratación y estrategia sindical. Las telecomunicaciones en Argentina. *Estudios Sociológicos*. XXIX (86). Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=59823584001>

- Goizueta, N. (2009). La tercerización y la subcontratación laboral análisis de su problemática: regulación, deslaborización o eliminación, *Colección Estudios Jurídicos*. 23.
- Iranzo, C. y Richter, J. (2008). Subcontratación y conflicto: El caso de la Siderurgia del Orinoco, *Revista Gaceta Laboral*. 14. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33614101>.
- Leiva, S. (2009). La subcontratación en la minería en Chile: elementos teóricos para el análisis. Polis, *Revista de la Universidad Bolivariana*. 8 (24). Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/polis/v8n24/art07.pdf>.
- Malespín, F. (2011). Código del Trabajo con concordancias legislativas y jurisprudenciales.
- Morales, G. (2009). *Outsourcing*. Argentina: El Cid Editor apuntes. Recuperado de <http://site.ebrary.com/lib/ucanicaraguasp/reader.action?docID=10327277>
- Morgado, E. (2013). El outsourcing en la legislación chilena, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. 17. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=479153>.
- Mungaray, L. y Ramírez, A. (2006). *Subcontratación en microempresas y pequeñas empresas de Baja California*. México, D.F. Mexico: Red Frontera Norte. Recuperado de <http://site.ebrary.com/lib/ucanicaraguasp/reader.action?docID=10118802>
- Navas, L.
- (18 de marzo de 2017). Nueva propuesta sobre tercerización laboral, *La Prensa*.
- (16 de febrero de 2017). Entierran iniciativa de ley de tercerización que beneficiaría a trabajadores, *La Prensa*.
- Nicaragua, Asamblea Nacional:
- (1996). Ley No. 185, *Código del Trabajo de la República de Nicaragua*.
- (2009). *Proyecto de Ley General de Regulación y Ordenamiento de la Tercerización, subcontratación e intermediación en el empleo*. Recuperado de <http://legislacion.asamblea.gob.ni/SILEG/Iniciativas.nsf/xpIniciativa.xsp>.
- (2012) Ley No. 815, *Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*.
- (2014). Gaceta No. 32, *Constitución Política de la República de Nicaragua y sus reformas*.
- Nicaragua, Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones:
- (01 de marzo de 2012). *Sentencia No. 69/2012*.
- (08 de marzo de 2012). *Sentencia No. 84/2012*.
- (08 de marzo de 2012). *Sentencia No. 73/2/012*.
- (16 de abril de 2012). *Sentencia No. 137/2012*.
- (17 de abril de 2012). *Sentencia No. 143/2012*.
- (01 de noviembre del 2012). *Sentencia No. 510/2012*.
- (03 de octubre de 2013). *Sentencia No. 880/2013*.
- (20 de enero de 2014). *Sentencia No.10/2014*.
- (15 de abril de 2015). *Sentencia No.: 316/2015*.

(09 de marzo de 2016). *Sentencia No. 172/2016*.

(10 de marzo de 2016). *Sentencia No. 319/2016*

(17 de mayo de 2016). *Sentencia No. 608/2016*.

Pérez, J. y Fol, R. (2016) *Taller de prácticas laborales y de seguridad social: La subcontratación (outsourcing) en los ámbitos laboral y de seguridad social*. México: Tax Editores. Recuperado de <https://app.vlex.com/#WW/sources/14396>

Pro Nicaragua (2017). Presentación País 2017. Recuperado de <http://pronicaragua.gob.ni/media/ckeditor/2017/05/29/presentacion-pais-2017.pdf>.

Quiroz, P. (2014). Ley de subcontratación laboral. La simulación y el problema de la calificación jurídica de la inspección del trabajo, *Revista de derechos fundamentales*. Universidad de Viña del Mar, 12.

Romagnoli, S. (2006). Outsourcing en unidades de información jurídica corporativa, *Información, cultura y sociedad*. Universidad de Buenos Aires, 15. Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-17402006000200008.

Sanguinetti, W. (2012). La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el Perú en América del Sur, *Revista Derecho PUCP*, 68. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/2837/2766>.

Torres, E. (2015). Outsourcing, el gran negocio de Centroamérica. Recuperado de <https://www.forbes.com.mx/outsourcing-el-gran-negocio-de-centroamerica/>.

Ugarte, J.

(2007). Relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores en la nueva ley chilena, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. 30. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/79069929.pdf>

(2006). Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores, *Revista Ius et Praxis*, 12. Recuperado de https://app.vlex.com/#WW/search/*suministro+de+trabajadores/WW/vid/43395385.