



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO DEL TRABAJO**

TRABAJO DE GRADO

**LA TERCERIZACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS
TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS**

Presentado por
Pachas Santos, María Claudina

Para Optar al Título de
Magíster en Derecho del Trabajo

Tutor
Carballo Mena, César Augusto

Caracas, 06 de abril de 2015



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO DEL TRABAJO**

APROBACION DEL TUTOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo de Grado presentado por la ciudadana **María Claudina Pachas Santos**, titular de la Cédula de Identidad No. V-12.105.247, para optar al Título de Magíster en Derecho del Trabajo, cuyo título definitivo es: **La Tercerización en la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras**; y manifiesto que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los seis (06) días del mes de abril de 2015.

Cesar Augusto Carballo Mena

C.I.: V- 6.505.539

A los cuatros hombres que le dan sentido a este maravilloso camino;
A mi papa, Juan Pachas Lituma, por su dedicación y paciencia en inculcarme su
vocación de estudio, trabajo y lucha;
A mi esposo, Victor Hugo Escala Méndez, por creer en mí y apoyarme en mis
retos y sueños;
A mi hijo, Victor Hugo, por enseñarme que hay otra forma de vivir;
A mi hijo, Gabriel Augusto, por enseñarme a despedir cada día de vida con
inmenso amor.

Expreso con suma humildad y respeto, mi gratitud a quien fue en las aulas de la Universidad Católica Andrés Bello, mi profesor de Derecho del Trabajo en el post grado y quien por segunda vez me acompaña en la responsabilidad de presentar una Tesis de Grado de Maestría en Derecho del Trabajo.

Reconozco que con su sencillez, claridad, sapiencia y tesón, logro cautivar a través de su intervención en las aulas, conferencias, talleres, su redacción y opiniones en textos, revistas y un sinfín de aportes a esta especialidad, mi interés por el estudio y ejercicio del Derecho del Trabajo.

Y hoy en especial aprecio su orientación en el tema que aborda este estudio.

Gracias profesor Cesar Augusto Carballo Mena, por su apoyo, es y será siempre un orgullo el que haya sido mi Tutor.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO EN DERECHO DEL TRABAJO**

**LA TERCERIZACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS
TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS**

Autor: María Claudina Pachas Santos

Tutor: Cesar Augusto Carballo Mena

Fecha: abril - 2015

RESUMEN

La Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras del 30 de abril de 2012, norma en sus artículos 47 y 48, la Tercerización atendiendo al artículo 94 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el que se enuncia la potestad legal de determinar la responsabilidad del receptor del servicio efectuado por el trabajador intermediario o contratista así como la responsabilidad en caso de simulación o fraude cometido con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación del trabajo. Esta normativa establece una definición y prohibiciones que distan del régimen de la Tercerización establecido en otros Países, donde su existencia deriva de la reorganización empresarial y nació como manifestación de la “ola flexibilizadora” que poco alcanzó al Derecho Laboral venezolano, por estar impregnado del principio de la “*Primacía de la realidad sobre las formas o apariencias*” en una tendencia proteccionista, evidenciándose una falta de adecuación a las necesidades y existencia de las relaciones laborales, así como a la mencionada Ley y al Derecho del Trabajo, lo que en definitiva arroja consecuencias perjudiciales a las personas, patrono y trabajador, dado el alcance de la norma consagrada. Por lo tanto, este tema es de suma importancia y su investigación pretendió despertar la expresión crítica y reflexión del régimen de la Tercerización y su desenlace en el año 2015. El método utilizado para lograr los objetivos trazados fue teórico, descriptivo y documental, por lo que se trató de un estudio monográfico a nivel descriptivo con investigación analítica y de desarrollo conceptual, en la que se refirieron y revisaron fuentes bibliográficas, legales y jurisprudenciales.

Descriptor: Tercerización, Simulación o Fraude Laboral, Principio de la Primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras.

Índice General

	Pág.
Aprobación del Tutor	i
Dedicatoria	ii
Reconocimiento	iii
Resumen	iv
Índice General	v
Lista de Siglas	vii
Introducción	1
I Noción de la Tercerización	
Definición de Tercerización	5
Actividades sujetas a Tercerización	6
Causas	7
Ventajas	9
Desventajas	10
II La Tercerización en el Derecho del Trabajo Extranjero	
Evolución histórica de la Tercerización en el Derecho del Trabajo Extranjero	12
La Tercerización normada en legislaciones Laborales extranjeras	17
Perú	17
México	22
Argentina	25
España	27
Panamá	27
República Dominicana	28
Uruguay	28
Chile	29
Ecuador	31
III La Tercerización en Venezuela	
Historia de las figuras relacionadas con la Tercerización en la evolución normativa Laboral venezolana	33
Las Empresas de Trabajo Temporal	35
Derogatorias de las ETT	38
Intermediarios y Contratistas	40
Intermediarios y Contratistas en la LOT	40
Intermediarios y Contratistas en la CBRV	49

	La Tercerización normada en la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras	50
	La Tercerización en Venezuela a través de los Contratistas	50
	Disposiciones legales reguladoras de la Tercerización en Venezuela	58
IV	Principio de la Primacía de la Realidad sobre las formas o Apariencias	
	Noción del Principio de la Primacía de la Realidad sobre las formas y apariencias	67
	Consagración y estipulación normativa del Principio de la Primacía de la Realidad sobre las formas y apariencias	72
	Significación del Principio de la Realidad sobre las formas o apariencias en el Derecho del Trabajo venezolano	74
V	Simulación o Fraude Laboral	
	Noción de Simulación y Fraude Laboral	78
	Consagración y estipulación normativa de la Simulación y Fraude Laboral	82
	Significación de Simulación y Fraude en la normativa laboral venezolana	83
VI	Consideraciones Finales acerca del Alcance, Adecuación y Consecuencias de la Tercerización normada en la Ley Orgánica Del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras, en las Relaciones laborales y el Derecho del Trabajo venezolano	
	Alcance de la Tercerización normada en las relaciones Laborales	89
	Alcance de la Tercerización normada en el Derecho del Trabajo venezolano	91
	Adecuación de la Tercerización normada al Derecho del Trabajo venezolano	92
	Adecuación y Consecuencias de la Tercerización respecto a las relaciones laborales y las personas intervinientes	97
	Consecuencias de la Tercerización normada respecto al Derecho del Trabajo venezolano	100
	Conclusiones	105
	Referencias	120

Lista de Siglas

Normativas, Organismos o Entidades Argentinas:

Ley de Contrato de Trabajo (LCT)

Normativas, Organismos o Entidades Brasileiras:

Tribunal Superior Do Trabalho (TST)

Normativas, Organismos o Entidades Dominicanas:

Compañía Dominicana de Teléfonos (CODETEL)

Código de Trabajo (CT)

Normativas, Organismos o Entidades Ecuatorianas:

Código de Trabajo (CT)

Normativas, Organismos o Entidades Españolas:

Ley Federal del Trabajo (LFT)

Normativas, Organismos o Entidades Mexicanas:

Ley Federal del Trabajo de 1970 (LFT, 1970)

Ley Federal del Trabajo de 1995 (LFT, 1995)

Ley Federal del Trabajo de 2012 (LFT, 2012)

Normativas, Organismos o Entidades Panameñas:

Código de Trabajo (CT)

Normativas, Organismos o Entidades Peruanas:

Ley de Intermediación Laboral (LIL)

Normativas, Organismos o Entidades Venezolanas:

Constitución de la República de Venezuela (CRV)

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)

Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo (CJMT)

Ley del Trabajo (LT,1936)

Ley de Reforma Parcial de la Ley del Trabajo de 1936 (LT,1945)

Ley del Trabajo (LT,1983)

Ley Orgánica del Trabajo de 1997 (LOT, 1997)

Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT)

Ley Orgánica de Prevención, condiciones y medio ambiente de trabajo
(LOPCYMAT)

Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT)

Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973 (RLT, 1973)

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999 (RLOT, 1999)

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 2006 (RLOT, 2006)

Universidad Pedagógica Experimental Libertador (UPEL)

Otras Siglas de interés:

Businessland y Digital Equipment Corporation (DEC)

Electronic Data System (EDS)

Empresas Temporal de trabajo (ETT)

International Business Machines (IBM)

Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Programa peruano ocupacional de emergencia (PROEM)

Introducción

El proceso de globalización, a través del cual los países optimizan sus ventajas competitivas y buscan desarrollar productos a menor costo, con estándares de calidad, integrándose en regiones de mercado para reducir barreras aduaneras, trajo una competencia internacional, en la que destacaron los Países que producen bienes y ofrecen servicios a un bajo costo laboral.

Este proceso ha presentado avances tecnológicos, comunicacionales, ampliación de mercados de trabajo, aumento de productividad y demanda una incesante adaptación; por tanto las normativas han dado paso a los fenómenos de “desregulación”, “autoregulación”, “flexibilización” y las relaciones laborales han dejado sus moldes típicos, presentando nuevas modalidades, surgiendo unidades productivas de menor dimensión y mano de obra externa.

Así, surgió la “tercerización” para componer de manera más efectiva la estructura de la empresa, encargando las relaciones de servicio a otros, por especialidad y temporalidad; favoreciendo además la generación de empleo y el acceso a la economía a sectores ubicados en el desempleo, subempleo o precariedad, pudiendo propulsar la estabilidad en el trabajo; todo lo que puede considerarse cónsono con el objeto de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras que concibe al trabajo como hecho social así como los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, No.88 sobre el servicio del empleo, No 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), No. 122, sobre la Política del empleo, No. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares y No. 181 sobre las Agencias de empleo privadas.

No obstante, en Venezuela, so pretexto de la explotación de los trabajadores por los patronos, se evolucionó hacia lo más rígido y se derogó el régimen de empresas de trabajo temporal, que luego se consideraron intermediarias y posteriormente se eliminaron y ulteriormente basándose en el *Principio de la Primacía de la realidad sobre las formas o apariencias*, el 30 de abril de 2012, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras prohibió la tercerización, considerándose simulación o fraude laboral y estableciéndose un elenco de prohibiciones relacionadas, siendo que las mismas

no presentan adecuación con la propia normativa legal, ni con el reconocimiento hecho por la Organización Internacional del Trabajo respecto a este tipo de relaciones laborales, ni con la noción de la tercerización inmersa dentro del fenómeno de la flexibilización en el mundo, cuya significación, características y limitaciones distan de lo estipulado en la legislación venezolana.

Adicionalmente, en la normativa laboral se establecieron algunas obligaciones, tales como la asunción por parte del beneficiario, de los trabajadores tercerizados como sus dependientes y mientras se produce la misma en un lapso máximo de tres años, se estableció una obligación de reconocimiento de similares condiciones y beneficios a estos trabajadores que están siendo asumidos, como aquellos beneficios y condiciones que son reconocidos a los trabajadores del beneficiario; gozando además de inamovilidad laboral, resultando inclusive esta última como un contrasentido por haberse prohibido el ente que los contrata.

Todo esto, ha arrojado consecuencias respecto a las relaciones laborales y sus personas intervinientes y al Derecho del Trabajo venezolano; siendo relevante que la tercerización que se ha prohibido, pudiera ser una necesidad empresarial que sirva para la reorganización, con características de especialidad y temporalidad, con buen propósito que inclusive ha sido normado en otros países como solución legislativa y gubernamental, que brinda seguridad y estabilidad a la relación entre entidades de trabajo y trabajadores y propende por demás a la competitividad y rentabilidad y atrae la inversión privada, sin dejar de reconocer que el mal uso y extralimitación en objetivos de rentabilidad y competitividad puede representar una vulneración a los derechos de los trabajadores y su propia esencia.

Metodológicamente la investigación ha sido teórica, documental, descriptiva, analítica y de desarrollo conceptual y se ha distribuido en seis capítulos. En el primer capítulo dirigido a la noción de la tercerización, se esbozaron la definición, actividades posibles de tercerización, causas, ventajas y desventajas de la misma. En el segundo capítulo se desarrolló la tercerización en el Derecho del Trabajo extranjero, se describió la evolución histórica de la

tercerización en el Derecho del Trabajo extranjero y como fue estipulada en algunas legislaciones laborales extranjeras de interés.

En el tercer capítulo dedicado a la tercerización en Venezuela, se analizó la historia y evolución normativa relacionada con la tercerización existente en Venezuela, señalándose las figuras vinculadas a la misma y como fue normada en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. En el cuarto capítulo, se precisó la consagración constitucional y estipulaciones del *Principio de la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias* en la normativa laboral venezolana y su significación en el Derecho del Trabajo venezolano.

En el quinto capítulo, se interpretó la consagración constitucional y la estipulación de la simulación y fraude laboral en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y su significación en el Derecho del Trabajo. En el sexto capítulo, se precisó el alcance, adecuación y consecuencias en las relaciones laborales y el Derecho del Trabajo del régimen de la tercerización establecido en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Con el desarrollo de estos seis capítulos se pudieron lograr los objetivos general y específicos planteados en el proyecto de Investigación respecto a describir la evolución histórica y estipulación normativa de la tercerización en el Derecho del Trabajo extranjero; analizar la evolución normativa relacionada a la tercerización existente en Venezuela; precisar la consagración constitucional y estipulaciones del principio de la Primacía de la realidad sobre las formas o apariencias en la normativa laboral venezolana; interpretar la consagración constitucional y estipulación de la simulación y fraude laboral en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y finalmente precisar y analizar el alcance, adecuación y consecuencias en las relaciones laborales y el Derecho del Trabajo del régimen de la tercerización establecido.

Cabe destacar que a lo largo de la investigación se pudo constatar como ha existido la práctica de externalización de los servicios a través de diversas figuras en muchos países, con sus propias normativas, por lo que considerando al Derecho como un factor y producto social, es lógico inferir que la legislación laboral debe propender a la regulación de su significación, características y

limitaciones y toda vez que se ha tergiversado esta como otras prácticas en el mundo laboral, corresponde al órgano legislativo, judicial y administrativo una vez evaluadas sus consecuencias y alcance, diseñar y aplicar los correctivos, buscando el justo equilibrio de las partes relacionadas y preservando el buen propósito para el cual la figura puede ser utilizada, máxime en un mundo cambiante, globalizado, competitivo, impregnado de avances tecnológicos y comunicacionales que exigen de los actores sociales cada vez más un rol activo, productivo y especializado.

En ese sentido este trabajo de investigación centra su estudio en la tercerización y figuras típicas vinculadas a ella, amparadas por el Derecho del Trabajo venezolano, en la esfera de la relación laboral dependiente; unas que fueron eliminadas de la esfera del Derecho del Trabajo como las Empresas de Trabajo Temporal y los intermediarios así como otras aún existentes, que es el caso de los contratistas. Estas figuras se contrastan con la figura de la tercerización, y se analizan las consecuencias de su prohibición, lapso de transición y problemática de adaptación a la normativa, reflexionando acerca de la regulación y experiencia en otros países, para realizar un aporte constructivo respecto al alcance, adecuación y consecuencias de la tercerización normada en las relaciones de trabajo y en el Derecho del Trabajo, e incorporar recomendaciones posibles en el tema.

Y finalmente, si bien se ha profundizado en el estudio de la tercerización, su aparición, consagración, características, evolución, limitaciones, causas, ventajas y desventajas, no deja de ser un tema interesante de abordar desde una perspectiva práctica y de investigación de campo, el conocer el desenlace de las empresas tercerizadoras al cumplirse los tres años de transición para la asunción de los trabajadores a la nómina de la entidad contratante principal, lo que puede ser objeto de un ulterior estudio, para con sus resultados coadyuvar a la comprobación práctica de los postulados teóricos que a través de este trabajo se esbozan y que causan un efecto que debe ser evaluado y considerado por el Derecho del Trabajo como factor y producto social, en su finalidad protectora del hecho social trabajo.

Capítulo I

Noción de la Tercerización

En este capítulo se precisa la definición de la tercerización que se conoce en el ámbito internacional así como se describen las actividades que pueden ser objeto de la misma, sus causas, ventajas y desventajas; siendo que su desarrollo persigue describir la tercerización mundialmente conocida y utilizada en el marco de la descentralización empresarial.

Definición de Tercerización

Albuquerque respecto a la tercerización u outsourcing (como se cita en Márquez, 2012) expresa que es una fuente externa y que puede definirse como una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios, contratando con proveedores externos ciertas fases que no son competencias básicas de la empresa, las hubiere o no desempeñado con anterioridad.

Por su parte, Morgado (como se cita en Márquez, 2012) afirma:

El término outsourcing admite varias interpretaciones. En general esa expresión corresponde a la existencia de una fuente ajena, fuera del campo de acción del que recurre a ella en vez de acudir al uso de recursos propios, originarios. En consecuencia esa expresión corresponde a los neologismos externalizar, exteriorizar, exteriorización... puede ser entendido como un conjunto de modalidades mediante las cuales la contratación laboral deja de ser directa entre el que recibe el trabajo y el que lo realiza (p.4).

Asimismo, Raso (como se cita en Márquez, 2012) considera al outsourcing como la transferencia al externo de etapas de gestión y producción, sin perder el control de las mismas.

Pascual (2012) señala que la externalización es una estrategia empresarial para obtener ventajas competitivas de primer o segundo orden o rango superior o inferior a través de la contratación de servicios para la empresa en el exterior de la misma.

Saturno (como se cita en Bruzual, 2013) define a la tercerización como:

Una relación de trabajo triangular que involucra a un trabajador que presta servicios en una empresa, pero que no es trabajador de dicha empresa sino de una sociedad exterior, ya sea una agencia de servicio temporal, un contratista o una cooperativa de trabajo asociado (p.172).

Finalmente, el profesor Villalón (2008) ha referido que:

El término más exacto en vez de externalización de actividades o de tercerización es el de descentralización productiva que refiere a una forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo (p.13).

Sin embargo, Rendón (2007) quien se opone a la tercerización, manifiesta que “Se trata de una denigrante forma de explotación del trabajo humano, pues el trabajador es contratado para ser locado como un cosa viviente” (p.430).

Actividades sujetas a Tercerización

El proceso de tercerización también llamado de Outsourcing no sólo se aplica a los sistemas de producción, sino que abarca la mayoría de las áreas de la empresa: sistemas financieros, sistemas contables, actividades de Mercadotecnia, área de Recursos Humanos, sistemas administrativos, actividades secundarias, producción, sistema de transporte, actividades del departamento de ventas y distribución y hasta proceso de abastecimiento.

Para mejor entendimiento, la actividad secundaria es aquella que no forma parte de las habilidades principales de la compañía, como por ejemplo, la

vigilancia, la limpieza, el abastecimiento de papelería y documentación, el manejo de eventos y conferencias y la administración de comedores.

Ahora bien, la tercerización u outsourcing atendiendo a su complejidad puede evolucionar desde el llamado outsourcing de primera generación, referido a infraestructura y aplicaciones. Siguiendo con el de segunda generación, que refiere externalización de procesos de negocios, como compra, logística, marketing o procesos verticales especializados por industrias, como financiero, sanidad y energía. Para luego referir la tercera generación de externalización de procesos del conocimiento, que incluyen servicios analíticos financieros, servicios de ingeniería y de investigación. Y finalmente, los de cuarta generación, que son procesos de innovación, que refieren investigación y desarrollo así como nuevos productos y servicios (Pascual, 2012).

La tercerización puede ser total o parcial. Será total cuando implica la transferencia de equipos, personal, redes, operaciones y responsabilidades administrativas al contratista. Y será parcial, cuando solamente se transfieren algunos de los elementos anteriores, generalmente los trabajadores.

Hay algunas actividades que se han considerado como no sujetas a la tercerización, dada la complejidad, confidencialidad, riesgos, secretos industriales o de operación, esencia o claves de crecimiento y funcionamiento, siendo ellas la administración de la planeación estratégica, tesorería, control de proveedores, administración de calidad, servicio al cliente y distribución y ventas.

Causas

Tradicionalmente se han considerado motivos que han provocado la externalización, la necesidad de las empresas de concentrarse en las actividades principales del negocio, reducir los costos y convertir los costos fijos en variables, más sin embargo, se han considerado otros de singular importancia como son:

- 1) La necesidad de crear estructuras de servicio muy dinámicas y adaptables a los entornos cambiantes en las formas de hacer negocio y prestar servicios, lo que a su vez permite coordinar actividades dispersas, mejorar el

diseño de producción y control de organización, recursos humanos y coordinación de la producción de las distintas estructuras organizativas;

2) La garantía de disponibilidad de recursos y tecnología especializada a unos costos predecibles;

3) La mejora de la eficiencia global y no sólo de determinadas tareas, pero centrándose en las actividades básicas que la empresa sabe hacer;

4) Consecución de la presencia internacional, fomentando relaciones interempresas y alianzas así como fomentando el aumento de colaboración entre las empresas de la red, en la que resalta la actitud colaboradora de directivos y otros trabajadores;

5) Alcanzar ventaja respecto a rivales, intentando que las actividades se desarrollen de una manera más eficiente, es decir a un costo inferior; o que creen mayor valor para el comprador, que acceda a un sobreprecio, y eso solo se logra por una gran diferenciación en calidad, siendo que la coordinación de todas las funciones enlazadas reduce los costos de transacción, mejora la información a efecto de control y permite detectar actividades costosas o ineficientes, y todo ello apunta a una mejora competitiva.

Por su parte, cuando se terceriza se producen ciertas modificaciones en las relaciones laborales basadas en mayor dispersión salarial y diferenciación de las condiciones de trabajo, pues el modelo es más individualista y menos colectivo. Es un proceso de cualificación laboral que polariza y separa los empleos, acercándolos a los lugares de información y de condiciones técnicas que se relacionan con una demanda alta.

También se puede generar menor seguridad en la estabilidad en el empleo y mayores bolsas de trabajos distintos o atípicos y propuestas que escapan al ordenamiento laboral y se centran en el ámbito mercantil.

Resulta de interés mencionar un estudio realizado por La Sierra (como se cita en De Val y Rivero, 2001) respecto a las variables posibles que considera un empresario a fin de decidir externalizar actividades o funciones. Esas variables son: 1) Fuerte competencia exterior; 2) Rápido crecimiento del mercado al que

forma parte la empresa; 3) Ciclo de vida reducido del producto de la empresa; 4) Mercado en declive en el cual se encuentra la empresa; 5) Cambio acelerado en los mercados donde opera la empresa; 6) Edad de la empresa; 7) Sector industrial o de servicios; 8) Tamaño de la empresa; 9) Porcentaje de trabajadores; 10) Mayor flexibilidad ante incertidumbre técnica o de mercado; 11) Garantizar la calidad y realización del producto o servicio dentro del plazo del trabajo o servicio; 12) Proveer de mayor seguridad a los trabajadores considerados más esenciales; 13) Mayor productividad; 14) Reducción de costos; 15) Respuesta a las necesidades coyunturales de la producción; 16) Rigidez de la normativa laboral y 17) Reducción de la presión sindical.

Ventajas

Las opiniones a favor del outsourcing se basan en: a.- Permite abaratar los costos de producción, buscando economías de escala, coordinando en todo el mundo actividades con miras a la estandarización. b.- Permite obtener productos de mejor calidad. c.- Reduce el número de tareas rutinarias. d.- Permite a la Empresa dedicarse a tareas de mayor rentabilidad. e.- Los costos de manufactura declinan y la inversión en planta y equipo se reduce. f.- Permite a la empresa responder con rapidez a los cambios del entorno. g.- Incremento en los puntos fuertes de la empresa. h.- Ayuda a construir un valor compartido. i.- Ayuda a redefinir la empresa. j- Construye una larga ventaja competitiva sostenida mediante un cambio de reglas y un mayor alcance de la organización, en los que se incorporan formas de trabajo que no estando estructuradas o reguladas, pueden aportar valor agregado a la tecnología o sector servicios, dejando de ser formas clandestinas y convirtiéndose en parte del mercado formal. k.- Incrementa el compromiso hacia un tipo específico de tecnología que permite mejorar el tiempo de entrega y la calidad de la información para las decisiones críticas. l.- Permite a la empresa poseer lo mejor de la tecnología sin la necesidad de entrenar personal de la organización para efectuarla. m.- Permite disponer de servicios de información en forma rápida considerando las presiones competitivas. n.- Favorece la aplicación de talento y de los recursos de la organización a las áreas

claves. ñ.- Ayuda a enfrentar cambios en las condiciones de los negocios, que se favorece por la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. o.- Aumenta la flexibilidad de la organización y disminución de sus costos fijos.

Desventajas

Como en todo proceso existen aspectos que se pueden considerar negativos y estos son: a.- Estancamiento en lo referente a la innovación por parte del proveedor externo. b.- La empresa pierde contacto con las nuevas tecnologías que ofrecen oportunidades para innovar los productos y procesos. c.- El proveedor externo puede aprender y tener conocimiento del producto en cuestión y en consecuencia puede usar esos conocimientos para empezar una industria propia y se convierte en un competidor. d.- El costo ahorrado con el uso de la tercerización puede que no sea el esperado. e.- Si las tarifas son altas se incrementa la dificultad de implementar las actividades que vuelvan a representar una ventaja competitiva para la empresa. f.- Alto costo en el cambio de proveedor en caso de que el seleccionado no resulte satisfactorio. g.- Generación de contratación de índole laboral por jornada parcial o contratos a tiempo determinado como también a la generación de trabajos ubicados fuera del ámbito laboral, como el caso del trabajador autónomo, el teletrabajo, en los que la problemática estriba en que realmente no se convierten en empresarios ni se corresponden a trabajadores autónomos sino que su nivel de ingreso es precario y su grado de subordinación es importante, comprometiendo la responsabilidad del ente contratante. Estos tipos de contratación podrían considerarse en detrimento de beneficios laborales. h.- Pérdida de control sobre la producción, que redundaría en disminución de poderes de organización, dirección y disciplina, así como a la imputación de responsabilidades derivadas del incumplimiento de los derechos laborales y de la seguridad social. i.- Dificultad de relaciones colectivas por reducción de números de trabajadores necesarios a efecto de constitución de Organizaciones sindicales así como cohesión de intereses colectivos para formar voluntad de negociación o de conflicto.

Una vez precisadas la definición, actividades objeto de tercerización, causas, ventajas y desventajas y habiendo alcanzado el objetivo de describir a la Tercerización mundialmente conocida y utilizada en el marco de la descentralización productiva, como manifestación de la ola flexibilizadora que alcanzó al Derecho del Trabajo, modificando las tradicionales relaciones laborales y sus sujetos intervinientes; cabe adentrarse al estudio de su origen, como surgió, su evolución histórica, en que actividades se vio mayormente reflejada y utilizada y como ha sido consagrada en otras legislaciones extranjeras, tanto en aquellas afectas a la descentralización productiva y que consideran una realidad a la tercerización, observando ventaja en ella, siempre y cuando se regule y limite su uso, como también respecto a otras legislaciones que percibiendo la existencia de la tercerización, han concebido a la misma y sus consecuencias como perjudiciales y riesgosas en lo que respecta al reconocimiento y cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores y por tanto han establecido prohibiciones y hasta su eliminación.

Capítulo II

La Tercerización en el Derecho del Trabajo Extranjero

En este capítulo se indica el origen e historia de la tercerización en el mundo, así como se indica como ha sido regulada en Perú, México, Argentina, España, Panamá, Republica Dominicana, Uruguay, Chile y Ecuador; siendo que su desarrollo persigue describir la evolución histórica y estipulación normativa de la tercerización en el Derecho del Trabajo extranjero.

Evolución histórica de la Tercerización en el Derecho del Trabajo Extranjero

En 1823 el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, James Monroe dictó una política expansionista pretendiendo intervenir tanto en América Latina como en el Caribe, la cual fue conocida como “Doctrina Monroe – América para los americanos”; siendo la misma ratificada en 1904 por el Presidente Theodore Roosevelt. La pretendida intervención no solo se dirigía a buscar incorporar otros Estados sino también a aprovechar sus recursos, por lo que se buscaron instalar centros de producción en otros países para abaratar la mano de obra y centros de materias primas en algunos estados para que las industrias americanas tuvieran los insumos necesarios.

Luego de la segunda guerra mundial, en 1944 se logró el acuerdo de Bretton Woods en el que se concibió al Banco Mundial y Fondo Monetario internacional, que intentando reactivar la economía de Europa e invirtiendo en los países vencedores como Estados Unidos de Norteamérica, ayudaban a las economías afectadas pero tomaban ventaja de los mercados extranjeros para la producción o comercialización de sus productos. Ello condujo a la descentralización de plantas productivas.

Posteriormente se instauró el Plan Marshall, en 1947, creándose la Organización Europea para la Cooperación Económica, ulterior Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico; ello consistía en una política librecambista, capitalismo y liberalismo económico. Se prestaba dinero, se instauraban medidas para luchar contra el desempleo en los países afectados por las guerras mundiales y se buscaba la apertura comercial, eliminando las barreras

arancelarias, por lo que el libre mercado logró incrementar los márgenes de la competencia empresarial.

Así, los modelos Fordistas y Tayloristas de finales de los siglos XIX y XX, de producción en masa o en serie, planificación sistemática, de línea de montaje o trabajo en cadena, en el que cada empresa se encargaba de la totalidad del ciclo productivo, estructurada según los principios de integración vertical y división del trabajo, social y técnicamente institucionalizada, dada su lentitud ante la acelerada evolución del mercado y como consecuencia de un mundo globalizado, conectado por avances tecnológicos, telecomunicaciones e informáticos; se reemplazaron por la descentralización, filiación, producción satelital y atomización de las empresas, para adaptarse a las nuevas formas de la actividad productiva, tanto en lo que refiere a las variaciones de mercado cuantitativa y cualitativamente, por las cantidades producidas y preferencias de consumidores, así como reducir los costos a través de la mano de obra más barata.

Ello conllevó a una nueva estructura empresarial, en la cual se dividía el ciclo productivo o se trasladaban a terceros actividades complementarias, así parte del proceso se llevaba a cabo en lugares diversos al centro principal; otra empresa realizaba ciertas fases, a través de la agrupación permanente de empresas articuladas a una sociedad matriz, suministradoras de mano de obra, por lo que se subcontrataban tareas y finalmente se formaban las empresas de trabajo temporal, recurriéndose con frecuencia al outsourcing, tercerización o externalización.

Sin embargo, este paso automático de la producción de bienes a la realización de servicios, se produjo en los países capitalistas avanzados mas no así en los en vía de desarrollo, pues su acceso al conocimiento era más limitado.

En la década de los 70's se produce la ola flexibilizadora como una consecuencia de los problemas económicos por la crisis del petróleo, minado de un garantismo social y sobreprotección, con un Estado eminentemente protector, con amplio poder de los Sindicatos, con una mano de obra de costo fijo, siendo que entre sus manifestaciones se encontró la externalización, que se habría producido en las áreas de información y tecnología, implementando el Outsourcing en empresas de consultoría de tecnologías de la información y

auditoria, tales como Electronic Data System (EDS), Arthur Andersen, Price Waterhouse y otros. Era parte del fenómeno de la flexibilización laboral, que disminuyó derechos obtenidos por la clase trabajadora, desmontando la rigidez de la normativa laboral y en consecuencia desregulándola, concibiendo que el trabajo tiene especial conexión con la economía del país y en consecuencia el trabajador tendrá mejores condiciones y beneficios en tanto y en cuanto la sociedad crezca y se desarrolle.

La descentralización productiva española de los años 80 consistía en una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios basada en una técnica de gestión que procura la contratación con proveedores externos de ciertas fases de la empresa que no son básicas, independientemente si con anterioridad las hubiere desempeñado. Así, tal descentralización productiva comprendió la división del trabajo entre empresas y la exteriorización de funciones a través de la cooperación inter-empresarial. Es por ello que puede concebirse la descentralización productiva como vertical, cuando se generan contratos con terceros para realizar parte de las actividades que la empresa requiere para producir los bienes o prestar los servicios; o puede considerarse como horizontal cuando existen redes empresariales, regionales o de localidades en las que se establecen relaciones de cooperación que actúan en un plano de igualdad negocial.

Algunos datos importantes son aportados por Gaceta Jurídica (2008) en relación a la aparición de la tercerización en el mundo, afirmando que:

En 1989 Kodak, celebró acuerdos con la empresa International Business Machines (IBM) y Businessland y Digital Equipment Corporation (DEC) por una plazo de 5 a 10 años para el encargo de su área informática, a fin de centrar la atención en los asuntos principales de la empresa. Este caso sirvió de ejemplo y comenzó entonces su esparcimiento por los sectores de la construcción civil, textil, minero y agrícola, banca e informática. Algunas empresas comenzaron a tercerizar la mayor parte de sus actividades considerándose “empresas virtuales”, como Nike,

Benetton o Toyota. Se observaron dos tipos de tercerización, por una parte la operativa para mejorar la competencia financiera, en funciones de seguridad, fotocopia, biblioteca, marketing, producción, diseño y desarrollo; y por la otra, la estratégica que atiende al ahorro del tiempo, desde la limpieza, mensajería hasta la distribución, sistemas de información y funciones financieras.

Posteriormente en 1990, Chrysler Corporation producía solo alrededor del 30 por ciento del valor de sus automóviles; Ford, alrededor del 50 por ciento. General Motors compraba la mitad de su ingeniería y servicios de diseño de 800 diferentes compañías. Además, se produjo el fenómeno de empresas que recurrían a contratistas que se encontraban en otras partes del Mundo (tercerización internacional) y ello se produjo tanto en la industria textil, en el caso de Levi Strauss, Armani y Christian Dior, o del calzado Reebok, o en el sector automovilístico de Ford y Volkswagen. Se fueron sumando servicios como los de vigilancia, limpieza, jardinería, mensajería, mantenimiento de equipos de cómputo, atención telefónica, y no se agotaron en este tipo de actividad complementaria sino que trascendió a las actividades principales (p.7).

Definitivamente la sociedad “postindustrial” trae consigo una disminución del peso económico del trabajo fabril y un aumento de los sectores terciarios y de servicios y la organización de los trabajadores deja de centrarse en los obreros, para hacerlo en los empleados, al mismo tiempo que disminuyen los sindicalizados.

El denominado “Toyotismo” por ejemplo, que nace en las fábricas japonesas y luego se expande a Estados Unidos de Norteamérica y Europa, teniendo como finalidad evitar el desperdicio de tiempo, materiales y costos; utilizó un “just in time” donde los bienes se producían y distribuían justo a tiempo según requerimiento del mercado sin mantener stock, y fomentaban la participación de trabajadores en grupos autónomos con iniciativa y decisión. Ello

era sumamente importante en términos de competitividad y rentabilidad, siendo que la jornada, horario, lugar de trabajo y modo de prestación de servicios se hacían más flexibles, arrojando como consecuencia la reducción del ámbito de protección del Derecho del trabajo y la disminución de los costos, por la utilización de trabajadores a tiempo parcial o contratos a plazo fijo, lo que a su vez introdujo cambios en las tareas y la labor.

Sin embargo, este caso del Toyotismo es excepcional en lo que respecta a la estabilidad de un determinado trabajador, toda vez que su mano de obra era selectiva, dado que eran capaces de innovar y transferir esa innovación a la organización. En realidad, la especialización flexible es heterogénea y por tanto da paso a un modelo de producción flexible de alto volumen, que atiende a la demanda masiva de un determinado producto, siendo ello una combinación de economías de escala con sistema de producción personalizados.

Esta industria produjo la cantidad necesaria de unidades para cubrir necesidades de mercado del momento, reprogramando la cadena de montaje para realizar distintas tareas sobre el bien específico.

Hoy día, hay muchos ejemplos de lo que tradicionalmente se ha concebido como un proveedor externo; así los despachos de abogados lo han sido de empresas que no cuentan con un área jurídica o teniéndola no tienen la capacidad para atender todos los casos de muchas áreas del Derecho. De igual manera, los despachos de contadores y auditores, agencias de publicidad, así como quienes prestan tareas temporales o de corta duración como los mecánicos, plomeros y electricistas. Y más aún se han sumado en las modalidades contractuales atípicas las mujeres, jóvenes y trabajadores más especializados.

Asimismo, una gran innovación constituye la descentralización productiva transnacional, que comprende la concurrencia de los agentes económicos y localizaciones, caracterizadas por la capacidad tecnológica, acceso a un gran mercado integrado, diferencias entre los costos de producción local y de destino y finalmente la capacidad política de las instituciones nacionales y supranacionales para impulsar la estrategia de crecimiento de los países incluyendo ventajas competitivas en el mercado internacional.

Para remediar los riesgos que se pueden presentar respecto a los casos de aplicación ultra nacional de la legislación, se puede referir el caso de la Sarbanes – Oxley Act, aprobada el 30 de junio de 2002, por el Congreso de los Estados Unidos, que somete a sociedades no americanas constituidas en Europa, Asia o América Latina, a la legislación federal de la Unión, por el hecho de pertenecer a un holding norteamericano o ser controladas por éste (García, 2013).

La Tercerización normada en legislaciones laborales extranjeras

Perú.

Se distinguen tres figuras: 1) Los contratistas y subcontratistas; 2) Las empresas intermediarias cuya regulación en la Ley de Intermediación Laboral (LIL,2002) incluye a las de servicios temporales, denominadas ETT, empresas especiales de servicios denominada “services” y cooperativas; las de servicios complementarios y las de servicios especializados, en todos los casos siempre y cuando no signifique la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria, que comprende la explotación, exploración, transformación, producción, organización, administración, comercialización, actividades sin cuya realización se afectarían o interrumpirían las operaciones de la empresa; 3) El *outsourcing*, regulado por Ley que regula los servicios de tercerización, (Ley 29.245, 2008) con posterior Decreto Legislativo (Decreto 1038, 2008) que precisa sus alcances y finalmente, el Reglamento de la Ley 29.245 (Reglamento, 2008).

Previo a la sanción de la Ley 29.245, el Reglamento de la LIL (Decreto Supremo 003-2002) estableció un conjunto de figuras que no constituían la Intermediación, denotando características respecto a la subordinación de los trabajadores, la asunción de tareas, su riesgo y sus recursos, que arrojaron como conclusión la introducción a la tercerización en el elenco de esas figuras, que posteriormente fue regulada. Esas figuras son los contratos de gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, si asumen las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que

tengan sus recursos propios y los trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Para diferenciar estas figuras, Ben Schneider (como se cita en Toledo, 2011) presidente ejecutivo del Consulting Outsourcing & Management, experto en desarrollo, promoción y divulgación del concepto de Outsourcing o Tercerización, considera que:

Existe una diferencia radical entre simplemente complementar recursos a través de la intermediación laboral y la implementación de un verdadero outsourcing. Este último involucra una reestructuración sustancial de una actividad particular de la empresa, que incluye, frecuentemente, la transferencia de la operación de procesos de central importancia, pero no directamente vinculados con el core business de la empresa, hacia un proveedor especialista (p.173).

En el artículo 2 de la Ley 29.245, se establece que una empresa principal delega a una empresa tercerizadora, el desarrollo de una parte de su actividad principal o etapa del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios sin cuya ejecución se afectaría el funcionamiento de la empresa y esta la asume a su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, debiendo existir un desplazamiento continuo de personal al centro de trabajo de la empresa principal, el cual estará bajo su exclusiva subordinación, siendo responsable por los resultados de sus actividades. Se trata de externalizar procesos importantes pero no inherentes a su actividad distintiva o central, siendo que ese proveedor de servicios especializados puede inclusive posteriormente convertirse en un socio empresarial.

Se consideran elementos característicos de tales empresas tercerizadoras, la pluralidad de clientes, contar con equipamiento, inversión de capital y retribución por obra o servicio. La pluralidad de clientes presenta excepciones normadas, tales como cuando el servicio es requerido por un número reducido de empresas dentro del ámbito en el cual desarrolla sus actividades la tercerizadora;

cuando exista un pacto de exclusividad según la naturaleza del servicio y cuando se encuentre dentro del régimen de la micro empresa.

Es de suma importancia la estipulación de la responsabilidad solidaria de la empresa principal con la tercerizadora que se ha establecido cuando la contratación de realizaciones de obras o servicios implique el desplazamiento de personal y comprenda el pago de los derechos y beneficios laborales así como las obligaciones de seguridad social por el tiempo que dure tal desplazamiento.

La Ley 29.245 se ha considerado un paso decisivo para la defensa de los derechos de los trabajadores, contrarrestar a las empresas fantasmas y corregir la situación fraudulenta de empresas que camuflaban un servicio tercerizado con apariencia de temporalidad, cuando en realidad dotaban de personal permanente.

Sin embargo, se considera ilegal la tercerización cuando: no exista autonomía empresarial; la empresa principal supervise las labores del personal de la tercerizadora; o se preste servicio a un solo cliente, con las excepciones del pacto de exclusividad o que pertenezca la tercerizadora al régimen de la micro empresa. Y finalmente, la simple provisión de personal o cesión de trabajadores si se tratare de una actividad principal es considerada ilícita.

Por otra parte, pese a que en Perú se regula la tercerización entre empresas no vinculadas entre sí, no así el caso de las empresas que conforman los grupos económicos, siempre y cuando la tercerización presente normas que la regulen, podría ser posible su uso adecuado. Así, la libertad de empresa es su sustento dentro del grupo de empresas, para evitar que las decisiones sean tomadas de manera arbitraria, y por ello se debe considerar que la libertad de empresa tiene un límite interno que sería el *ius variandi*, referido a la naturaleza de la función empresarial, para dirigir y administrar la empresa y un límite externo, referente a los Convenios Internacionales, Constitución, Leyes y demás normas.

Se han producido sentencias que no solo enfatizan la protección al trabajador en estos casos sino también enfatizan la ventaja que representa la Tercerización.

Así, Vera (2013) cita dos extractos de sentencias suficientemente interesantes, para que siendo concatenadas se llegue a la conclusión, que la

tercerización es ventajosa. Ellas son la Sentencia del Expediente No. 0090-2004-AA/TC y la recaída en el expediente No. 169-08-AP, ambas del Tribunal Constitucional Peruano. La primera establece que el requisito de la razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Y la segunda establece que la tercerización constituye un instrumento de gerencia moderna que no es negativa en sí, salvo que se produzca su desnaturalización.

Es de suma importancia las reglas que en el Derecho peruano se han establecido respecto a la protección de los derechos de los trabajadores en caso de tercerización, ya sea por la legislación, la doctrina o la jurisprudencia.

Por ejemplo, en relación a la Libertad sindical individual de constitución, se debe respetar el derecho de los trabajadores de constituir libremente sindicatos por lo que se prohíbe que las empresas desplacen trabajadores a fin de evitar la conformación de un Sindicato. De igual manera, en relación a la libertad de negociación colectiva, no se pueden dar desplazamientos de trabajadores que tengan como objeto evitar negociaciones colectivas.

Esto en aras de garantizar el derecho de sindicación, pese a entender comprensible que los trabajadores que prestaren servicios en distintas empresas del grupo se les haga difícil la negociación colectiva de empresa, siendo más factible que estos trabajadores puedan negociar a nivel de empresa contratante a quienes prestan su servicio.

Lo mismo se ha garantizado respecto a los trabajadores que se encuentran en huelga, en el entendido que no pueden ser sustituidos por trabajadores desplazados dada la tercerización.

Y finalmente, también se han garantizado iguales condiciones de trabajo para los trabajadores que están siendo desplazados respecto a los trabajadores de la empresa a la que son desplazados.

Vera (2013) arroja un dato importante surgido en la Conferencia Internacional del Trabajo, respecto al trabajo en Régimen de Subcontratación y es que en los casos de tercerización entre empresas de un mismo grupo no se respeta el derecho a la igualdad de trato, por ejemplo en el caso del límite de jornada

máxima, dado que los trabajadores se les exige más un resultado sin tener tanto en cuenta el tiempo que dure la ejecución; o respecto al derecho a la seguridad y salud en el trabajo, en el sentido que sufren los tercerizados más accidentes de trabajo; y finalmente respecto al derecho a las vacaciones, pues otorgan las empresas tercerizadoras compensaciones en vez del disfrute efectivo.

Otro límite que resalta Vera (2013) está dado respecto a las actividades que pueden externalizarse, siendo establecido por la Corte Superior de Justicia de Lima, la imposibilidad de tercerización de actividades principales de las empresas, siendo sin embargo la opinión de la autora que es posible externalizar la actividad principal al interior de las empresas de un mismo grupo.

Rendón (2007) afirma que pese a que durante la Presidencia del Ingeniero Alberto Fujimori, se adoptaron fórmulas de flexibilidad, aludiendo al fomento de empleo, encargándose por Decreto el Ejecutivo de flexibilizar las modalidades de contratación laboral, creando condiciones para la inversión privada en varios sectores, como el agrario, minero, pesquero, industrial e infraestructura, principalmente en lo que refiere a las exportaciones; esta flexibilidad de los años 90 no promovió el empleo, más bien incremento el desempleo, así como el subempleo; de igual forma, se golpeó fuertemente al movimiento sindical, con reducción de la negociación colectiva a la cuarta parte, la de rama de actividad desapareció y la de construcción apareció luego en el 2000 por las manifestaciones de los trabajadores en las calles.

Por lo antes expuesto, es sumamente importante que en Perú se ha buscado minimizar el uso de contratos a tiempo determinado en la tercerización y han intentado disminuir las diferencias de condiciones de trabajo con relación a las otorgadas por la empresa principal, basados en la formación de organizaciones sindicales de carácter horizontal, que agrupa a todos los trabajadores que laboran para los contratistas de una misma empresa. Ello se ha dado principalmente en los sectores de minería y telecomunicaciones.

Ello se corresponde con la corriente de la doctrina peruana que cree que el movimiento colectivo no debe ser vulnerado por la flexibilidad y en ese sentido Arce (2008) afirma respecto a la negociación colectiva que:

Creo que debe ofrecer instrumentos y desarrollar capacidades suficientes en los trabajadores y representantes para que la negociación de intereses sea eficaz... Debe seguir siendo el camino de limitación al poder empresarial a lo justo y necesario. ..el Derecho del trabajo a través de la ley ha de crear las condiciones necesarias y suficiente para que el dialogo y la negociación de intereses no sea solo una apariencia (p.72).

México.

En la legislación mexicana se han normado tanto la intermediación laboral como el outsourcing. Los supuestos del Intermediario son: 1) Un tercero ajeno a la relación laboral que sirve de conducto; 2) El que actúa a nombre propio, y se relaciona con los trabajadores (relación laboral) y con la principal (relación civil o mercantil); 3) Los contratistas; 4) Dos empresas relacionadas, cuando una es insolvente o ejecuta servicios en forma exclusiva para la otra.

El intermediario no puede considerarse como patrón, ya que actúa como una agencia de colocación. Frente a los trabajadores responde el beneficiario que se aproveche del trabajo, más existirá responsabilidad solidaria, cuando la contratista no disponga de recursos propios suficientes y realice obras o servicios para la empresa beneficiaria.

Por su parte, el *outsourcing* deviene de una versión del intermediario, con empresas ficticias, que buscando escapar de la responsabilidad solidaria establecida en la Ley Federal del Trabajo (LFT, 1970) constituyen empresas de objeto social amplio y celebran con un Sindicato un Contrato Colectivo de protección que contiene mínimas condiciones legales; ofreciendo el alquiler de trabajadores propios, fianzas y prometiendo sustituir al trabajador si no es aceptado.

En la reforma de la Ley Federal del Trabajo (LFT,2012) respecto al “*outsourcing*”, se estableció en el artículo 15-A, normando el régimen de subcontratación, que no se puede abarcar la totalidad de las actividades de la empresa; su carácter debe ser especializado; no podrán realizarse tareas que hacen

el resto de los trabajadores del contratante; y se establece responsabilidad solidaria; prohibición de transferencia de trabajadores para disminuir derechos laborales; así como que el contrato celebrado entre las empresas debe constar por escrito y la contratante debe cerciorarse que la contratista cuenta con documentación y elementos propios para cumplir con las obligaciones laborales.

En los nuevos artículos 15-B y 15-C de la LFT, se plasman normas dirigidas a asegurar que la empresa contratista cuente con los elementos propios y suficientes con miras al cumplimiento de las obligaciones laborales respecto de los trabajadores que realizarán la obra o prestación de servicios, incluyendo las concernientes a la seguridad, salud y medio ambiente de trabajo. De igual manera, existe la responsabilidad solidaria del ente contratante en los casos que se constate: a) Que las obras o servicios, se ejecutan de forma exclusiva o principal para la empresa beneficiaria; o b) Que la empresa ejecutante no disponga de elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones laborales.

Ahora bien, la experiencia en México en torno a la globalización y esta reforma ha sido la de considerar que se han antepuesto los intereses económicos a los sociales. Ello so pretexto de promover la productividad, excelencia y calidad total, clamando en contraposición por la eficacia y promoción de los derechos humanos.

Desde el punto de vista fiscal, la tercerización se ha presentado como estrategia que se ofrece para reducir costos en las empresas. El empleador transfiere su nómina a una de las sociedades por las que optó y realizará pagos a esa sociedad por la prestación de servicios que le brinda con sus extrabajadores, mediando entre ellos una relación de carácter mercantil, siendo que el pago que realice lo considerara un gasto indispensable, que reducirá su base gravable.

El problema dentro de este ámbito está en que se simule la relación y los trabajadores de la empresa contratante se vuelvan socios de la sociedad que se constituya y se busque que los ingresos que perciban sean catalogados como ingresos exentos para efecto del Impuesto sobre la renta, como por ejemplo alimentación o seguridad social.

En esos términos el desembolso del beneficiario de los servicios, será equivalente a la remuneración neta, sin necesidad de cubrir el importe bruto sobre el cual se retendrían los impuestos. Por eso, el beneficiario paga a la prestadora de servicios una cantidad equivalente a la percepción neta de los trabajadores más la comisión. La prestadora de servicios entrega al trabajador el salario y demás conceptos que persiguen no ser gravables. Inclusive el remanente puede ser pagado por la prestadora de servicios a un sindicato designado para ese efecto.

Ese remanente será una cuota sindical o como pago de estudios realizados por esa entidad a favor de la prestadora de servicios. A su vez con la cantidad recibida por el Sindicato, éste entregará a los trabajadores una participación por concepto de retiro proveniente de los fondos sociales, los cuales se pretende no sean gravables.

Así, los esquemas de outsourcing utilizando empresas intermediarias e intervención de sindicatos, con fines de procurar retribuciones o remuneraciones a la fuerza laboral son actos simulados que ocultan una relación de trabajo entre la prestadora de servicios final y los trabajadores y la remuneración que corresponde al trabajador. Todo ello produce defraudación al fisco federal, por declarar sueldos gravables inferiores a los que en realidad se pactan entre trabajador y empresa.

Para Santos Azuela y Santos Méndez (2014) la igualdad en el trabajo se ve trastocada por la reforma laboral de 2012, considerando como postulados de la igualdad en el trabajo, tres aspectos, primero la igualdad de oportunidades para trabajar; segundo, la prohibición y castigo de los tratamientos discriminatorios y tercero, la igualdad de trato, respeto y consideración a los trabajadores ante la ley.

Consideran que se ha utilizado al Derecho del Trabajo como un instrumento al que se privó de su esencia reivindicatoria para convertirlo en instancia de conciliación entre los intereses antagónicos del capital y el trabajo.

Adicionalmente, respecto a la Reforma Laboral, en una entrevista del Periódico El Universal, Navarrete (2014) aseguró que:

No se han obtenido los resultados esperados en la creación de empleo, aplicación del outsourcing, en la certeza jurídica en contra-prestaciones, justicia laboral y competitividad. Comenta que

el sector empresarial dice que no ha hecho contrataciones bajo el outsourcing por miedo a cometer errores y caer en multas. Siendo que en realidad la esencia del mismo es buena y se trata de complementar lo que yo no puedo hacer, pero hay que evitar que se subcontrate todo y todos los trabajadores de la empresa están inmersos en esa modalidad de contratación (p.5).

Aunado a ello, el debate más reciente en México ha sido el aumento necesario de los salarios y entre propuestas y excusas, se deja sentado el cambio de ecuación en el entendido de no contraponer el logro de la rentabilidad y competitividad por sobre las profundas desigualdades, ingresos y mejora de condiciones laborales, siendo que esto último, puede arrojar una mayor productividad. Pues ya no es sensato creer que la disminución de las condiciones laborales incentivarán y producirán un incremento de la economía y un mejor posicionamiento del país en términos de competitividad e inversión, por el contrario un incentivo y mejoras reales para los trabajadores impulsarán un más sólido compromiso, sentido de pertenencia, innovación, productividad y por ende desarrollo de la economía y posicionamiento del país en el fenómeno de la economía global.

Argentina.

La Ley de Contrato de Trabajo No.20.744 (LCT, 1974) establece una normativa para las empresas de servicios eventuales, considerando como su objeto exclusivo poner a disposición de terceros distintos tipos de personal, para que en forma temporal cumplan servicios extraordinarios o transitorios para una empresa, siendo que los trabajadores son considerados en relación de dependencia con carácter permanente discontinuo de las mismas.

Asimismo, establece que solo podrán asignarse trabajadores en caso de ausencia de un trabajador permanente, en caso de licencias o suspensiones legales o convencionales, cuando exista un incremento en la actividad de la empresa que requiera ocasional y extraordinariamente mayor cantidad de trabajadores, en la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones; en situaciones de

reparación de equipos, instalaciones o edificaciones que sean inaplazables en virtud de la seguridad, prevención de accidentes o medidas de seguridad urgentes y por necesidades extraordinarias o transitorias que causen el cumplimiento de tareas ajenas al giro normal y habitual de la empresa.

De igual manera la LCT instituyó la solidaridad entre el empleador y el intermediario para proteger al trabajador de los fraudes, evitando los “hombres de paja”. Con la reforma de 1998, se determinó la solidaridad como una sanción al empresario por no vigilar a quienes deben suministrar el servicio y pagar sus aportaciones a la seguridad social. Al modificar el artículo 32 (LCT,1974) por Ley 21.297 (LCT, 1976) se eliminó la posibilidad de la relación laboral entre el principal y los trabajadores de los contratistas o subcontratistas y por Ley 25.013 (LCT, 1998) el segundo párrafo del artículo fue sustituido por el artículo 17, limitando la responsabilidad solidaria del principal al incumplimiento del deber de exigir a los cesionarios, contratistas o subcontratistas las informaciones de sus obligaciones formales y sustanciales con los trabajadores y el sistema de seguridad social.

Finalmente, algo muy importante respecto a las relaciones colectivas de trabajo es que los trabajadores eventuales serán representados por el Sindicato y estarán regidos por la Convención Colectiva de las empresas a las que efectivamente presten servicios.

Ahora bien, En Argentina, García (2013) explica que:

Una investigación llevada a cabo por representantes del Poder Judicial argentino, da cuenta de que en el respectivo país, dentro del marco de la descentralización empresarial, se verifica un alto grado de incumplimiento de la normativa laboral, y concluye en la constatación de que el difundido recurso a la tercerización es utilizado para disminuir responsabilidades mediante la interposición de personas que, en apariencia, son prestadores de servicios, aunque en realidad constituyen meras ficciones insolvente (p.101).

También se afirma que la segmentación del trabajo exteriorizado hacia distintas unidades productivas, sirve a las empresas para eludir la regulación y representación colectiva originaria (García, 2013).

España.

Son alternativas externalizadoras: 1.) Las contratas y subcontratas. El artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores (LFT, 1995) regula el caso de correspondencia de los servicios con la propia actividad de la empresa principal y establece responsabilidades solidarias, subsidiarias, de información y en materia de prevención de riesgos laborales y conexas - administrativas; 2) En España se ha tergiversado la esencia de las ETT cuando el trabajador está vinculado a una sociedad de un grupo que se cede temporalmente a otra; o por la cesión del personal de la matriz a las filiales; o la cesión de trabajadores entre empresas que forman red. Sin embargo, la legislación considera lícita aquella cesión de trabajadores mediante el mecanismo de las ETT, debidamente autorizadas y de acuerdo a su regulación por Ley 14 (1994) solo se permite cuando concurra una causa temporal específica; sin embargo, sus rígidos requisitos establecidos en su reforma en la Ley 29 (1999) impulsaron la huida hacia la subcontratación para el suministro de servicios temporales, originando las empresas de servicio, que con un objeto muy diverso suministran mano de obra a precios muy competitivos.

Panamá.

La tercerización se origina en el suministro de mano de obra, prohibida en el artículo 94 del Código de Trabajo Panameño (CT, 1971) y en el Decreto Ejecutivo No. 17 por el cual se toman medidas en relación con los subcontratistas (Decreto Ejecutivo No.17, 2009) que admite excepciones por períodos que no excedan de dos meses. En ese caso, las empresas receptoras del suministro serán solidariamente responsables con las suministradoras, por los salarios, prestaciones y la empresa receptora será responsable por los actos que efectúe en perjuicio del trabajador. Quien recibe la prestación de servicio será el empleador, prescindiendo

de los actos simulados e interpuestas personas, de acuerdo al Principio de la Realidad.

No es legítimo si las empresas satélites se aprovechan para deslaboralizar, cuando se trate de la actividad principal de la empresa, o los empresarios sean antiguos trabajadores.

República Dominicana.

Consideran que el *outsourcing* es un modelo de producción bueno para las empresas, negativo para los trabajadores, malo para los sindicatos y además se afirma que incrementa la informalidad.

No hay una disposición del *outsourcing* porque frente a la flexibilización, se optó por reforzar los derechos individuales y colectivos; sin embargo si existe y comenzó por las actividades periféricas hasta las propias del giro de la empresa, como sucedió en el año 1996, con una empresa telefónica denominada Compañía Dominicana de Teléfonos (CODETEL).

Para buscar protección a los trabajadores, se centran en la figura de la “subcontratación” dado que el Código de Trabajo (CT, 1992) establece que el subcontratista será el empleador de los trabajadores que utiliza y se considerara intermediario si recurren a esa figura para eludir las obligaciones de la legislación o carece de elementos para cumplir con las obligaciones, produciéndose entre ellos la solidaridad.

Uruguay.

Se distingue entre la subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra y se norma la responsabilidad en los procesos de descentralización empresarial, estableciendo la responsabilidad del patrono o empresa principal de naturaleza subsidiaria y solidaria en supuestos y obligaciones laborales y previsionales. Inicialmente en la Ley 18.099 (2007) se tercerizaban actividades accesorias y con la cooperación inter-empresarial y el modelo industrial satelital, también se externalizaron trabajos propios del giro de la empresa principal, en la Ley 18.251 (2008). La Tercerización implica traslación de actividades a otras

empresas que están especializadas y corresponsabilidad entre ellas, evitando que la empresa principal eluda responsabilidades. En este sentido, las reglas permiten una tercerización responsable.

Según Raso (2011):

Las razones que han servido de estímulo al *outsourcing* son: 1) la reducción de costos, en aportes a la seguridad social y beneficios laborales así como la traslación de riesgos laborales a la subcontratista; 2) empresa versátil, de rápidas respuestas; 3) mayor productividad, mejores precios y descarte de proveedores menos eficientes; y 4) disminución del control sindical (p.98).

Chile.

Hacen énfasis en el concepto de empresa, centrándose entre el lugar de trabajo y el responsable como empleador, estableciéndose un régimen alternativo de la responsabilidad tanto solidaria como subsidiaria. Siendo que en principio es una responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de las obligaciones de dar de sus contratistas a favor de los trabajadores de los mismos, pero que puede transformarse en subsidiaria si logra acreditar la empresa principal que ejerció los derechos de información, fiscalización y retención oportunamente.

Sin embargo en materia de responsabilidad por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en régimen de subcontratación laboral y pese a que estaba estatuida la responsabilidad subsidiaria, se estableció en el artículo 183-E del Código de Trabajo una acción directa de carácter civil por responsabilidad extracontractual del trabajador contra la empresa principal en caso que el mismo sufra un accidente de trabajo o padezca una enfermedad profesional.

Con ello resultan tres escenarios distintos ante la reclamación de las indemnizaciones por haber acaecido un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, y ello se refiere a si el reclamante es el trabajador accidentado o enfermo o lo son sus herederos y si se ha demandado solo al empleador o conjuntamente a este y a la empresa principal, o solo se ha reclamado el accionar ilícito de la empresa principal.

Así se tendrán como abanico de posibilidades y de inconvenientes las siguientes:

1) Acción intentada por el trabajador por responsabilidad de naturaleza contractual del empleador contratista por su culpa que se presume y le corresponde desvirtuar.

2) Acción intentada por el trabajador por pretendida responsabilidad solidaria o subsidiaria de la empresa principal, por haber sido demandada conjuntamente con el empleador contratista, pero en virtud del Tribunal competente que lo es el Laboral y dada la característica de no existir una vinculación contractual entre el trabajador y la empresa principal, será incompetente para conocer de la reclamación. Máxime cuando se ha limitado por el artículo 183- B del Código de Trabajo (CT, 2002) el régimen alternativo de responsabilidad solidaria y subsidiaria a las obligaciones de dar, siendo la obligación de seguridad, una obligación de hacer.

3) Acción intentada por el trabajador por incumplimiento de la obligación de seguridad de la empresa principal, fundado en el artículo 183-E del Código del Trabajo, que se rige por el Código Civil, siendo que la culpa debe probarse, con un sistema de prueba tasada.

4) Acción intentada por los herederos en contra de la empresa principal, por responsabilidad extracontractual ante los tribunales civiles, por no adoptar las medidas de seguridad tendentes a resguardar la vida y la salud del trabajador.

5) Acción intentada por los herederos en contra de la empresa principal y del contratista, que de igual manera se ejerce ante los tribunales civiles, y existiendo dos codemandados pudiera generar la figura de responsabilidad solidaria de naturaleza extracontractual.

Posteriormente, la Ley 20.123 (2006) previó la regulación de: 1) El trabajo realizado por un trabajador para un empleador contratista o subcontratista, y 2) El *outsourcing*, que consiste en el trabajo a cargo de empresas de servicios transitorios, cuyas tareas son de carácter transitorio, prohibiendo que sean filiales o matrices de las usuarias, o estén relacionadas o tengan interés directo o indirecto, o participación societaria.

La problemática del *outsourcing* ha estribado en el caso de Chile en la multiplicidad real o ficticia de empresas que disminuyen los derechos individuales y colectivos; se hace difícil el reconocimiento del responsable de las obligaciones y el de las facultades de dirección; son insuficientes las normas acerca de capacitación y formación profesional; se afecta la previsión contributiva y tiende a ser menor el salario, que el existente con la usuaria, lo que es uno de los atractivos del *outsourcing* a efectos de inversión. Sin embargo, en aras de regular el ejercicio del derecho colectivo de negociación colectiva, se prohíbe a los trabajadores de una obra transitoria el negociar, a menos que se realice de conformidad con el artículo 314 del CT para convenir condiciones de trabajo por un tiempo determinado.

Pese a la mención a estos países y sus legislaciones para resaltar su labor de normar y restringir vía legislativa las figuras que implican la tercerización de servicios y otras relacionadas como la intermediación y los contratistas, también se pueden mencionar los casos de eliminación por vía legislativa de tales normativas.

Ecuador.

En Ecuador el Decreto Ejecutivo 2166, publicado el 14 de julio de 2004 estableció las normas que deben observarse en la prestación de servicios de intermediación laboral conocida como tercerización, y a su vez fue modificado por Decreto 2424, de Registro Oficial del 31 de diciembre de 2004, en el que se estableció una diferenciación importante de las figuras de intermediación y tercerización, así como un serie de exigencias y formalidades para su funcionamiento, como la exclusividad de la actividad, obligatoriedad de celebración de contrato por escrito entre la prestadora de servicios y la usuaria, así como entre la prestadora de servicios y los trabajadores, la garantía rendida por la prestadora de servicios para la usuaria y el registro de la prestadora ante el Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, hoy Ministerio de Relaciones Laborales. También se dividieron las empresas prestadoras de servicios complementarios y las de servicios temporales.

Por su parte, el Código de Trabajo Ecuatoriano (CT) fue reformado el 23 de junio de 2006 y publicado en el Registro Oficial 298, en lo que refiere a la intermediación laboral, regulando esta y la tercerización bajo el nombre de contrato de servicios transitorios, siendo que su artículo 183- U estableció que aquellos contratos que se celebraran por razones distintas a las estipuladas o para encubrir una relación de trabajo con carácter permanente con la usuaria, se entenderían celebrados en fraude a la ley y por tanto se reputarían los trabajadores, como de la usuaria. La usuaria tendría responsabilidad subsidiaria por las obligaciones laborales y previsionales, siendo de su entera responsabilidad aquellas obligaciones relativas a higiene y seguridad en el trabajo.

Posteriormente por Mandato Constituyente No.8 del 30 de abril de 2008, se decretó la eliminación y prohibición en el artículo 1, de la tercerización e intermediación laboral y cualquier otra forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades propias y habituales a las que se dedique la empresa, enfatizando que la relación será bilateral y directa entre trabajador y empleador.

Asimismo, se eliminó y prohibió la contratación laboral por horas. Sin embargo, se estableció la posibilidad de celebrar contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio del Trabajo y empleo, hoy de Relaciones Laborales, como vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería, jardinería y limpieza; siendo la relación laboral entre la empresa de servicios complementarios y los trabajadores, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio. Y se permitió la contratación civil de servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, como son el caso de la contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y sistemas.

Una vez indicados el origen e historia de la tercerización en el mundo así como indicadas su regulación en Perú, México, Argentina, España, Panamá, Republica Dominicana, Uruguay, Chile y Ecuador y alcanzando el objetivo de describir la evolución histórica de la Tercerización y su estipulación normativa en el Derecho del Trabajo extranjero, es necesario descender al estudio de la evolución normativa relacionada con la tercerización en Venezuela.

Capítulo III

La Tercerización en Venezuela

En este capítulo se analiza la historia de las figuras relacionadas con la Tercerización en la evolución normativa laboral venezolana, iniciando con las Empresas de Trabajo Temporal, su derogatoria; luego los intermediarios y su eliminación y finalmente los contratistas y su relación con la figura de la Tercerización. Finalizando en la descripción de las Disposiciones legales reguladoras de la Tercerización en Venezuela. El desarrollo de este capítulo persigue analizar la evolución normativa relacionada a la Tercerización existente en Venezuela.

Historia de las figuras relacionadas con la Tercerización en la evolución normativa laboral venezolana

El IX Congreso Internacional del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, organizado por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en Caracas del 16 al 20 de septiembre de 1985, fue el escenario para advertir la tendencia a la flexibilización y enunciar y explicar la experiencia y decisiones en relación a adaptaciones normativas adoptadas por algunos Países.

Se planteó la existencia de las relaciones de trabajo atípicas, explicando que tenían por finalidad reducir el costo de la mano de obra, disminuir la estabilidad y protección del trabajador en el empleo y privilegiar el trabajo autónomo y otras formas ajenas a la regulación, advirtiendo que sin embargo las mismas no habían podido arrojar lo que se esperaba en términos de promoción de empleo.

Se hizo énfasis en explicar que el fenómeno durante el siglo XX se centró tanto en el capital y mercado como en la clase obrera.

Con respecto al capital, se movilizaron los capitales conjuntamente con los centros de producción de las empresas más grandes de los Países industrializados hacia otras en vías de desarrollo, para aprovechar un costo reducido de la fuerza de trabajo, así como las ventajas fiscales y mayor ganancia.

En relación al mercado, se indujo en el mercado productos de diversa presentación gracias al conocimiento de las preferencias de los consumidores y las innovaciones científicas y técnicas, siendo fortalecidos por la amplia difusión, dada la publicidad y medios de comunicación. Se produjo una amplia extensión de mercados, cadenas y autoservicios que suponían horarios dilatados en todos los días de la semana. El interés de la industria y comercio del productor se sustituía por el del consumidor, y así los bienes y servicios se sustituían y consumían en tiempos más breves y ante la fragilidad de los mismos, el interés no era su reparación sino reemplazo por otro innovador, siendo posible dada la investigación, ciencia y técnica. Esto implicaba mayor capacidad de elección y exigencia de calidad, cantidad y precios.

Finalmente, sobre la clase obrera se observaba la evolución social en su lucha por incorporar derechos laborales y de seguridad social como derechos humanos imposibles de reducir. Se observaba el grupo de los trabajadores empleados y no empleados. En el primero, se ubicaban varios escalafones, los responsables de manejo del aparato productivo y estatal, luego los de oficina y taller, después los trabajadores de base que ejecutaban las tareas de producción de bienes y servicios y los últimos encargados de las tareas más riesgosas y duras que normalmente son efectuadas por trabajadores inmigrantes.

Sin embargo, lo interesante es que si se agrupaban ellos conformando una pirámide en el que los primeros son la menor cantidad y van aumentando hasta los que conforman la mayor cantidad, sus ingresos no se incrementaran de la misma forma, más bien se invertía y en consecuencia disminuían.

Por otro lado, los trabajadores sin empleo, máxime jóvenes y otros que trataban de reincorporarse, que son inestables, obligados a cambiar de formación y de calificación ya que ocupan los empleos que estén disponibles y que normalmente ofrecen remuneraciones y condiciones inferiores. A veces siendo referidos por empresas de colocación, las cuales unas estarían amparadas por regulaciones normativas y otras no. Este caso se da junto con el subempleo e informalidad de los Países menos desarrollados industrialmente.

Así las nuevas modalidades de contratación inestables comprendidas en la flexibilidad fueron impulsadas por empresarios acompañados de economistas y abogados y administradores, convenciéndose que la reducción de remuneraciones y otros derechos sociales de los trabajadores produciría un aumento en la ganancia y redistribución positiva de la inversión en fuerza de trabajo.

Cabe advertir, que si bien es cierto que en la evolución legislativa venezolana y su aplicación y realidad del ámbito laboral se han manifestado modalidades de prestación de servicios al margen del Derecho del Trabajo tales como las derivadas de las Cooperativas, Misiones e inclusive Empresas de Producción Social y Empresas de Propiedad Social Comunal, que pudieran desencadenar formas de tercerización; por concebirse a las mismas fuera del ámbito de dependencia y subordinación de las relaciones convencionales típicas laborales no se tratarán en el presente trabajo que solo se circunscribe a las formas amparadas por el Derecho del Trabajo.

Las empresas de trabajo temporal.

Esta figura ha sido regulada por muchos Países, con fines de política económica e industrial y pleno empleo, como Alemania, Holanda, Francia, Bélgica, Portugal, Italia, España y Argentina.

En Venezuela, en el año 1999, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT, 1999) estableció en los artículos 23 al 28, las disposiciones tendientes a regular las empresas de trabajo temporal (ETT), cuyo objetivo era poner a disposición de un beneficiario, los trabajadores que con carácter temporal se requerían para la realización de obras o servicios que debían obedecer a una necesidad eventual, imprevista y pasajera, que no correspondiera a la actividad normal de la empresa.

Varias son las causas por las cuales la figura comienza a criticarse y usarse para fraudes, aun cuando fueron impulsadas como mecanismo para enfrentar el desempleo.

Entre ellas se pueden mencionar: la duración que se hace corresponder con el máximo del lapso de prueba que existía en ese momento, esto es de 90 días

continuos, para que las partes se desligaran de la relación laboral sin responsabilidad alguna; la exclusión del régimen de estabilidad en el trabajo; la exención de responsabilidad del ente contratante de la empresa de trabajo temporal; la imposibilidad de la Administración Pública para garantizar el cumplimiento cabal de fianzas y depósitos sin que ello tuviere una adecuada sanción.

La diferencia entre las empresas de trabajo temporal y los intermediarios estriba en que los últimos no se consideraban en la doctrina latinoamericana patronos de los trabajadores, sino más bien fungían como mandatarios del dueño de la obra, pues transferían a este, todos los derechos y obligaciones, pese a que en Venezuela si se los consideraba patrono, ya que en nombre propio contrataban y en beneficio de otra persona, utilizaban los servicios de los trabajadores bajo su dirección, para no comprometer la responsabilidad solidaria del ente contratante, a menos que el contratante le hubiera autorizado expresamente para ello o hubiera recibido la obra ejecutada.

Asimismo, las empresas de trabajo temporal se diferenciaban de las Agencias Privadas de empleo reguladas en el Título IX, Capítulo II, de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT,1997) por cuanto las mismas tampoco fungen de patrono ni de intermediarios, por demás, el Convenio de la OIT No.181 sobre las Agencias Privadas de empleo del 19 de junio de 1987, no ratificado por Venezuela, establece claramente que los servicios a que el Convenio se refiere son los destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la Agencia sea parte de la relación laboral, considerándose como solicitantes de empleo a los que pudieran posteriormente relacionarse como trabajadores.

Tampoco podría considerarse a las empresas de trabajo temporal como contratistas, por cuanto este no deja de ser patrono de quienes emplea en beneficio de un tercero, mientras que las ETT ceden parcialmente dichas facultades a favor de quien realmente recibe el servicio del Trabajador. Y más aún los contratistas y entes contratantes son solidariamente responsables, más dichos entes no lo son cuando se vinculan a través de un contrato mercantil con las ETT.

Tres contratos vinculaban a los tres sujetos existentes en relación a las ETT, el aspirante a empleo en principio que luego se convertirá en trabajador, las empresas de trabajo temporal y la empresa contratante:

1) El contrato de provisión de trabajadores entre la ETT y la empresa contratante, que era en definitiva la beneficiaria de los servicios del trabajador y cuyo objeto comprendía las operaciones de búsqueda y clasificación de los diferentes candidatos con opción al cargo, por poseer cualidades que requería la empresa contratante. Este contrato era de índole mercantil y se caracterizaba por una situación de incertidumbre para ambos contratantes acerca del hallazgo del empleo adecuado para ellos.

Se ha apuntado por la doctrina patria que en realidad se trataba de un contrato de provisión de candidatos a trabajar, pues no es hasta luego que son entrevistados, aceptados y contratados por la empresa contratante que se convertían en trabajadores.

2) El contrato entre la empresa de trabajo temporal y el aspirante a empleo, que aún cuando tenía características laborales, tenía muchas características peculiares que lo hacían considerarse por la doctrina un contrato de mediación de carácter bilateral, con fundamento en el artículo 606 de la LOT y concatenado con el Convenio de la OIT No.88 sobre el Servicio de Empleo del año 1964. La ETT se obligaba a procurar al aspirante un empleo adecuado a sus aptitudes en empresas interesadas en esas ocupaciones y el aspirante se obligaba a estar atento al llamado de la ETT, siendo esta última quien pagaba el salario y demás cotizaciones, más sin embargo, el trabajador quien primero fue solo un aspirante a empleo, era cedido a la empresa contratante, para que prestare servicios en beneficio y bajo el control de la misma, bajo su consentimiento.

3) El contrato de carácter trilateral, de modificaciones subjetivas de las obligaciones, por medio del cual la ETT cedía a la empresa contratante al aspirante a empleo, quien se convertiría en trabajador, para que prestara servicios en beneficio y bajo el control de la última y asimismo le cedía los derechos y obligaciones como patrono original, pero liberándole de responsabilidad solidaria.

Se consideraba trilateral por requerir el consentimiento expreso del trabajador cedido.

Sin embargo, en la práctica venezolana, fue tan confusa la determinación del doble patronato que arrojó consecuencias negativas en detrimento de la seguridad, estabilidad y reconocimiento de derechos laborales de los trabajadores.

Derogatorias de las ETT.

Con posterioridad a través de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y medio ambiente de trabajo (LOPCYMAT, 2005) en su disposición tercera, inserta en el Capítulo II de las Disposiciones derogatorias, del Título IX. Disposiciones Transitorias, derogatorias y finales, se derogaron los artículos desde el 23 al 28 ambos inclusive del RLOT que referían a la normativa de las empresas de trabajo temporal. Y se declaró además en la misma disposición, la condición de intermediario de estas empresas que estuvieran debidamente registradas ante la autoridad competente.

Sin embargo y pese a esta declaratoria, la LOPCYMAT en sus artículos 57 y 58, estableció normas referentes a estas empresas, así denominándolas dentro del Capítulo III. De las empresas de trabajo temporal, intermediarias y contratistas, para normar la obligatoriedad de las mismas condiciones de trabajo y mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo que los otorgados a los restantes trabajadores del empleador a quienes prestaban sus servicios.

Asimismo, la beneficiaria tendría la obligación de observar y cumplir con la normativa de seguridad, salud e higiene en el trabajo y notificar por escrito a la empresa de trabajo temporal y sus trabajadores temporales los riesgos del trabajo que desempeñaban y las medidas de prevención necesarias.

De igual manera, se estableció que las empresas de trabajo temporal cotizarían al Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el trabajo en lo relativo a sus trabajadores temporales en función del riesgo del proceso productivo de la empresa beneficiaria. E inclusive se estableció que las empresas

beneficiarias no podrían asignar tareas al trabajador temporal que no tuvieran relación directa con el puesto objeto del contrato de provisión.

Más aún, se declaró la responsabilidad solidaria del empleador y la contratante en relación a las condiciones de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, normas laborales y de seguridad social en la ejecución del trabajo.

Y finalmente, se estableció la obligación de información y capacitación de los trabajadores por parte de ambos sujetos, empleador y contratante acerca de condiciones inseguras de trabajo y medidas de prevención.

Y aunque los efectos de la Derogatoria establecida en la LOPCYMAT respecto a las ETT, fueron suspendidos por Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 18 de Octubre de 2005 por cuanto la LOPCYMAT se refería a una materia distinta a la que trataba la derogatoria, nuevamente fue establecida la derogatoria en la Reforma parcial del Reglamento de la LOT, el 28 de abril de 2006 (RLOT, 2006) a través de la disposición contenida en el artículo 240 cuyo título fue “Condición de intermediario”, en el Título V. Disposiciones finales. En dicho artículo se señaló que en virtud de la derogatoria antes mencionada se declaraba la condición de intermediario de las empresas de trabajo temporal debidamente registradas ante la autoridad competente.

La supresión de las ETT obedeció en mucho a la extralimitación de sus condiciones que se fue presentado a través del tiempo, puesto que se utilizaban las ETT para cualquier tipo de labor y no las precisamente establecidas en la normativa reglamentaria, se excedían en el tiempo de su contratación, lo que no correspondían con el espíritu de la figura; y ello conllevaba al reconocimiento de condiciones salariales y beneficios laborales menores, afectación de la estabilidad laboral, y hasta la pérdida de los beneficios laborales por considerarse empresas de papel, fantasmas y generadores de un trabajo precario e inseguro, cuando en realidad su objetivo de reglamentación ante la insistencia de su aparición y presencia en el mercado, lo fue el fomento de empleo y adaptación a los requerimientos de flexibilidad y productividad imperante acorde con la globalización.

En realidad, pudieron tener mayor trascendencia en relación al empleo, puesto que se perfilaba una estabilidad en el trabajo, ya que los trabajadores podían mantenerse con trabajo por movilizarse de una empresa a otra y tener la posibilidad en definitiva de ser absorbidos por alguna de ellas como permanentes lo que le garantizaría la estabilidad que para muchos era un elemento desventajoso de esta figura.

En consecuencia de lo anterior expuesto respecto a la evolución de la figura de las empresas de trabajo temporal, en su condición de intermediarios se hicieron responsables solidarios conjuntamente con la empresa beneficiaria y se equipararon las condiciones de trabajo de sus trabajadores con las de los trabajadores de la beneficiaria o ente contratante.

Intermediarios y contratistas.

Intermediario y contratista en la LOT.

Las figuras del intermediario y contratista normadas en la Legislación laboral venezolana son distintas.

Tradicionalmente, este intermediario en las leyes latinoamericanas ha sido un mandatario del patrono, autorizado expresa o tácitamente, a quien transmitía los efectos del contrato, que en su nombre celebrarían con los trabajadores, para que estos también en su beneficio y bajo su dependencia realizaran obras o prestaran servicios.

Sin embargo, en nuestra legislación a partir del Reglamento de la Ley del Trabajo del año 1973 (RLT, 1973) el intermediario actuaba en nombre propio y en beneficio de otro, utilizando los servicios de uno o más trabajadores. Ese sentido, no fue recogido en el texto de la Ley del Trabajo del 12 de julio de 1983 (LT, 1983) por cuanto al igual que en la Ley de Reforma Parcial de la Ley del Trabajo del 4 de mayo 1945, (LT, 1945) en su artículo 3, no se consideraba al intermediario como patrono sino la persona que contrataba los servicios de otra para ejecutar algún trabajo en beneficio de un patrono. Mientras que a los contratistas se les consideraba patrono, estableciéndose una responsabilidad

solidaria de quienes utilizaran sus servicios, siempre que la obra fuese inherente o conexas con la actividad a la que se dedicaba la persona que prestaba el servicio.

Ello suscitó confusión y críticas, por las diferencias de estipulación y de interpretación entre las disposiciones legales y reglamentarias de la Ley del Trabajo.

En Venezuela se usó la figura del intermediario con trabajadores del campo, en tiempo de cosechas, para la limpieza y corte de la maleza así como para la industria petrolera.

Por su parte, y para diferenciarlo del intermediario, el contratista actuando en su nombre y bajo su riesgo y dirección, se encargaba de ejecutar trabajos con sus propios recursos, instrumentos y personal para otras personas naturales o jurídicas. Por lo tanto asumía la responsabilidad del negocio, siendo titular del lucro o de la pérdida de la empresa.

En Venezuela ha tenido gran auge el contratista en la industria petrolera, dada la necesidad de equipos y conocimiento especializado y particular; y de igual manera se usó en las investigaciones sismográficas, cementación de pozos, medición de resistencia del subsuelo, construcción de oleoductos, carreteras y otros servicios que demandaban equipo y personal especializado, lo que significó la necesaria inclusión de la responsabilidad solidaria en actividades conexas o inherentes.

Por su parte, se consideraba como inherente, la obra que participaba de la misma naturaleza de la actividad a que se dedicaba el contratante y por conexas lo que estaba en íntima relación y se producía con ocasión de ella.

En el año 1952, en un dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo (como se cita en Alfonzo, 2008) se expresó respecto a la inherencia que “como ejemplo concreto puede señalarse el de las labores de investigación o comprobación de posibles fuentes de hidrocarburos, consideradas sin lugar a duda como inherentes a la explotación de hidrocarburos” (p.107).

Por su parte, el criterio jurisprudencial (Corte Suprema de Justicia [CSJ], 1981) en Sentencia de fecha 26 de noviembre de 1981, en el juicio de Italo Enrique González Hernández contra Oswaldo Ríos Antúnez y otro, con ponencia

del Magistrado José Román Duque Sánchez; se basaba en la interpretación de los artículos 2 y 3 del Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973 (RLT) no así en los postulados de la Ley del Trabajo reformada en 1945, por lo que la noción de intermediario se confundía con la del patrono ya que en nombre propio contrataba y utilizaba los servicios de uno o más trabajadores.

Sin embargo luego, la CSJ expone una nueva interpretación en la cual dista tanto de las disposiciones de la LT, 1945 como del RLT, 1973, y explica (como se cita en Alfonzo, 2008):

Suponemos que una persona tiene terreno y contrata con la empresa constructora X.X. & Cía., la construcción de una casa para habitarla con su familia: en este caso el dueño de la obra no será responsable solidariamente de las obligaciones que para sus trabajadores tenga la susodicha empresa constructora, que resulta así un verdadero patrono, a tenor del aparte del artículo 3 de la Ley del Trabajo... En otras palabras, si el particular se vale de un intermediario para que otra persona le construya su casa, es solidariamente responsable con aquel de las obligaciones que impone la Ley del Trabajo; pero si la construcción de su casa la encarga a un contratista (verdadero patrono) y no a un intermediario, no se echara sobre sus hombros esa solidaridad. Pero si esa casa es para un comerciante en mercancías y no va a ser destinada a habitarla con su familia, sino para depósito de dichas mercancías, entonces si será solidario, porque la obra en referencia resulta inherente o conexas con la actividad que realiza el comerciante, tal como lo dispone el aparte antes mencionado (p.109).

De ello se puede interpretar que el intermediario al cual se refería la Decisión es aquel que contrata los servicios para que ejecuten un trabajo en beneficio de otro, siendo este último el que queda obligado por dicha gestión si le hubiera autorizado o recibiera la obra; pero en caso que hubiere contratado a un contratista no debería resultar el beneficiario solidariamente responsable, por

cuanto su actividad es un oficio ajeno a la construcción porque es un comerciante, cuya labor no es inherente ni conexas con la actividad del ejecutor de la obra.

Sin embargo, la CSJ confundió la actividad, que se refiere a la afinidad de profesiones entre contratista y contratante y por eso le adjudicó una responsabilidad solidaria al beneficiario de la obra.

En caso que realmente y sin confusión, se genere una responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra, la misma tendría su razón de ser como advierte Alfonso (2008) en "representar esa inherencia o conexidad profesional un riesgo de fraude a los derechos del trabajador, prevenido mediante la solidaridad de quien, pudiendo ejecutar la obra o el servicio directamente por sí mismo, se vale, sin embargo, de otro de la misma profesión u oficio para que la lleve a cabo con sus propios trabajadores" (p.111).

Luego de ese desatino jurisprudencial, la Ley Orgánica del Trabajo de 1991 (LOT, 1991) incorpora en su texto las disposiciones contenidas en el RLT, 1973 con pequeñas modificaciones, lo que a su vez se mantiene en su Reforma en 1997.

Cabe destacar que para el momento de declaratoria de consideración de las ETT como intermediarios, la regulación normativa (LOT, 1997) establecía lo siguiente:

Artículo 54. A los efectos de esta Ley se entiende por intermediario la persona que en nombre propio y en beneficio de otra utilice los servicios de uno o más trabajadores.

El intermediario será responsable de las obligaciones que a favor de esos trabajadores se derivan de la Ley y de los contratos; y el beneficiario responderá además, solidariamente con el intermediario, cuando le hubiere autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada. Los trabajadores contratados por intermediarios disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario.

Por su parte, el contratista también estaba consagrado en los siguientes términos:

Artículo 55. No se considerará intermediario, y en consecuencia no comprometerá la responsabilidad laboral del beneficiario de la obra, el contratista, es decir, la persona natural o jurídica que mediante contrato se encargue de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos.

No será aplicable esta disposición al contratista cuya actividad sea inherente o conexas con la del beneficiario de la obra o servicio. Las obras o servicios ejecutados por contratistas para empresas mineras y de hidrocarburos se presumirán inherentes o conexas con la actividad del patrono beneficiario.

Artículo 56. A los efectos de establecer la responsabilidad solidaria del dueño de la obra o beneficiario del servicio, se entiende por inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante; y por conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.

La responsabilidad del dueño de la obra o beneficiario del servicio se extiende hasta los trabajadores utilizados por subcontratistas, aún en el caso de que el contratista no esté autorizado para subcontratar; y los trabajadores referidos gozarán de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores empleados en la obra o servicio.

Artículo 57. Cuando un contratista realice habitualmente obras o servicios para una empresa en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexas con la de la empresa que se beneficie con ella. (LOT, 1997).

Así se establecieron respecto a la inherencia y conexas dos presunciones, una “*iuris et de jure*” en relación a las obras o servicios ejercitados por contratistas para empresas mineras y de hidrocarburos. Mientras que en el

caso de la realización de obras o prestación de servicios de manera habitual para un patrono en volumen que constituya la mayor fuente de lucro, la presunción era “*iuris tantum*” porque admite prueba en contrario.

En ese sentido, el Juzgado Superior Quinto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por Sentencia de fecha 13 de mayo de 1996, Juez, Dr. Juan García Vara (como se cita en Porras, F. y Porras, J., 2002) estableció ciertas características para que exista inherencia o conexidad, tales como “coexistir la permanencia, la ejecución del trabajo concurriendo trabajadores del contratante y del contratista, y represente un lucro considerable respecto a su ingreso global” (p.194).

Asimismo el Consultor Jurídico Dr. Juan Gilberto Morillo en Dictamen de fecha 22 de junio de 2000 (como se cita en Porras, J. y Porras F., 2002) refirió que “se configura la responsabilidad solidaria cuando las empresas contratistas obtienen su mayor fuente de lucro de la empresa beneficiaria y le dedica a esta la fuerza de trabajo de la mayoría de sus trabajadores” (p.198).

Características que luego el catedrático Alfonzo (2011) resume en lo siguiente:

La integración o interdependencia de acciones de contratante y contratista, siendo que la actividad del contratista es un medio para que el contratante culmine la suya.

La inherencia o conexidad presupone la concurrencia de los trabajadores del contratante con los del contratista.

La identidad de lugar, dedicando de manera continua y reiterada su actividad y obteniendo su mayor fuente de lucro.

La necesidad permanente del contratista por parte del contratante cuya duración se hace coincidir con la duración de la actividad del contratista, sin que se refiere a un específico contratista ni a la exclusividad ni a la permanencia de la obra ejecutada por el contratista.

Por lo que en definitiva es determinante tal como asevera Alfonzo (como se cita en Fundación Universitas, 2006) que para descubrir el exacto sentido de las expresiones de inherencia y conexidad es preciso atender a la vinculación que

puede existir entre el objeto jurídico de la actividad del contratante y el objeto jurídico de la actividad del contratista, más que a la relación aparente entre las obras o servicios aisladamente considerados.

Poco después, el 28 de abril de 2006, se publica el nuevo Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, en el cual se establecen a los Contratista e Intermediario como sujetos individuales del derecho del trabajo en su artículo 2, así como en el artículo 23 se estatuye en un intento de desarrollar y explicar la noción de inherencia y conexidad respecto del contratista, que las obras o servicios ejecutados por este serán inherentes o gozarán de la misma naturaleza de la actividad del contratante cuando constituyan de manera permanente una fase indispensable del proceso productivo, sin cuyo cumplimiento no le permitiría satisfacer su objeto.

En cambio serán conexos a la actividad desplegada por el contratante cuando estuvieren íntimamente vinculados, su ejecución se produzca como una consecuencia de la actividad del contratante y revistieran carácter permanente.

Y finalmente, establece una presunción de conexidad o inherencia cuando el contratista realice habitualmente obras o servicios para un contratante, en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro.

Por lo que se puede concluir que inherencia sería a lo que está unido por naturaleza a otra cosa, lo que supone una dependencia de la actividad del contratista para el logro del objeto del ente contratante; mientras que por conexo la mencionada unión no sería inseparable ni de la esencia.

Conviene destacar que la problemática presentada en Venezuela respecto a las contratistas e intermediarias estriba en que los contratistas empiezan a comportarse tergiversando su objeto en proveedores de trabajadores, confundiéndose con las intermediarias, evadiendo ante su consideración como contratistas la responsabilidad solidaria y extensión de condiciones y beneficios laborales que deben otorgar como los que reciben los trabajadores fijos de la beneficiaria del servicio.

También se han presentado situaciones de empresas supuestamente contratistas cuando en realidad son creadas por la beneficiaria, que prestan a esta con carácter exclusivo sus servicios, a fin de abaratar los costos laborales.

Por su parte, la figura del intermediario también ha sido tergiversada a través del tiempo, ya que las empresas de trabajo temporal establecieron mayores seguridades y condiciones para evitar la asunción de responsabilidad y pasivos respecto a los trabajadores que prestaban el servicio en el ente contratante, lo que no estaba sucediendo respecto a las intermediarias, por cuanto el excesivo tratamiento protectorio de los trabajadores surgido a partir de la CRBV, 1999 en lo que refiere al principio de la realidad sobre las formas y la tendencia rígida exacerbada por los múltiples y consecutivos Decretos de inamovilidad laboral arrojaron como consecuencia que los trabajadores de las intermediarias resultaban reenganchados en las empresas beneficiarias y responsables éstas de los salarios caídos.

Ello en definitiva produjo un incremento del uso de la figura de la contratista cuando en realidad se trataba de una intermediaria, máxime ante la declaratoria de equiparación de las ETT a las anteriores, muy a pesar que lo lógico era suponer el acercamiento o consideración equiparable de las ETT con las contratistas, por cuanto prestaría los servicios con sus propios elementos, en nombre y por cuenta propia, pero en beneficio de un tercero que sería el patrono contratante.

De hecho, así se establecía en la propia parte *in fine* del artículo 24 RLOT, 1999, normando que la ETT en cuanto observara el régimen impuesto en el Reglamento, no se consideraría intermediario.

Este reaccionar patronal o de los sujetos intervinientes en las relaciones de trabajo y proceso productivo dejan entrever la necesaria reflexión acerca del equilibrio entre los poderes de negociación, detención de la riqueza, inserción laboral y productividad que el Derecho del Trabajo debe comprender en sus normas y manifestaciones y por el contrario, evitar y propugnar un reacción adversa a su incorporación y cumplimiento de sus postulados.

Es interesante recontar que la evolución de la incorporación de la figura de la externalización a través de contratistas e intermediarias, fue a través de las industrias de petróleo, construcción, agricultura y confección, las que inicialmente se manifestaron con este tipo de vinculación y si bien ellas se han mantenido en el tiempo, las mismas se han mal utilizado generando un trabajo precario.

Así, la atención a los requerimientos tecnológicos y la diversidad de oferta y demanda produjo que las industrias tales como automotriz, plásticos, siderúrgica e hidrológica, promoción, gestión de personal, empresas de distribución masiva, como cervezas, gaseosas, agua, gas, helados, libros se sumaran a la externalización de fases del proceso productivo.

Sin embargo, los fraudes laborales no tardaron en aparecer con las contrataciones de apariencia mercantil, como en el caso de los distribuidores de cerveza, lo que ha tergiversado enormemente la figura de externalización con miras a la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores, ya que han tratado de aparentar una externalización cuando se trata de sus trabajadores dependientes.

Lo mismo sucedió con las contrataciones civiles como en el caso de servicios por honorarios profesionales o trabajo voluntario incluso en el sector público y en programas asistenciales como las conocidas misiones o en las cooperativas en razón de la vinculación de los asociados que no reviste carácter laboral y finalmente la situación de falsas empresas de *outsourcing* creadas por el propio ente contratante de las mismas para que parte de sus trabajadores sean asumidos por la empresa tercerizadora con condiciones distintas al resto, pero que presten servicios en las instalaciones de la empresa contratante o beneficiaria, lo que en realidad convertiría a esa empresa tercerizadora en un intermediario.

Sin embargo, estas malas prácticas han sido tratadas por la doctrina y jurisprudencia al punto de establecer criterios definidores de la relación laboral como lo fue el Test de la laboralidad, o también conocido como Test de dependencia o examen de indicios y en una realidad mucho más sincera y que obedece al criterio de especialidad, se incorporaron a la tercerización o

externalización de los servicios, los considerados periféricos de vigilancia, mantenimiento, comedor y jardinería.

Asimismo, la forma de contratación mayormente utilizada en estos procesos ha evolucionado de los contratos típicamente de obras para luego centrarse en el *outsourcing* persiguiendo las ventajas de reducción de costos, enfoque en tareas centrales y no rutinarias, no esenciales y aprovechamiento de la especialidad y tecnología, sin perder el grado de dirección y control sobre las actividades externalizadas.

Final y actualmente la figura del intermediario en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT, 2012) es regulada de manera distinta que en las anteriores, específicamente en el artículo 48 cuyo título es de la prohibición de tercerización, se establece que no se permitirá la contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante.

Es así como confunde la redacción de la norma legal, pues podría entenderse que si el ánimo de evasión o fraude no está presente, se permitiría la intermediación, pese a que en el Capítulo V. De las personas en el Derecho del Trabajo, fue eliminada la disposición acerca del intermediario que existía en la LOT, 1997; siendo sin embargo que el artículo 49 que define al Contratista, establece que la Contratista no se considerará intermediario o tercerizadora.

Intermediario y contratista en la CRBV.

Consideradas para aquel entonces las ETT como intermediarios, es importante resaltar la disposición constitucional 94 que se encuentra vigente desde el 30 de diciembre de 1999 (CRBV) estableciendo que “la Ley determinará la responsabilidad que corresponda a la persona natural o jurídica en cuyo provecho se prestare el servicio mediante intermediario o contratista, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de estos”.

Culminando la disposición con la determinación que “el Estado establecerá, a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a

los patronos o patronas en general, en caso de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral”.

Es decir, esta incorporación y por tanto modificación a lo que era la anterior disposición constitucional de 1961, que solo hacia énfasis en la primera parte del artículo 94, incorporado en su texto como artículo 89, se entiende en un sentido estricto con mayor tendencia a la protección de los trabajadores en un entorno patronal considerado minado de inobservancia y vulneración de los derechos laborales siendo necesaria su restricción, lo cual constituye una garantía laboral constitucional, puesto que su trasfondo era la crisis de identidad del Derecho Laboral aunado al desempleo y proliferación de las formas atípicas de las relaciones de trabajo, el fenómeno de la flexibilidad y la necesaria adaptación al medio productivo, la informalidad, trabajo precario, entre otras.

Y todo ello acompañado de un excesivo planteamiento y aplicación del Principio Constitucional de la realidad sobre las formas o apariencias para delinear las características propias de una relación laboral dependiente amparada por la legislación laboral vigente.

La Tercerización normada en la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras

La Tercerización en Venezuela a través de las contratistas.

Como quiera que la prestación de servicios o ejecución de obras puede realizarse en Venezuela a través de empresas contratistas, figura que se ha mantenido en vigencia en la LOTTT, en su artículo 49, dejando expresa mención de no considerarse intermediarios o tercerizadoras; se puede entender que su ánimo de contratación no está dirigido a desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral, más si se determina que la contratación de obras o servicios inherentes o conexos sirven a tales propósitos de simular y cometer fraude a la Ley se considerará tercerización la actividad desplegada por la contratista y por ende acarreará las consecuencias normadas en la LOTTT. Ello se desprende de la normativa establecida en el artículo 50.

Los artículos referidos al contratista y a la obra inherente o conexas han quedado estipulados en los siguientes términos:

Artículo 49:

Contratista. Son contratistas las personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encargan de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recursos propios, y con trabajadores y trabajadoras bajo su dependencia. La contratista no se considerará intermediario o tercerizadora.

Artículo 50:

A los efectos de establecer la responsabilidad solidaria del ejecutor o ejecutora de la obra o beneficiario del servicio, se entiende por inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el o la contratante; y por conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.

La responsabilidad del ejecutor o ejecutora de la obra o beneficiario del servicio se extiende hasta los trabajadores contratados y trabajadoras contratadas por subcontratistas, aun en el caso de que él o la contratista no esté autorizado o autorizada para subcontratar; y los trabajadores o trabajadoras referidos o referidas gozarán de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores empleados y trabajadoras empleadas en la obra o servicio.

Cuando un o una contratista realice habitualmente obras o servicios para una entidad de trabajo en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexas con la de la entidad de trabajo que se beneficie con ella.

Si se determina que la contratación de obras o servicios inherentes o conexos sirve el propósito de simular la relación laboral y cometer fraude a esta Ley, se considerará tercerización. (LOTTT, 2012).

Todo esto conduce a una serie de reflexiones y posturas interpretativas de la doctrina nacional. En efecto, para Zambrano (2012):

La diferencia que hay entre una empresa contratista y una tercerizada, es el carácter de permanente de la obra, servicio o actividades desarrollada por la empresa tercerizada dentro de las instalaciones de la entidad contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma, mientras que la empresa contratista se caracteriza porque se encarga de ejecutar mediante contrato obras o servicios con sus propios elementos o recursos pero en forma temporal y sin afectar ni interrumpir su proceso productivo (p.62).

Es decir, Zambrano apartando la situación de simulación o fraude laboral que define a la Tercerización conforme a la LOTTT, hace corresponder el primer supuesto de prohibición establecido en el artículo 48, con la diferencia fundamental entre estas dos figuras, por lo que en definitiva concluye que la contratista no realizará actividades de carácter permanente del ente contratante en ningún caso.

Similar opinión presenta Cabrera (2013), al asegurar que “no se permiten relaciones con terceros en aplicación “Test de Tercerización” del artículo 48 LOTTT, cuando el contratista mantenga una actividad inherente o conexas con la del beneficiario de la obra o servicio” (p.100).

Ello lo que quiere decir es que si la actividad se presenta como permanente, continuada y por demás siendo coincidentes los objetos jurídicos del ente contratante con el de la empresa a quien se le ha contratado la obra o servicio, pudiera no estarse en presencia de un verdadero contratista sino más bien de una relación de tercerización que está prohibida a tenor de la LOTTT.

Por demás, Cabrera asevera que las situaciones establecidas en el artículo 48 LOTTT, son indicadores o indicios de reconocimiento de una situación de tercerización prohibida y ello puede considerarse como Test de Tercerización.

Sin embargo, con un criterio diferente al de los autores anteriormente citados, el profesor Carballo, centra su atención en el ánimo de simulación o

fraude laboral, para diferenciar la figura de la tercerización con la de los contratistas, haciendo hincapié que ello se desprende de la propia definición de tercerización establecida en el artículo 47 LOTTT, así como de la deducción lógica que si las actividades inherentes o conexas de la contratista suponen la relación directa y permanente con el proceso productivo del ente contratante, entonces siempre y cuando el ánimo simulatorio o fraudulento de dicha actividad no se encuentre presente como así lo establece la parte *in fine* del artículo 50 LOTTT, la misma no será considerada tercerización y es completamente lícito su actuar.

Tal aseveración obliga a descender en la noción de “inherencia y conexidad”. Y para ello la LOTTT establece como inherente la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante y conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.

Por su parte el RLOT, 2006 cuya reforma lo fue parcial y están vigentes las estipulaciones relativas a la inherencia y conexidad, establece como obras o servicios inherentes cuando gozan de la misma naturaleza de la actividad propia del contratante, cuando constituyan de manera permanente una fase indispensable del proceso productivo del contratante y cuyo incumplimiento acarrearía la imposibilidad de satisfacer su objeto.

Y se entiende que las obras o servicios ejecutados por el contratista son conexos con la actividad propia del contratante, cuando estuvieren íntimamente vinculadas, su ejecución se produzca como consecuencia de la actividad del contratante y revistiere carácter permanente.

Estableciendo además la presunción “*iuris tantum*” respecto a la inherencia o conexidad de las obras o servicios realizados por un contratista en relación a la actividad propia de un contratante, cuando las mismas son realizadas en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro.

Cabe destacar lo establecido por una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ, 2011) en relación con el carácter permanente de la actividad:

Caracteres de la actividad del contratante. Todos los tramos de la actividad del contratante: industrial, petrolero, constructor,

textilero, o cigarrero, anotados como ejemplos, tienen carácter permanente, en el sentido de que, una vez terminada su ejecución, se repiten cíclicamente con idéntica proporción de recursos, en la misma forma e iguales periodos de tiempo, por ser parte imprescindible de la actividad regular de ese contratante. Esa continuidad no está ligada a la duración de la relación comercial o industrial de los contratantes, sino al hecho de que no pueda concebirse el quehacer del comitente, en su perfecta compleción, sin la colaboración del contratista encargado de un tramo o segmento de esa actividad... Las obras o servicios destinados a no repetirse o a repetirse esporádicamente, no pueden considerarse inherente o conexas, ni por tanto, engendra solidaridad cualquiera que sea su envergadura y duración, aunque sean de la misma naturaleza que la actividad del comitente y pertenezcan a un mismo sector económico.

Más aun, la misma Sentencia continúa estableciendo que la permanencia de la actividad desplegada es característica de la inherencia y conexidad y por tanto arroja la responsabilidad solidaria:

De todo lo expuesto resulta, pues, lógico concluir que todas las operaciones materiales y técnicas de determinada actividad económica, desarrolladas en cualquiera de sus tramos o segmentos permanentes, son inherentes a dicha actividad, por formar parte integrante de su objeto, al par que conexas por la relación causal que guardan todas ellas entre sí. En consecuencia, el patrono que con sus propios elementos ejercite las obras o servicios de alguno de los tramos o segmentos de la actividad de su comitente, realiza una actividad inherente o conexas con la de este y lo vincula solidariamente de conformidad con la LOT. (TSJ, 2011)

Y es por lo que en definitiva, si las actividades que realiza la contratista son de carácter permanente, dentro de las instalaciones de la empresa, relacionadas de manera directa con el proceso productivo y sin cuya ejecución se

afectarían las operaciones de la misma; se puede afirmar que no se considerará tercerización, en tanto y en cuanto no adolezca de ánimo simulador de relaciones laborales o de fraude laboral.

Sin embargo, en el artículo 48.1 se presentan un elenco de situaciones que si confluyen en esa actividad y son concurrentes, tal como lo ha dispuesto el legislador, aun cuando es factible que en realidad no comprendan todas las características o situaciones que se pudieran dar, se estará en presencia de una tercerización y por lo tanto estará prohibida.

Ahora bien, si consideramos la prohibición de tales actividades por corresponder a las características de inherencia o conexidad antes descritas, tendríamos como prohibidas actividades como el caso del comedor para los trabajadores de una empresa, ya que correspondería a la situación de los servicios de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad contratante; o el caso del mantenimiento de máquinas o equipos técnicos o la fabricación de partes de vehículos, puesto que correspondería a la relación directa con el proceso productivo del contratante y por ejemplo el trabajo de fotolito en laboratorios especializados para la industria gráfica, que correspondería a la situación de la actividad que sin cuya ejecución se afectaría o interrumpiría las operaciones de la misma.

Quiere decir que podrían existir muchos casos que aun cuando pudieran presentar apariencia de encuadrar en esta prohibición legal no se correspondan con el todo de la disposición, por no adolecer de ánimo simulatorio o fraudulento.

En definitiva, resulta oportuno entonces aplicar el Test de Tercerización, que en opinión de Carballo (como se cita en Vásquez, 2013) se refiere a los indicios para verificar la autonomía de la entidad de trabajo que ejecuta las obras o presta los servicios, pues la ausencia de dicha autonomía está estrechamente vinculada al ánimo simulatorio o fraudulento que se requiere demostrar para considerar como tercerización a la actividad desplegada por el contratista y en consecuencia prohibida, acarreando las consecuencias legales establecidas en la normativa. Se advierte además, que al elenco presentado por Carballo, en este

trabajo se incorporan otros aspectos considerados de interés y pertinencia. Dichos presupuestos serían:

1) Identidad temporal, espacial y material de la obra o servicio con la esencia de la actividad productiva. Si se trata de una actividad permanente del ente contratante y se ejecuta en las instalaciones del mismo, puede arrojar dudas acerca de la autonomía de la contratista.

2) Elementos o recursos propios y suficientes para poder efectuar la obra o prestar los servicios, siendo que sería dudoso considerar la autonomía de la contratista si la misma no es la titular de los recursos o los mismos resultan insuficientes para poder efectuar tal labor.

3) Organización autónoma del proceso productivo sin injerencia del beneficiario o ente contratante, puesto que la incapacidad funcional del contratista arrojaría un evidente poder organizacional, disciplinario y direccional del contratante demostrando la ausencia de autonomía del contratista.

4) La asunción de riesgos, el cual es un elemento de suma importancia que denota independencia y autonomía.

5) La cuantía de la retribución debe ser suficiente para considerarse una ganancia real por el servicio prestado por la contratista.

6) El antecedente laboral del contratista que consiste en determinar si el ahora prestador de servicios estuvo vinculado al ente contratante o beneficiario por una relación distinta a la laboral o inclusive laboral con anterioridad, en cuyo caso puede ser dudosa su autonomía.

7) La pluralidad de clientes del contratista, independientes entre sí, lo que se considera una nota característica de la autonomía.

8) La naturaleza de las actividades que ejecuta el contratista debe revestir características de especialidad y por tanto suficiente experticia y conocimiento, al punto que fuese necesaria su contratación. (p.174).

Se pueden incluir otros aspectos a esta lista de indicios como serian:

9) La fecha de constitución de la empresa contratista con respecto a la de la contratante. Por cuanto se pueden arrojar ciertas dudas si la misma fue posterior a la de la contratante.

10) La constitución y composición accionaria de la contratista en coincidencia con la de empresas relacionadas directamente con la empresa contratante o con la propia empresa beneficiaria. Ello pudiera arrojar ciertas dudas respecto a la autonomía de la contratista.

11) Los órganos de dirección de la contratista si son coincidentes con los de las empresas relacionadas directamente con la empresa contratante o con los de la propia empresa beneficiaria, se pudieran generar dudas en relación a la autonomía de la contratista.

12) Desarrollara la contratista actividades que estuvieran estrechamente relacionadas con las desplegadas con empresas relacionadas directamente con la contratante y que fueran necesarias en la cadena productiva para la consecución de los fines de la empresa beneficiaria. En ese caso, se arrojarían dudas en relación a la autonomía de la contratista.

13) Los beneficios otorgados por la contratista a su personal. Si los mismos vulneran los derechos laborales o constituyen desmejoras de beneficios o condiciones de trabajo, pudiera resultar un indicio de simulación o fraude laboral.

Y por su parte, Bruzual (2013) considera que “a la tercerización en forma lícita y ética se puede recurrir dentro del mismo proceso de producción, dentro o fuera de la empresa, por las razones señaladas, así como también, para la distribución y comercialización del producto. Puede ser para actividades inherentes y conexas. Esos servicios conexos pueden ser por ejemplo de vigilancia, limpieza, de gestión administrativa, comedores, cafeterías, transporte” (p.173).

Más aún, es interesante la reflexión de Bruzual (2013) considerando que la contratista de conformidad con la disposición 48.1 no puede efectuar obras inherentes, dentro de las instalaciones de la empresa, entonces en algunos supuestos si pudiera darse esa actividad. Tales supuestos son:

1) Cuando la actividad directa (inherente) con el proceso productivo de la contratante se realice fuera de la empresa.

2) Cuando la actividad directa o inherente en el proceso productivo de la contratante no sea de carácter permanente, aunque sea dentro de sus instalaciones y dure cierto tiempo.

3) En actividades en que la obra o servicio sea conexas (no directa o inherente) con la actividad a que se dedica el contratante, significando con esa palabra “conexa”, la actividad que está en relación íntima con la del contratante y que se produce con ocasión de ella. Así por ejemplo, las empresas obligadas por ley o por convenciones colectivas a prestar servicios de comedores o transporte, aunque se prestaren en forma permanente, dentro o fuera de la empresa (p.179).

Disposiciones legales reguladoras de la Tercerización en Venezuela.

Atendiendo a la potestad legal ordenada en el texto constitucional, la novísima LOTTT (2012) estableció en su artículo 47:

A los efectos de esta Ley se entiende por tercerización la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. Los órganos administrativos o judiciales con competencia en materia laboral, establecerán la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en caso de simulación o fraude laboral, conforme a esta Ley.

Por su parte se establece en el Artículo 48, lo que sigue:

Queda prohibida la tercerización, por tanto no se permitirá:

1. La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma.

2. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante.

3. Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras.

4. Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil.

5. Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral.

En los casos anteriores los patronos o patronas cumplirán con los trabajadores y trabajadoras todas las obligaciones derivadas de la relación laboral conforme a esta Ley, e incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal a los trabajadores y trabajadoras tercerizados o tercerizadas, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo.

Y finalmente, la disposición transitoria primera dispuesta en el artículo 555, establece:

En un lapso no mayor de tres años a partir de la promulgación de esta Ley, los patronos y patronas incursos en la norma que prohíbe la tercerización, se ajustarán a ella, y se incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal, los trabajadores y trabajadoras tercerizados. Durante dicho lapso y hasta tanto sean incorporados efectivamente a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal, los

trabajadores y trabajadoras objeto de tercerización gozarán de inamovilidad laboral, y disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores y trabajadoras contratados directamente por el patrono o patrona beneficiario de sus servicios.(LOTTT,2012).

Si bien es comprensible que en el entendido que la asunción de los trabajadores como parte de su plantilla por parte de la empresa beneficiaria conlleva un proceso que puede efectuarse bajo los términos y normativa de la figura de una sustitución de patrono como más adelante se explica y como quiera que ello acarrea consecuencias y exigencias en la organización, estructura y operación de la empresa beneficiaria, es lógico el plazo establecido para ello; sin embargo, es un contrasentido garantizar inamovilidad al trabajador tercerizado que será trasladado a la empresa beneficiaria por cuanto la operación de la empresa tercerizadora y ella misma como persona en el Derecho del Trabajo quedan prohibidas. Se trata entonces de un supuesto de inamovilidad laboral especial establecida en la legislación que no contienen todos los supuestos de la inamovilidad laboral que en la historia del Derecho del Trabajo, la doctrina e incluso en la LOTTT, en su artículo 418 se ha establecido.

El artículo 418 de la LOTTT (2012) establece:

Los trabajadores y las trabajadoras que gocen de fuero sindical o inamovilidad laboral, de acuerdo con lo establecido en este Capítulo, no podrán ser despedidos, despedidas, trasladados, trasladadas, desmejorados ni desmejoradas en sus condiciones de trabajo, sin justa causa previamente calificada por el Inspector o Inspectora del Trabajo. El despido, traslado o desmejora de un trabajador amparado o trabajadora amparada por fuero sindical o inamovilidad laboral, se considerará nulo y no genera efecto alguno, si no se han cumplido los trámites establecidos en esta Ley, independientemente de las razones esgrimidas para justificar el despido, traslado o desmejora.

A su vez el numeral 6, del artículo 420 LOTTT (2012) establece:

Estarán protegidos y protegidas por inamovilidad laboral:

6. En los demás casos contenidos en esta Ley, otras leyes y decretos.

Ello quiere decir que ciertamente los trabajadores tercerizados están protegidos por inamovilidad laboral, pero esta se plantea en términos especiales, por cuanto el supuesto de traslado que es uno de los componentes de la misma, en el sentido que se garantiza que el patrono evitará y le está prohibido realizar el traslado del trabajador de conformidad con la propia definición legal de la inamovilidad laboral; no está presente en este caso, ya que los trabajadores tercerizados serán trasladados a la empresa beneficiaria principal del servicio, convirtiéndose esta en su patrono y estando a disposición los mismos, tanto en los casos de haber desempeñado sus servicios fuera o dentro de sus instalaciones.

Pues técnica y estrictamente si existirá traslado a otra empresa y la inamovilidad abarcará la garantía de no ser despedidos ni desmejorados en sus condiciones de trabajo sin justa causa previamente calificada por el Inspector del Trabajo. Contrariamente a lo estatuido en el referido artículo que define la inamovilidad laboral, ese traslado del trabajador tercerizado no será nulo y generará todos los efectos y consecuencias de vincular por una relación laboral subordinada y dependiente a la empresa beneficiaria última del servicio y a ese trabajador tercerizado.

Ahora bien, esa garantía de inamovilidad laboral se mantendrá vigente hasta tanto los trabajadores sean incorporados efectivamente a la empresa principal, es decir hasta que se conviertan en trabajadores dependientes y subordinados de la misma, siendo que cesará la inamovilidad laboral y nacerá el derecho de estos trabajadores trasladados y asumidos por este patrono (empresa principal beneficiaria última de los servicios) a la estabilidad absoluta en los términos establecidos en la LOTTT.

La disposición en comento establece que la inamovilidad laboral se extenderá por los tres años estipulados y hasta tanto no sean incorporados efectivamente a la nómina de la entidad de trabajo contratante; esto último se entiende en el caso que el patrono una vez transcurridos los tres años planteados

en la LOTTT no hubiese cumplido con tal incorporación, en cuyo caso aunque no está planteada una sanción específica a tal incumplimiento en el Título IX de la LOTTT, se considera que será aplicable la planteada a la infracción por fraude o simulación de la relación de trabajo establecida en el artículo 535 LOTTT, por cuanto si la empresa tercerizadora continúa realizando sus operaciones y no cumple con el traslado de los trabajadores tercerizados en el plazo establecido en la LOTTT se mantendría tercerizando o realizando actividades a través de la figura de la tercerización considerada por la LOTTT como simulación o fraude laboral.

Mas sin embargo, ello no puede afectar a los trabajadores tercerizados en el sentido de no haber sido trasladados al patrono en el lapso previsto y quedar desamparados de la inamovilidad laboral, por eso y hasta tanto efectivamente se incorporen a la nómina del patrono y en consecuencia este los asuma como su nuevo patrono, les estará garantizada la inamovilidad laboral en los términos anteriormente explicados.

Adicionalmente, si se pensaba o concebía que las condiciones de trabajo de esos trabajadores tercerizados podrían ser precarias y menores inclusive a las otorgadas por la empresa beneficiaria última del servicio respecto a sus trabajadores, la disposición transitoria primera, del artículo 555 LOTTT, establece la obligación de otorgar los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiarios de sus servicios, los cuales posiblemente sean mayores que los que les estaba otorgando la empresa tercerizadora; y en el caso que estos últimos fuesen menores, la inamovilidad laboral los ampara en el sentido de garantizar que no exista una desmejora de los mismos.

Por otra parte, cabe destacar lo que se puede entender por el proceso establecido en el artículo 48 LOTTT en su último aparte respecto a la obligación por parte del patrono (entiéndase la empresa principal beneficiaria ultima del servicio) de incorporar a su nómina a los trabajadores tercerizados que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo.

Al respecto, ya se ha comentado que esta imposición dada a la empresa principal conlleva una serie de consecuencias, como revisión de su organigrama, estructura, descripciones de cargo, escalafón de salarios y ajustes ocupacionales, patrimoniales, previsionales y todos aquellos que suponen vincularse por relaciones laborales que no estaban previstas hasta el momento y por ello asumir toda la carga y responsabilidad patronal que ello supone, adicionando el conciliar y mediar ante las expectativas de trabajadores que pudieren considerar que las relaciones deben corresponder a contrataciones a tiempo indeterminado, con característica de permanencia y garantía de estabilidad absoluta.

Lo cierto es que una cosa es incluir en la nómina el nombre y por ende el pago salarial de los trabajadores tercerizados y otorgar las condiciones y beneficios que se le otorgan a sus trabajadores desde ese mismo momento de inclusión en la nómina y otra es consolidar dentro de su estructura organizacional y operativa las nuevas contrataciones de trabajo.

Si se supone que el servicio prestado por los trabajadores tercerizados corresponde a un servicio especializado, innovador que comprende un avance tecnológico o estructural, es comprensible que el patrono no cuente con los instrumentos, maquinarias, implementos o estructura para desarrollarlo, lo que implica una inversión, un gasto adicional; puede también representar una revisión de todos sus escalafones de cargo, descripciones y salarios, dada la incorporación de trabajadores con ciertos conocimientos y experticias cuyo escalafón de salarios y descripciones de cargo no se encuentran desarrolladas ni previstas en la empresa. Y en consecuencia, no se trata solo de una revisión sino de una adaptación, incorporación y ajustes de todos ello a fin de procurar una estabilidad organizacional y operativa.

Así las cosas, no es una labor inmediata y sencilla, requiere de tiempo, recursos, personal y dedicación, por lo que puede tardar un poco efectuarse y mientras se logra, los trabajadores aun cuando han sido incorporados a la nómina y por ende se les están reconociendo los salarios y demás beneficios otorgados en su generalidad a los trabajadores de su plantilla, gozarán de inamovilidad laboral en los términos antes expuestos.

Por demás, cabe resaltar que la obligación de otorgar salarios y beneficios similares a los que se otorgan para los trabajadores de la empresa, puede inclusive resultar engorroso y dudoso, pues las tareas que desempeña el trabajador tercerizado, la experiencia que tiene en ese desempeño y la especialidad de su labor, puede no corresponder a una situación similar de la nómina de trabajadores de la empresa principal, que acarreará una labor de intentar incorporar al trabajador en un escalafón lo más coincidente posible, pero incluso podría resultar más gravoso aun, cuando en la empresa no existiere un parámetro similar de comparación.

Ahora bien, en el entendido que el patrono incluye al trabajador en la nómina y otorga un salario adecuado a su labor o al menos el que estaba percibiendo de la empresa tercerizadora y además se le otorgan los beneficios que el patrono concede a sus trabajadores, cabe reflexionar acerca del procedimiento que es o debe ser utilizado para realizar esa incorporación en la nómina e inmediatamente o con posterioridad considerar a ese trabajador efectivamente trasladado a la sede del patrono.

Como ya se adelantó, este proceso puede corresponder a la figura de la sustitución de patrono establecida en el artículo 66 LOTTT. Si bien es cierto que la propiedad de la entidad de trabajo no se transferirá, no es menos cierto que si la empresa tercerizadora ya no realizará operaciones como las venía ejecutando y todos sus trabajadores se incorporarán a la nómina del patrono, asumiendo este último la carga laboral, la empresa tercerizadora deberá traspasar los pasivos laborales de estos trabajadores tercerizados al patrono resultando además que la operación que efectuaba esa entidad de trabajo con sus trabajadores seguirá siendo ejecutada por esos trabajadores para el patrono en su sede o lugares donde fueran por este asignados.

Así las cosas, la norma que se considera puede resguardar los derechos laborales de esos trabajadores tercerizados y adecuarse a regular el proceso de traslado de esos trabajadores de la empresa tercerizada al patrono (empresa última beneficiaria de la obra) es la correspondiente a la sustitución de patrono, para asegurar que se le notifique al trabajador y su organización sindical si existiere el

traslado a efectuarse, así como se le notifique a la Inspectoría del Trabajo como autoridad administrativa laboral que propende a la verificación y aseguramiento del cabal cumplimiento de la normativa del trabajo en beneficio de los trabajadores tercerizados.

Adicionalmente, se aplicaría la misma regla respecto a los pagos anticipados de prestaciones e indemnizaciones, considerando que si la empresa tercerizadora efectuó un pago al trabajador, este corresponderá a un anticipo de lo que en definitiva le corresponda al terminar su relación de trabajo.

Aunado a ello, en beneficio del trabajador tercerizado existirá la solidaridad entre empresa tercerizadora y el patrono respecto a las obligaciones laborales, hasta por el termino de cinco años, con la excepción de si transcurrido este lapso pero existiendo juicios laborales incoados con anterioridad, sobre las sentencias que resulten la responsabilidad de la empresa tercerizadora subsistirá por cinco años desde la fecha en que quede definitivamente firme.

A su vez, el trabajador tendrá el derecho de considerar inconveniente su traslado efectuado de la empresa tercerizadora al patrono, a sus intereses, invocándolo dentro de los tres meses siguientes al traslado y exigiendo la terminación de la relación de trabajo y el pago de las prestaciones e indemnizaciones laborales.

Acerca de este lapso, cabe advertir que como quiera que se ha mencionado que pudiera darse el caso, muy factible, que el patrono incorpore a su nómina al trabajador tercerizado pero el mismo no comience a realizar labor alguna en la empresa inmediatamente sino posteriormente, pese al pago del salario y reconocimiento de beneficios laborales por parte del patrono, ese lapso de tres meses se deberá contar a partir de la efectiva prestación de servicios por parte del trabajador tercerizado para permitirle la evaluación de las condiciones de trabajo y así poder percatarse si son o no de su interés.

Por último, es preciso comentar que los trabajadores tercerizados ya no deben efectuar su servicio en la sede de la empresa tercerizada o en los lugares en los cuales lo prestaban, sino que ahora lo efectuarán en la sede de la empresa principal o patrono o en los lugares que este designe. Y si fuese el caso que los

trabajadores tercerizados efectuaban el servicio dentro de la sede del patrono se mantendrán realizándolo pero vinculados por una nueva relación laboral con el mismo. Cabe destacar que ello es cónsono con la prohibición establecida en el numeral 1, del artículo 48 LOTTT, en el sentido que se considerara prohibida la contratación de terceros para efectuar tareas, actividades, obras o servicios de carácter permanente en las instalaciones de la empresa, cuando las mismas estén relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectaría o interrumpirían las operaciones de la misma.

Por lo que se considera viable la tercerización entendida efectuada a través de los contratistas en actividades permanentes que se realicen fuera de las instalaciones de la empresa.

Una vez analizadas la figura de las Empresas de Trabajo Temporal y su derogatoria; los intermediarios y su eliminación de la esfera del Derecho del Trabajo; los contratistas que están regulados actualmente en la legislación laboral venezolana y describir la normativa imperante de estas figuras en la Ley Orgánica del Trabajo derogada, Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo derogado y vigente, así como en otras normas relacionadas como la Ley Orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente de trabajo derogada, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y finalmente en la Ley Orgánica del Trabajo, Los trabajadores y las trabajadoras y concluir en la posibilidad de efectuar la Tercerización a través de los contratistas, se logra el objetivo de analizar la evolución normativa relacionada a la Tercerización existente en Venezuela. Y como quiera que la misma en la legislación venezolana encuentra sus bases sobre el principio de la Realidad sobre las formas y apariencias, en el siguiente capítulo se desarrolla la consagración constitucional y normativa de este principio.

Capítulo IV

Principio de la Primacía de la realidad sobre las formas o apariencias

En este capítulo se precisa la noción del Principio de la Primacía de la Realidad sobre las formas y apariencias, su definición, alcance, fundamentación, consagración, estipulación y significación en el Derecho del Trabajo venezolano. Con su desarrollo se pretende precisar el Principio de la Realidad sobre las formas o apariencias en la normativa laboral venezolana.

Noción del Principio de la Primacía de la realidad sobre las formas o apariencias

Los principios del Derecho del Trabajo constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico, son herramientas útiles para la interpretación e integración normativa, inspiran la legislación y en consecuencia orientan al legislador.

El primero en apuntar la noción de este principio lo fue el insigne maestro Mario de la Cueva (como se cita en Plá, 1998) con la aseveración que el contrato de trabajo es un contrato - realidad, pretendiendo diferenciarlo del contrato civil.

De la Cueva (como se cita en Carballo y Parra, 2011) afirmó que “el contrato de trabajo existe, no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que determina su existencia” (p. 509).

De la Cueva expresaba para explicar el contrato realidad, que la diferencia radica en que en el derecho civil, el contrato no está ligado a su cumplimiento, en tanto la relación de trabajo no queda completa si no es a través de su ejecución.

Posteriormente, en México la jurisprudencia avanza y considera la figura del contrato realidad cuando en una decisión de fecha 23 de abril de 1942, en un amparo de Sinclair Pierce Oil Company, se determina que se quería esconder una relación de trabajo por tiempo determinado bajo el fraude de un contrato para obra determinada. Y asimismo, en sentencia posterior del 18 de agosto de 1947, en otro amparo contra Alfredo Islas y compañía, S.A., se estableció que no correspondía la denominación dada al contrato como de comisión mercantil, cuando en realidad

los requisitos se correspondían a la disposición legal contenida en el artículo tercero de la Ley Federal del Trabajo.

Según Plá Rodríguez (como se cita en Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2009) “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (p.532).

Y tal aseveración la desarrolla en dos aspectos:

1) Como protección del derecho al trabajo, en el sentido que no basta el contrato, sino que se requiere la prestación efectiva de la tarea y la misma estará protegida a pesar que el contrato fuese nulo o no existiera.

2) Como esencia en materia laboral que debe privar la verdad de los hechos antes que los acuerdos formales, ya que si se sigue lo que hubiesen pactado y no correspondiera a la realidad, no tendrían ningún valor.

Adicionalmente, la fundamentación del principio de la Primacía de la realidad estriba en cuatro aspectos, según Plá (1998):

1) Exigencia de la buena fe, como postulado de justicia, por cuanto la realidad refleja la verdad, en cambio la documentación puede reflejar verdad o ficción dirigida a disimular o esconder la verdad. 2) La dignidad de la actividad humana, supone la actividad humana, así el Derecho Laboral regula el trabajo, la actividad no el documento. 3) Desigualdad de las partes, por cuanto en la práctica el trabajador no tiene independencia para discutir de igual a igual con su empleador, para lograr que los documentos reflejen la realidad, por ello, para corregirlo se le da prioridad a la práctica. 4) Interpretación racional de la voluntad de las partes. Este aspecto es de vital importancia dado que el derecho del trabajo es de tracto sucesivo y dinámico, por lo que surgen muchas modificaciones en el transcurso de su ejecución (p. 333).

Por su parte, Martins Catharino decía (como se cita en Plá, 1998) “La relación laboral corre en el tiempo, como un río, cuyo curso sufre variaciones

impuestas por la naturaleza del terreno. El contrato hace a la relación y esta constantemente se rehace. Es dinámica, abierta e inacabada hasta que termina” (p.338).

Para Neves Mujica (como se cita en Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2009) “ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el Derecho prefiere esto, sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil enuncia que las cosas son lo que la naturaleza y no su denominación determinan. Sobre esta base, el Derecho del Trabajo ha construido el llamado principio de primacía la realidad” (p.532).

Es determinante, la vigencia internacional de este Principio, pues en muchos Países se le reconoce y es densa la jurisprudencia al respecto, inclusive de vieja data. Por ejemplo, Alonso y Casas (como se citan en Plá, 1998) en España resaltan:

Las terminantes declaraciones de la jurisprudencia de que la naturaleza del contrato depende de las obligaciones que constituyen su objeto y no del nombre que le hayan dado las partes, siendo irrelevante la voluntad de estas, aun concordante y explícita de sustraer un contrato de trabajo a sus normas reguladoras imponiéndose, por tanto, la causa verdadera conforme al artículo 1276 del Código Civil y no impidiéndose la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir conforme al artículo 6.4 del Código Civil (p.355).

Asimismo, De Pinho (como se cita en Plá, 1998) resalta en Brasil la jurisprudencia patria y entre ellas refiere:

En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que emerge de documentos y acuerdos, se debe dar preferencia a lo primero, esto es, a lo que sucede en el terreno de los hechos. Y la primacía de la situación de hecho sobre la ficción jurídica que se manifiesta en todas las fases de la relación de trabajo. Tribunal Superior do Trabalho, relator Coqueijo Costa.

Prevalece en el Derecho del Trabajo el principio de primacía de la realidad, lo que significa que los efectos del contrato son extraídos de la forma por la cual se realizó la prestación de servicios. Luego, las relaciones jurídicas se definen y se conceptúan por su real contenido, importando poco el nombre que les fue atribuido por las partes. TST, 3era Región, relator: Alice Monteiro de Barros (p.358).

De igual manera otras jurisprudencias se hicieron notar en Argentina (como se cita en Plá, 1998) “en materia laboral, la realidad debe prevalecer sobre la ficción y así un contrato se debe calificar por lo que es en sí mismo y no por la denominación que las partes le hayan dado”. Sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, del 18 de febrero de 1986 y publicada en la revista “Carpetas DT” No.2881 (p.361).

La relación de Trabajo es un contrato realidad así llamado para indicar que lo determinante son los hechos tal como se dan, y no lo que las partes quieren decir de su relación o de sus denominaciones o formas que de buena o mala fe adoptan para poner un velo sobre lo realmente ocurrido. Sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones del Trabajo del 28 de junio de 1991 y publicada en la revista “Carpetas DT” No.3350 (p.361).

La simulación puede consistir también en la adopción de figuras laborales y no solo extralaborales. El principio de primacía de la realidad tiende a desenmascarar toda relación laboral encubierta, desde que el contrato de trabajo es un contrato realidad en el que los hechos son preferentes a las formalidades contractuales cuando estas no reflejan precisamente la realidad. Sentencia del Tribunal de Trabajo de Morón, del 7 de octubre de 1985, publicada en la revista “Carpetas DT” No.2467 (p.361).

También en Chile se producen decisiones en torno a este principio, así una de ellas estableció (como se cita en Plá, 1998) “es un principio interpretativo de la ley que esta no puede alterar la realidad de las cosas, y que dicha realidad

constituye un límite al legislador que no puede este sobrepasar” Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, 1992, p. 127 (p.362).

Otro insigne autor venezolano que ha hecho aportes respecto de este principio fue Caldera (como se cita en Plá, 1998) quien expresaba “es, pues, el hecho real que aparezca de las relaciones verdaderamente existentes, el que hay que buscar debajo de la apariencia, muchas veces simulada, de contratos de derecho común, civil o mercantil” (p.323).

Con este principio se pretende la protección del derecho del trabajo respecto a la prestación efectiva, aunque el contrato fuera nulo o inexistente, prevaleciendo la verdad de los hechos por encima de los acuerdos formales.

Sin embargo, cabe precisar que este principio debe aplicarse tanto para evitar que se encubra una relación laboral, haciéndola aparentar como una relación mercantil como en sentido contrario.

En algunos Países como Perú, la realidad se violenta con fundamento a la propia ley o al consentimiento de las partes contratantes.

En el primero de los casos, la Ley habilita un tratamiento distinto pese a la realidad de la relación jurídica, por ejemplo:

1) Ha sido el caso de las prácticas formativas laborales que no originaban vínculo laboral, aunque las personas prestaban servicios con carácter subordinado e independiente;

2) También, el caso del programa ocupacional de emergencia (Proem) que permitía que las empresas quedaban autorizadas por dos años, a efectuar contrataciones a plazo fijo sin acreditación de la naturaleza accidental o temporal;

3) El caso de las cooperativas que desnaturalizaban la realidad, lo que ha sido muy evidente, por cuanto los empresarios se ven liberados de cumplir los derechos y beneficios de los trabajadores, puesto que los empresarios los extraen de sus planillas y los invitan a formar parte de las cooperativas con quienes el empleador celebra convenios de tipo civil para que en realidad sigan prestando servicios;

4) También se dieron otros casos, como los contratos de naturaleza temporal, por inicio o incremento de actividad, sin percatarse si todos los

trabajadores dependiendo de su cargo se corresponden con este régimen, más sin embargo todos se incluían hasta por tres años.

En el segundo de los casos, cuando se ha tratado de la voluntad de las partes la que ha vulnerado la realidad, se pueden citar los contratos de locación de servicios, en los que el locador se obliga sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un determinado trabajo a cambio de una retribución.

Consagración y estipulación normativa en Venezuela del Principio de la Primacía de la realidad sobre las formas o apariencias

En Venezuela, a pesar que los principios y garantías existían ya en la Constitución de 1961, la Carta Magna de 1999 eleva a rango constitucional el principio de la realidad sobre las formas o apariencias, estableciéndose lo que se conoce como el constitucionalismo social, siguiendo a la Constitución Mexicana de 1917; lo que a su vez se refuerza con la disposición constitucional acerca de la prohibición de la simulación y fraude que está estrechamente vinculada y se encuentra en el artículo 94 y en la Disposición Transitoria cuarta, numeral cuarto respecto a los Principios que orientan la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Así se establece en el artículo 89 CRBV, una serie de principios para regir la función protectora del trabajo que tiene el Estado.

Uno de esos principios y por primera vez establecidos en la Constitución, pese a ser reconocido por la jurisprudencia y aplicable a varias especialidades del Derecho, es el de “*La primacía de la realidad sobre las formas o apariencias*”, que se encuentra consagrado en el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999) en los siguientes términos:

El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios: 1. Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y

progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.

También se encuentra estipulado en el RLOT (2006) en su artículo 9:

Los principios aludidos en el literal c) del artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo serán, entre otros y sin perjuicio de su previsión expresa en la legislación laboral, los siguientes:

c) Primacía de la realidad o de los hechos, frente a la forma o apariencia de los actos derivados de la relación jurídico laboral.

Asimismo, la Exposición de motivos de la LOTTT (2012) en su Título I, Normas y principios constitucionales, establece que:

Se prohíbe expresamente la tercerización, y en general toda simulación o fraude cometido por patronos o patronas, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral, y en general se establece la primacía de la realidad en la relación laboral.

Y en el articulado de la LOTTT, se estipula en el Título I. Normas y principios constitucionales. Capítulo II. Principios rectores. Artículo 18:

El trabajo es un hecho social y goza de protección como proceso fundamental para alcanzar los fines del Estado, la satisfacción de las necesidades materiales, morales e intelectuales del pueblo y la justa distribución de la riqueza.

La interpretación y aplicación de esta Ley estará orientada por los siguientes principios: 3. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.

De igual manera, en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT, 2002) en su artículo 2, se establece que “El juez orientará su actuación en los principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad”.

Y finalmente, se ha establecido en la Recomendación sobre la Relación de Trabajo No. 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2006) la cual

fue adoptada por Venezuela. Específicamente en el Capítulo relativo a la “Determinación de la Existencia de una Relación de Trabajo”, en el número 9, se establece:

A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.

Asimismo, en la 86 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo se produjo la Declaración de la OIT referente a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 (como se cita en Villasmil, 2007) en la cual se estableció que:

Considerando que, con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especial al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano (p.52).

Esta Declaración es de vital importancia en el sentido que la incorporación de los Estados a la OIT arroja automáticamente la aceptación de principios y derechos establecidos en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, que desarrollados en Convenios revisten naturaleza fundamental.

Significación del Principio de la Primacía de la realidad sobre las formas o apariencias en el Derecho de Trabajo venezolano

La consagración constitucional persiguió estatuir al principio para garantizar el cumplimiento del Estado de la protección del trabajo y en ese sentido

garantizar que las leyes establecieran disposiciones atendiendo a la progresividad e intangibilidad, siendo que en las relaciones laborales prevaleciera la realidad sobre las formas.

Y al descender en el marco del Derecho del Trabajo, a la legislación sustantiva (LOTTT y RLOT) y a la adjetiva (LOPT) se estableció que la interpretación y aplicación de la norma así como la decisión del juez se orientarían de conformidad con el principio de la realidad sobre las formas.

Ello significa en primer lugar que como quiera que la legislación establece beneficios y derechos a favor de los trabajadores respetando los ya establecidos con anterioridad y atendiendo a la mejora y aumento de los mismos, cualquiera que fuere la forma, redacción, escritura, contrato, documento o formalidad que los sujetos vinculados por una relación laboral establezcan, las disposiciones legales que fundamenten o rijan a tales beneficios o derechos se interpretarán en primer lugar y aplicarán en segundo lugar atendiendo a la realidad, para cuyo origen, otorgamiento y cumplimiento prevalecen los hechos, que significan las acciones y omisiones de esos sujetos o partes vinculados.

Y finalmente, si fuese el caso de controversia respecto de tales beneficios y derechos laborales, el Juez decidiendo conforme a la sana crítica, otorgará mayor peso y considerará la veracidad de los hechos suscitados, que implican acciones y omisiones de los sujetos o partes vinculadas en esa relación laboral frente a aquellos instrumentos o medios de prueba que se le presenten como acordados entre las partes que representen la forma dada a los mismos, la cual puede distar de lo realmente ejecutado por las partes.

En sí, pese al nombre, condiciones, estipulaciones y características escritas o declaradas por las partes vinculadas, se atenderá a las características, acciones y omisiones, es decir a los hechos ejecutados por las mismas.

Efectivamente, lo que se pretende es desentrañar la verdad a pesar de las apariencias y formalidades, siendo relevante destacar que como se concibe al Trabajo como hecho social, ello implica la búsqueda de la verdad en relación a la persona en un sentido ético y social y por lo tanto no debe ser visto esencialmente en la esfera patrimonial.

En ese sentido, es claro que se pretenda que las relaciones laborales que se generen a través de estas modalidades de contratación de servicios que vinculan a un tercero, es decir la Tercerización, no vulneren los derechos de los trabajadores y cumplan un fin legítimo de reorganización empresarial, con miras a la competitividad, productividad, rentabilidad, con características de especialidad y temporalidad; lo que puede lograrse con una regulación de sus características y limitaciones, penalizando con fundamento a este principio los supuestos que sean distintos a los regulados y que tengan por objeto vulnerar los derechos laborales.

Por ello, si se considera que la Tercerización traerá aparejado a su proceso una desmejora de condiciones del trabajador, en términos de beneficios salariales, prestaciones y asignaciones previsionales, se estaría vulnerando la progresividad (mejora y aumento) e intangibilidad (mantenimiento de los derechos adquiridos) y en consecuencia se aplicaría el Principio de primacía de la realidad sobre las formas para concluir por ejemplo, que las condiciones de trabajo son las mismas en cuanto a las funciones, horario, capacitación y responsabilidad del trabajador tercerizado con aquel de planta, por lo que no tendría el tercerizado que devengar un salario menor al que devenga el de planta, o debería el trabajador tercerizado tener derecho a estabilidad laboral y derecho a la sindicación, como lo tiene el trabajador de planta.

Y pese a las estipulaciones que se hayan podido convenir por escrito entre la empresa tercerizadora y el trabajador tercerizado, respecto a un salario inferior y modalidad de contratación que disminuya o afecte el derecho a la estabilidad laboral o a la sindicación, en atención al Principio de la realidad sobre las formas, debería interpretarse y aplicarse la norma que garantizara el ejercicio de estos derechos de estabilidad y sindicación o la homologación salarial siguiendo a su vez el principio de igual salario por igual trabajo.

Y asimismo, en caso de controversia la decisión del Juez debería orientarse según este Principio de la realidad sobre las formas y en consecuencia, otorgar el reconocimiento y admisión de los derechos que pudiese invocar y pretender el trabajador en su favor, que se le pudieran reconocer al trabajador de planta y que

estuvieren afectados o disminuidos en el régimen de tercerización, según acuerdo entre las partes vinculadas en esa relación laboral.

Pero eso, es muy distinto a lo que ha sucedido en Venezuela, al prohibir la Tercerización, conceptualizándola como simulación o fraude laboral y estableciendo un elenco de prohibiciones contractuales y de entidad contratante, so pretexto del abuso patronal, como regla general, sin otorgar la oportunidad de estatuir reglas y situaciones que se correspondan con la Tercerización como fenómeno de la descentralización productiva, ampliamente conocida, utilizada y aceptada en muchos Países y legislaciones; lo que evidencia un alcance, falta de adecuación y consecuencias desalentadoras a las relaciones laborales y al Derecho del Trabajo venezolano.

Una vez estudiadas la noción, definición, alcance, fundamentación, consagración, estipulación y significación del Principio de la Realidad sobre las formas o apariencias, se logra el objetivo de precisar su consagración constitucional así como sus estipulaciones en la normativa laboral venezolana, tanto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, siendo que ya había sido estipulado en el Reglamento derogado de 1999 y el vigente de 2006 como también en la Ley adjetiva, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y considerando que como quiera que el mismo sirve como fundamento y acarrea la declaración de la simulación y fraude laboral, se hace necesario continuar con el estudio de estas dos figuras que han sido consideradas y equiparadas a la Tercerización a través de su estipulación en los artículos 47 y 48 de la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras.

Capítulo V

Simulación o Fraude Laboral

En este capítulo se precisa la noción de Simulación y Fraude Laboral, su definición, alcance, fundamentación, consagración, estipulación y significación en el Derecho del Trabajo venezolano. Con el desarrollo de este capítulo se pretende interpretar su consagración y estipulación en la LOTTT.

Noción de Simulación y Fraude Laboral

Para entender el significado de la Simulación y el Fraude Laboral, se mencionan lo que destacados autores han considerado al respecto.

El profesor Hernández (como se cita en Carballo y Parra) se refiere a la simulación como la situación en la que:

Algunos patronos tratan de escapar de los costos y limitaciones que les acarrea la legislación del trabajo y la seguridad social, para lo cual ocultan las relaciones laborales que mantienen con sus trabajadores, bajo el disfraz de una vinculación jurídica de otra naturaleza, generalmente civil o mercantil. (p.511).

Por su parte, Saturno (como se cita en Bruzual, 2013) asevera que:

La simulación – desde la óptica del Derecho Común – se ha entendido como la creación de un contrato ficticio de aparente validez que esconde o encubre otro de naturaleza secreta o confidencial, el cual si corresponde a la verdadera voluntad de las partes, que se ejecuta – casi siempre – con la finalidad de evadir el cumplimiento de los derechos y obligaciones que surgirían a favor de una de las partes o de terceros, a propósito de la existencia del contrato encubierto (p.172).

Asimismo, Vásquez (como se cita en Carballo, 2001) expresa respecto a la simulación en el Derecho Laboral que “es similar al que se conoce en Derecho Civil como simulación relativa, o sea aquella por medio de la cual se trata de camuflar el acto real, poniendo delante de él (a fin de impedir su visión) un telón

en el que aparece otro (simulado); configurándose por tanto un enmascaramiento de la realidad” (p.175).

En el ámbito laboral, la existencia de prácticas simulatorias se refieren a la imposición del patrono de condiciones al trabajador y su promoción y aseguramiento de cumplimiento, así como la asunción por parte de la persona jurídica de las obligaciones propias de la vinculación mercantil que se pretende (Carballo, 2001).

Entiéndase como fórmulas de tal aseguramiento, las celebraciones de contratos no laborales, como civiles o mercantiles, así como la constitución de una persona jurídica, pretendiendo que la relación contractual revista características mercantiles, así como también la contratación con personas controladas por el patrono con miras a evitar la exclusividad en la prestación del servicio y finalmente como la asunción de típicas obligaciones patronales, como si fuere un verdadero patrono.

Ante estas situaciones, el Derecho del Trabajo inclusive antes de la novísima reforma de la LOT, es decir antes de la promulgación de la LOTTT, ya contaba con los principios de irrenunciabilidad de las normas laborales que benefician al trabajador; el principio de la primacía de la realidad sobre las formas y la presunción del carácter laboral de la prestación de servicios personales.

El primer principio nombrado, el de irrenunciabilidad, es una manera de controlar la desigualdad económica de las partes contratantes, es decir el patrono y el trabajador y pretende evitar que el trabajador sea compelido a aceptar una contratación no laboral o renuncie a los derechos y beneficios laborales de los que es acreedor. El efecto de la constatación de existencia de estas situaciones acarrearía la nulidad del acto con efecto retroactivo y se reconocería el acto con sus consecuencias jurídicas, además de cualquier acción indemnizatoria por daños y perjuicios que se pueda ejercer.

Respecto al segundo principio referido, de la primacía de la realidad sobre las formas, se entiende la búsqueda de la voluntad real de los contratantes, desentrañando la verdad más allá de las formalidades y apariencias.

Y finalmente, la presunción de la prestación de servicios personales, se refiere a la presunción que opera en favor del trabajador para el reconocimiento de los derechos y beneficios laborales una vez que se constata la existencia de la prestación de servicios personales, y con ello se entienden que la remuneración, la subordinación y la ajenidad de la relación existen hasta tanto no sean desvirtuadas por el patrono.

La simulación en definitiva obedece a la actuación por parte de algunos patronos de ocultar las relaciones laborales que existen, dándole la calificación de otro tipo de vinculación civil o mercantil; sin embargo, aunque el trabajador lo acepte, no con ello se convalida, pues se entraría en el ámbito de renuncia de los derechos laborales que está prohibida y establecida en principios laborales tanto en la CRBV como en la LOTTT.

Ciertamente, la simulación presupone un acuerdo de voluntades de las dos partes contratantes, es decir, el patrono y el trabajador, para ocultar la verdadera naturaleza del negocio jurídico, atribuyéndose caracteres de otro negocio. Ello quiere decir que se está en presencia de un engaño, que comprende un acuerdo entre las partes de una declaración disconforme con la intención, siendo sin embargo que a diferencia de la simulación en el Derecho civil cuyo objeto es engañar a un tercero, en el Derecho Laboral, persiguen engañar a los organismos jurisdiccionales.

Muy a pesar del acuerdo de las partes, tal como asevera Cabrera (2013) “el trabajador no está siendo beneficiado del acto que se quiere ocultar en perjuicio de un tercero como ocurre en la simulación y porque en todo caso es el, el trabajador el perjudicado y no un tercero” (p.94).

Lo que quiere decir que más que una simulación, lo que existe es un caso de negocio en fraude a la Ley Laboral, debido a la ausencia de consentimiento por parte del trabajador como débil jurídico ante la evidente desigualdad negocial respecto al empleador y su imperante necesidad económica.

Por su parte, el fraude laboral implica una serie de maniobras para evitar la aplicación de una Ley, derecho o beneficio y puede verificarse en cuatro aspectos:

1) En la identificación de la relación laboral, lo que en el caso venezolano ha tenido un desarrollo importante a través del Test de la laboralidad, desarrollado por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia de Casación Social No. AA60-S-2002-000069 del 13 de agosto de 2002, caso Federación Nacional de profesionales de la Docencia (FENAPRODO) – Colegio de Profesores de Venezuela (CPV), Mireya Beatriz Orta de Silva, y que ha evolucionado desde la tesis de la “subordinación” como elemento definidor del vínculo laboral, luego a la “ajenidad” caracterizada por la no asunción de riesgos ni beneficios económicos, hasta la “disposición” del prestador de servicios a un ente contratante; todo ello con el apoyo legislativo de las presunciones de la relación laboral y existencia de un contrato de trabajo aunque fuere pactado de forma oral y no escrita.

2) En la titularidad como empleador, para garantizar quien responde frente a los trabajadores; en especial en los casos de contratistas, subcontratistas, intermediarios y tercerización, estando estas dos últimas prohibidas en Venezuela. Así como en el caso de fraccionamientos de grupos de trabajadores para evadir total o parcialmente las obligaciones o garantías laborales respecto al número de trabajadores.

3) Respecto a la responsabilidad patrimonial, pudiendo ser solidaria o subsidiaria y,

4) En el contenido y determinación de las condiciones de trabajo, que se tergiversan para obtener algún provecho.

Son varios los ejemplos de Fraude que se han suscitado, entre ellos el fraccionamiento de una empresa en diversas unidades de producción con personalidad jurídica propia, ello con la intención que cada una de ellas agrupe a un número de trabajadores menor al que se requiere para ser obligados a ciertos beneficios como alimentación o guardería infantil o para evitar la constitución de una organización sindical de empresa.

Otra situación de fraude estaría constituida por actos tendentes al despido indirecto para lograr que el trabajador renuncie y evitar que el trabajador pueda

invocar un despido injustificado con la consecuente obligación de reenganche y penalización patrimonial.

A su vez afirma Cabrera (2013) que el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) define al Fraude a la Ley “como el conjunto de maniobras o procedimientos tendientes a eludir, en forma indirecta, la aplicación de una ley imperativa” (p.95).

Consagración y estipulación normativa de la Simulación y el Fraude Laboral

Cabe destacar que en la actualidad tanto en la CRBV como en la LOTTT existen disposiciones que establecen responsabilidad y consecuencias en caso de Simulación o Fraude Laboral.

En el artículo 94 CRBV (1999) se estipula:

La ley determinara la responsabilidad que corresponda a la persona natural o jurídica en cuyo provecho se presta el servicio mediante intermediario o contratista, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de estos. El Estado establecerá, a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en general, en caso de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

Por su parte en el artículo 22 de la LOTTT (2012) se establece:

En las relaciones de trabajo prevalece la realidad sobre las formas o apariencias, así como en la interpretación y aplicación de la materia del trabajo y la seguridad social. Son nulas todas las medidas, actos, actuaciones, formulas y convenios adoptados por el patrono o la patrona en fraude a esta Ley, así como las destinadas a simular las relaciones de trabajo y precarizar sus condiciones.

En estos casos, la nulidad declarada no afectará el disfrute y ejercicio de los derechos, garantías, remuneraciones y demás beneficios que les correspondan a los trabajadores y las trabajadoras derivadas de la relación de trabajo.

Se establece la obligación del Estado a través de los órganos administrativos o judiciales de determinar la responsabilidad patronal en casos de simulación o fraude laboral, y por ello se ha estipulado en la LOTTT tanto la función del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de trabajo y seguridad social, de vigilar y aplicar los correctivos para evitar la simulación y fraude a la ley así como la multa para los patronos incurso en estas situaciones, que no será menor del equivalente a ciento veinte unidades tributarias ni mayor a trescientas sesenta.

Significación de Simulación y Fraude en la normativa laboral venezolana

Para iniciar algunas consideraciones acerca de la Simulación y Fraude Laboral, es importante recordar el estudio de Hernández (como se cita en Carballo y Parra, 2011) titulado “Problemática de los trabajadores que prestan servicios en condiciones de fraude o simulación de la relación de trabajo”, en el que menciona como casos de trabajadores que son despojados de sus derechos laborales a través de suscripciones de supuestos contratos de concesión, a los distribuidores de cerveza, refrescos, gas doméstico, agua potable, vendedores ambulantes de helados o de perros calientes, peluqueros, barberos y maleteros.

Por lo que esa simulación o fraude laboral, se puede aseverar que se ha instaurado como una práctica en nuestro País, que lógicamente debe erradicarse en tanto y en cuanto ambas partes, trabajador y empleador, sinceren su condición y acepten y honren por ende sus obligaciones derivadas, ya que no solamente el patrono busca evadir la legislación laboral y su aplicación; también el trabajador procura hacerlo, aduciendo ciertas ventajas en términos económicos e impositivos.

Al abordar este tema, se hace preciso observar las diferentes procedencias para el desajuste entre los hechos y la formalidad. Entre ellos se destaca:

- 1) La intención deliberada de distorsionar, encubrir, fingir o simular una situación jurídica distinta de la real, es decir, una simulación. Es el caso de los contratos de trabajo que se esconden tras un contrato civil o mercantil cuyos rasgos formales se presentan como diferentes a los laborales para evadir el

cumplimiento de la ley laboral y de la seguridad social, así como evitar sanciones derivadas de su incumplimiento.

2) Así mismo, se ha utilizado como un mecanismo de evasión o impedimento del ejercicio de la libertad sindical en sus diferentes manifestaciones.

3) Desde otro ángulo, también se produce cuando existe un error imputable a ambas partes o a una sola de ellas, normalmente respecto a la calificación del trabajador; y otra manera también,

4) Es la derivada de una falta de actualización de datos así como de la falta de cumplimiento de requisitos formales, lo que con frecuencia sucede en el sector público, donde la falta de nombramiento por ejemplo puede ser usada para negar la existencia de la relación de trabajo (Plá, 1998).

Por eso asevera Plá (1998):

En cualquiera de las cuatro hipótesis que hemos mencionado, los hechos priman sobre las formas. No es necesario entrar a analizar y pesar el grado de intencionalidad o de responsabilidad de cada una de las partes. Lo que interesa es determinar lo que ocurra en el terreno de los hechos, lo que podrá ser probado en forma y por los medios que se disponga en cada caso. Pero demostrados los hechos, ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades. (p.326).

Se observa una estrecha relación del *principio de la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias* y los supuestos de simulación o fraude laboral, puesto que basándose en dicho principio se busca detectar la simulación o el fraude laboral y aplicar sus correctivos.

Ahora bien, en el esfuerzo de evitar la simulación o fraude, tal como asevera el profesor García (2012):

La OIT adoptó la Recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo, adoptada en la 95 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en fecha 15 de junio en el año 2006, que

a su vez fue adoptada por Venezuela, en la que se enuncia que a los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, son determinantes los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador sin perjuicio de la manera en que la misma se caracterice, por lo que se deben establecer medidas para eliminar los incentivos que fomenten relaciones encubiertas (p.117).

Dicha Recomendación en su artículo 4 establece como política nacional la inclusión de medidas tendentes a:

Luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho.

En nuestra carta magna el Principio de la realidad sobre las formas encuentra significación para luchar contra el fraude y simulación patronal y se consagra en el mismo párrafo que enuncia la potestad legislativa de establecer la responsabilidad del beneficiario en cuyo provecho se presta el servicio a través de intermediario o contratista.

Cobra sentido la conexión que se presenta en la disposición constitucional, respecto a la responsabilidad del ultimo beneficiario de la obra y los patronos, en el entendido que por años se generó una práctica del patrono en aras de abaratar, diluir y eximirse de obligaciones y prestaciones laborales, la cual ha consistido en utilizar interpuestas personas para la contratación, administración y dirección de trabajadores a cargo de una prestación de servicios y actividades que si bien corresponden a la naturaleza de la labor que desempeña el patrono a través de su

industria, fabrica, compañía o ente beneficiario último en la cadena productiva y además resultan esenciales e indispensables para sus logros; las mismas se encargaban a otras personas que se suponían independientes y formalmente constituidas y operativas cuando en realidad se trataba de empresas creadas por el mismo patrono o a través de su personal de confianza o dirección, buscando simular relaciones jurídicas distintas a las laborales, como mercantiles o civiles o aun estando dentro del ámbito laboral, perseguían desvincular a un grupo de trabajadores para convertirlos en subordinados a otro patrono que otorgaría otros beneficios distintos al primero y posiblemente, afectaría el derecho de estos a constituir organizaciones sindicales, o a ser acreedores de beneficios de alimentación o guarderías u otorgando un salario y días de beneficios disminuidos respecto a los otorgados en la empresa principal, lo que indudablemente se trataba de un fraude a la Ley con vulneración de derechos individuales y colectivos.

Sin embargo, no solo en el caso de intermediarios que actualmente se han considerado eliminados del elenco de personas en el Derecho del Trabajo, como en el de contratistas que siguen vigentes, regulados y amparados por la normativa, se habían generado situaciones de simulación y fraude laboral; son muchos los casos que han generado decisiones judiciales y finalmente sentado jurisprudencia respecto a la vulneración de los derechos laborales por simulación y fraude, tanto en lo que respecta a la condición de trabajador, los elementos característicos de la relación laboral, así como la composición y demás beneficios de carácter salarial, como la responsabilidad patronal en caso de grupo de empresas, lo que ha dado lugar a decisiones trascendentales en la historia del Derecho del Trabajo venezolano como el Test de laboralidad y el levantamiento del velo corporativo.

A pesar de ello, es notoria la inclinación determinante del Constituyente como del legislador de considerar un sujeto ejecutor de simulaciones y fraude laborales a las empresas tercerizadoras y por ende condenar a la tercerización y a figuras vinculadas como la intermediación y ETT a su extinción del ámbito laboral.

En este sentido se busca reforzar de manera muy marcada la necesaria existencia y real operación de un sujeto contratante responsable de los derechos

laborales de los trabajadores; se busca eliminar las empresas fantasmas, de papel, falsas porque aun constituidas no operan ni tienen una estructura propia ni desarrollan una actividad especializada ni son independientes.

Es necesario advertir que generalmente se piensa que la intención de simular o defraudar la legislación laboral proviene del empleador, sin embargo el trabajador muchas veces prefiere vincularse bajo unos parámetros de mayor independencia, flexibilidad, disminución de obligación presencial y carga horaria, mayor poder negocial de ingresos pese a la ausencia de acceso a los beneficios laborales o seguridad social, es decir, el prestador de servicios prefiere vincularse de otra forma distinta a la laboral, sea civil o mercantil. Y así también se da el caso que el prestador de servicios aun vinculado en el ámbito laboral, requiere de unas condiciones distintas a las típicas aun siendo consideradas inmersas en el molde de las relaciones de trabajo, dada sus necesidades personales, familiares y profesionales, es por ello que han surgido relaciones atípicas, nuevas formas de trabajo y variantes en las condiciones de trabajo, el teletrabajo, trabajo a domicilio, la contratación por horas, jornadas flexibles, externalización, o la llamada descentralización productiva transnacional.

Siendo este tipo de modalidades requeridas y convenientes a los intereses del trabajador, obedece a un fin legítimo su convenimiento con el ente contratante o patrono, siendo que pudiere estarse en presencia de un caso de simulación o fraude laboral cuando pese a la formalidad, nombre o documentación que soporta las características del servicio a prestar, la realidad sea muy distinta por presentar rasgos típicos de una relación laboral cuyos beneficios y condiciones lo son distintos a los que se supone que corresponden a esa relación pactada.

Es entonces, cuando de nuevo se presenta la disyuntiva de reconocer si el empleador ha forzado al trabajador a suscribir y crear medios de prueba que evidencien un tipo de relación que es distinta a la real o se trata de un acuerdo de voluntades que en principio beneficia a ambas partes aun cuando se está defraudando a la ley e intentando aparentar frente a los órganos jurisdiccionales o administrativos una situación y vinculación distinta a la real.

Sin embargo, y con mucha preocupación la evolución de nuestro Derecho del Trabajo venezolano ha dado frente a las reclamaciones y aspiraciones de los prestadores de servicios que a pesar de lograr acuerdos con el ente contratante luego pretenden desconocer los mismas y ser acreedores de derechos y beneficios correspondientes a otra relación laboral, dependiente, subordinada y típica.

Ahora bien, todo ello no significa que se deba considerar a la Tercerización como una simulación o fraude laboral y en consecuencia prohibirla; ya que eliminar los incentivos que fomenten relaciones encubiertas se debe referir a establecer limitaciones y aplicar los correctivos en caso de presentarse estas irregularidades y que se respeten los derechos laborales en consonancia con otros fines legítimos, como la reorganización empresarial, la productividad y competitividad, la generación y fomento de empleo, la incorporación en el mercado de sectores excluidos o poco protegidos, la estabilidad en el trabajo, todo lo que en definitiva favorece las relaciones laborales y se corresponde con la esencia del Derecho del Trabajo.

En consonancia con ello, Carballo (2001) ha resaltado respecto a la adaptabilidad del derecho del trabajo que:

Debe orientarse hacia el equilibrio, en algún lugar del camino perdido, entre la tutela al trabajador – consecuencia del principio protectorio que informa al derecho del trabajo – y, de otra parte, la garantía de la gestión óptima del personal en el interés del capital. De esta manera el derecho del trabajo subsistirá como instrumento básico para garantizar la paz social en la esfera de las relaciones de trabajo, aun cuando – para ello – deban sufrir alteraciones, a veces sensibles, sus contenidos e instrumentos clásicos (p.35).

Una vez desarrollado este capítulo, se ha logrado el objetivo de interpretar la simulación y fraude laboral en la normativa laboral venezolana, estableciendo su vinculación con el Principio de la Primacía de la realidad sobre las formas o apariencias.

Capítulo VI

Consideraciones finales acerca del Alcance, Adecuación y consecuencias de la Tercerización normada en la LOTTT en las relaciones laborales y el Derecho del trabajo venezolano

Luego de estudiar la Tercerización mundialmente concebida y existente en nuestro País, contrastando ambas realidades y vinculándola al Principio de la Realidad sobre las formas o apariencias y la simulación y fraude laboral en la normativa laboral venezolana, se culmina descendiendo en el estudio del alcance, adecuación y consecuencias de la misma en los términos como fue estipulada en la LOTTT, tanto en lo que respecta a las relaciones laborales como al Derecho del trabajo venezolano.

Alcance de la Tercerización normada en las relaciones laborales

La Tercerización como manifestación de la ola flexibilizadora, inmersa en procesos de descentralización productiva, ha sido regulada en muchos Países con doble finalidad; primero, para que sirviera a la reorganización empresarial, con características de especialidad y temporalidad, evitando posibles abusos patronales por uso indiscriminado y desconocimiento de la normativa laboral y en segundo lugar, como evolución del tipo de relaciones laborales en las Empresas de Trabajo Temporal así como intermediarios y contratistas.

En Venezuela, por el contrario, su regulación deriva de un proceso rígido de prohibición de algunas de esas personas del Derecho del Trabajo, y basándose en el *Principio de la Primacía de la realidad sobre las formas o apariencias*, se le considera en la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras como simulación o fraude laboral, enunciándose un elenco de prohibiciones relacionadas, que no se adecúan a los propios postulados legales ni al reconocimiento hecho por la Organización Internacional del Trabajo respecto a este tipo de relaciones laborales, ni a la concepción de tercerización mundialmente conocida; todo lo que en definitiva arroja consecuencias respecto a las relaciones laborales, sus sujetos intervinientes y el Derecho del Trabajo.

El alcance que conlleva esta disposición eliminadora de la Tercerización respecto a las relaciones laborales es el de circunscribir y obligar al patrono, al empresario o ente contratante que las actividades que se realizan en su empresa, que conforman la cadena productiva sean esenciales ejecutadas dentro de sus instalaciones o no esenciales a su proceso, deben llevarse a cabo por trabajadores dependientes de la misma, cuyas relaciones laborales deben presentar características de dependencia, ajenidad y retribución, aparejadas de los elementos de subordinación y disposición, que engendran poderes de dirección del patrono, presencia en las instalaciones de la empresa por parte del trabajador, jornadas ordinarias o parciales evitando flexibilidad en las mismas, así como muchas veces el elemento de exclusividad, y desempeño múltiple o de varias actividades relacionadas.

Tanto es así que la disposición transitoria Primera del artículo 555 CRBV establece la obligación para los patronos que es la empresa principal de incorporar a la nómina los trabajadores tercerizados, otorgándoles los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores de la empresa principal.

Es una suerte de equiparación y uniformidad de condiciones de trabajo así como la vinculación a un mismo patrono en las relaciones laborales; sin embargo, no hay que olvidar que si los trabajadores tercerizados estaban ejecutando actividades que por avances tecnológicos, innovaciones o especializaciones no podían ejecutar los trabajadores de la empresa principal, en realidad no sería fácil entonces equipar las condiciones de trabajo en lo que refiere al salario, funciones y formas de ejecución; siendo además que la norma en consecuencia de tal asunción, obliga al patrono que es la empresa principal a reorganizar y componer su estructura, sus descripciones de cargo y escala de salarios, lo que en definitiva pudiera ser perjudicial en el entendido que podría generar un desbalance económico que no estaba previsto para el patrono afrontar o también pudiera representar acercar o alejar en el escalafón de cargos a los trabajadores. Esto último podría ser invocado como una desmejora de condiciones por los

trabajadores, sean los que habían sido tercerizados o los de planta, dependiendo de su afectación.

Adicionalmente, y según estas consideraciones, los tres años otorgados por el legislador para hacer frente a la determinante recomposición organizativa del patrono asumiendo en su plantilla los trabajadores tercerizados puede ser un tiempo prudente por todas las consecuencias que ello acarrea, pero no se puede olvidar que muchas veces no se trata de un aspecto meramente económico ni estructural sino más profundo e importante como las diferencias en la capacitación de los trabajadores y su especialidad y experiencia, lo que puede ser complejo y hasta inconveniente al empresario o al propio trabajador.

Alcance de la Tercerización normada en el Derecho del trabajo venezolano

El alcance respecto a las relaciones laborales antes explicado, implica que el Derecho del Trabajo mantiene una inclinación rígida y absolutamente conservadora de las relaciones laborales, volviendo al escenario de patrono y trabajador vinculados por una relación laboral bilateral, subordinada, dependiente y remunerada, en la que el patrono debe agotar todo lo que sea posible para seleccionar y conseguir el perfil del trabajador adecuado a sus necesidades y requerimientos de especialidad y pese a la complejidad, tiempo y esfuerzo administrativo de búsqueda y captación del personal, no puede adoptar otra vía distinta de contratación para el desempeño de esa actividad respecto de la cual no tiene la experiencia ni conocimiento, sino la de una relación laboral dependiente ingresando a nomina a los trabajadores que haya conseguido para desempeñar la misma.

Ello pudiera traer como consecuencia que el patrono asuma una carga salarial alta dada la especialización y experiencia de ese personal, lo que a su vez puede generar un conflicto o revisión de escalas salariales y por demás la inversión y gasto de una estructura que con anterioridad no tenía. El patrono se ve cargado de obligaciones laborales y previsionales y obligado por su necesidad imperante de desarrollar esa actividad especializada, contratando trabajadores como parte de su plantilla.

Por su parte, si la situación es temporal, el patrono requiere para dar frente a algunas necesidades en un tiempo determinado, contratar un personal para llevar a cabo esa actividad, pero corre con el riesgo que estos trabajadores pese a la característica de temporalidad que delinea el contrato por tiempo determinado u obra determinada según sea el caso, tengan expectativas de estabilidad absoluta y permanencia en el empleo de conformidad con la LOTTT, lo que encarecería indudablemente el costo laboral y previsional.

Muchas veces el esfuerzo económico, temporal y efectivo al que arroja una disposición como esta, hace al patrono asumir un efecto de rechazo o repliegue ante la contratación de un trabajador, prefiriendo adicionar estos servicios a otros trabajadores que ya forman parte de su nómina, o no ofrecer ese servicio como parte de su actividad productiva, todo en aras de evitar la contratación de trabajadores, lo que hace gravosa la posición del patrono, en el sentido de desmejorar su capacidad competitiva en el mercado por ausencia de desarrollo y oferta de ese servicio o produce el desinterés de la inversión ante las obligatorias cargas laborales y previsionales que acarrea la legislación en este caso así como genera un efecto perjudicial al trabajador, el cual es por una parte no ser empleado y por otra no garantizar en su empleo, un trabajo y una estabilidad en aras de desempeñar el servicio respecto al cual se encuentra capacitado pues podría más bien asumir otras funciones cuya experticia no está probada y máxime puede darse el caso que niquiera tenga acceso a capacitación para ese desempeño y en definitiva no represente una evolución en su carrera profesional, o ventaja y aprendizaje.

Al establecer estas reflexiones en relación al alcance de la eliminación de la Tercerización se puede afirmar que no será efectiva entonces la protección al trabajo como hecho social ni la garantía a los trabajadores de los derechos establecidos en su favor por la legislación.

Adecuación de la Tercerización normada al Derecho del trabajo venezolano

Es contradictorio propender a la protección y garantía del derecho del trabajador así como al deber de trabajar de acuerdo a sus capacidades y aptitudes

y obtener una ocupación productiva, debidamente remunerada que le proporcione existencia digna y decorosa, de conformidad con la LOTTT cuando en la misma legislación se cercena ese derecho y deber, puesto que si el trabajador encontraba en la figura de la tercerización el encaje de estos postulados, al eliminarla se disminuyen sus posibilidades de logro y se empuja al mismo a obtener un empleo o ejecutar un servicio lejos de sus capacidades, experticias, especialidad o bajo condiciones que no le son beneficiosas.

Ello quiere decir que el alcance de la normativa respecto a la Tercerización evidencia una falta de adecuación a los postulados de la LOTTT.

Más aún, si se entiende que lo que quiso condenar el legislador fue la intención fraudulenta y simulación, pues sin que esté presente este ánimo, el encargo de actividades o servicios a terceras personas para su ejecución, desarrollo, control y administración puede darse a través de la figura de los contratistas o subcontratistas, entonces no era propicio eliminar la figura de la tercerización.

Por otra parte, cabe mencionar que los Convenios Números 88, 111, 122 y 156 de la Organización Internacional del Trabajo, han sido ratificados por Venezuela y se encuentran en vigor.

Respecto de ellos, el Convenio 88 sobre el servicio del empleo, establece a fin de garantizar la eficacia de la contratación y colocación de los trabajadores que el servicio de empleo debe ayudar al trabajador a encontrar un empleo, así como a contratar a los trabajadores apropiados a las necesidades de empresa, y tomar medidas pertinentes a facilitar la movilidad profesional, geográfica, temporal, e inclusive a trabajadores de un país a otro cuando fuere necesario.

Tales disposiciones obedecen a la necesidad que el trabajador tenga en sus manos diferentes posibilidades dignas y correspondientes a sus aptitudes y capacidades y que a su vez puedan compadecerse con las necesidades empresariales.

Por su parte, el Convenio No. 111 de la Organización del Trabajo, sobre la discriminación en lo que respecta al empleo y ocupación, establece respecto a la noción de empleo y de ocupación, situaciones importantes como lo son el acceso a

los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

Por ello resalta Von (1990) “que la protección prevista por el Convenio no se limita al tratamiento que se dé a una persona que ya ha sido admitida en un empleo o en una ocupación, sino que se extiende expresamente a las posibilidades de admisión en el empleo y al acceso a los medios de formación, sin lo cual las posibilidades efectivas de admisión no tendrían ningún efecto, dado que la formación constituye la clave de la promoción de la igualdad de oportunidades” (p.436).

Adicionalmente, el Convenio No.122 sobre la política del empleo dispone la necesidad de una política activa de pleno empleo, productivo y libremente elegido, que conlleva como finalidad que habrá empleo para todas las personas disponibles, siendo el trabajo lo más productivo como sea posible y habiendo libertad para escoger empleo por parte de los trabajadores así como las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga.

Asimismo, el Convenio No.156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares se aplica en los casos de trabajadores con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesitan cuidado cuando tales responsabilidades limitan sus posibilidades de prepararse para la actividad económica e ingresar, participar y progresar en ella. En esencia este Convenio dispone el derecho de estos trabajadores a elegir libremente su empleo y tener en cuenta sus necesidades respecto a las condiciones de empleo y la seguridad social así como la orientación y formación profesional para reintegrarse a la fuerza de trabajo.

De igual manera, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

Asimismo, el Convenio 181 de la OIT sobre las Agencias de empleo privadas, con refuerzo en la Recomendación 188 del mismo, estableció la Política

nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, en la que debe estar inmersa medidas tendientes a la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo, la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes, asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo así como luchar contra las relaciones de trabajo y otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese.

Pese a que ese Convenio no ha sido ratificado por Venezuela, al ser miembro el País de la OIT, representa un lineamiento respecto a esta temática y siendo que todas estas normas de carácter universal y que los Convenios Números 88, 111, 122 y 156 forman parte del Derecho interno venezolano por haber sido ratificados en su oportunidad, refieren enfáticamente la necesidad de garantizar a los trabajadores un empleo y trabajo de acuerdo a sus necesidades y capacidades, siendo que al eliminar la tercerización se observa que podría haberse afectado para los trabajadores con cierta especialidad, su posibilidad de acceder al mercado de trabajo para desempeñar esa actividad de amplio conocimiento y necesaria en la empresa, quedando por el contrario, sometido a un régimen de contratación en la empresa última beneficiaria del servicio, que pudiera considerar el trabajador como inconveniente por no corresponder al nivel de especialidad que detenta y para la empresa podría significar una inconveniencia el tener que contratar a trabajadores con un alto nivel de especialidad, por los cambios que tanto desde el punto de vista estructural, económico y organizacional representan.

Ello puede arrojar el descarte de este trabajador por parte de la empresa que es el ente contratante y por lo tanto no emplearlo o visto desde otra óptica, podría representar para el trabajador una inconveniencia el vincularse bajo contrato a tiempo indeterminado en una relación permanente con el patrono, dada las características de dinamismo y competitividad del servicio que presta. Y adicionalmente, la inconveniencia de las cargas horarias y condiciones de trabajo

que no le permitan la flexibilidad en la ejecución del servicio, no cónsono con sus necesidades personales y familiares.

En esencia una situación es delinear, establecer características, limitaciones y hasta prohibiciones en torno a la tercerización y otra cosa muy distinta es prohibirla enfáticamente como se ha hecho en la legislación laboral venezolana.

Como se ha mencionado con anterioridad, ya la legislación y jurisprudencia contaba con principios, disposiciones y procedimientos para actuar frente a la simulación o fraude laboral y establecer las consecuencias y correctivos respectivos; adicionalmente, se considera que la posibilidad de contratar los servicios de personal y sus recursos para ejecutar obras o servicios continúa vigente en el Derecho Laboral, en la normativa establecida en el artículo 49 LOTTT a través de la figura del contratista, respecto a la cual ya se ha normado la situación de inherencia y conexidad de la obra o servicio que realiza o presta, en relación con la efectuada o prestada por el beneficiario de la misma. Y en caso que la contratista realizare actos de simulación o fraude laboral operarían los principios, disposiciones y procedimientos ya consagrados en la CRBCV, en la LOTTT, su reglamento, LOPPT, así como las decisiones acerca de la aplicación del Principio de la realidad sobre las formas o apariencias, el test de la laboralidad o indicios si fuera el caso, la teoría del levantamiento del velo corporativo también si fuese el caso, las consideraciones de grupo de empresa y por supuesto de simulación y fraude laboral. Por lo que no pareciese necesaria la definición de tercerización adoptada por la LOTTT, haciendo corresponder su esencia a una simulación o fraude laboral.

Lejos de esclarecer y reforzar el Principio de la realidad sobre las formas o apariencias, ha traído confusión y afectación de los derechos laborales; toda vez que la consecuencia de la contratación de obras o servicios inherentes o conexos es la responsabilidad solidaria de la contratista y la beneficiaria del servicio así como la equiparación de beneficios de sus trabajadores, y no la consideración de simulación y fraude laboral como parece interpretarse del número 1 de las prohibiciones establecidas en el artículo 48, lo cual no se corresponde con la parte

in fine del artículo 50 LOTTT que establece que la contratación de obras o servicios inherentes o conexos se considerara tercerización cuando sirva al propósito de simular la relación laboral o cometer fraude.

En definitiva, no se adecúa esta prohibición de la tercerización a la normativa laboral imperante en el Derecho venezolano, arrojando consecuencias tanto respecto de las relaciones laborales, sus sujetos o personas intervinientes así como respecto al propio Derecho del Trabajo.

Adecuación y consecuencias de la Tercerización respecto a las relaciones laborales y las personas intervinientes

Con respecto a las relaciones laborales tiende a limitarlas, generando cargas laborales a los entes patronales y limitando su estructura organizativa, lo que restringe su capacidad de adaptación a las nuevas tecnologías y apertura de mercado y afecta la rentabilidad y competencia. Es conocido que en la concepción mundial de tercerización, no solo se contrata personal sino también recursos, así como actividades que no siendo productivas son fundamentales y que con ello se persigue que el esfuerzo del personal de la empresa beneficiaria se centre en las labores productivas que permiten su crecimiento y competitividad en el mercado. Por lo que la obligación de encargo de actividades anteriormente tercerizadas por parte de la plantilla de la empresa, genera nuevas relaciones laborales que puede representar cargas laborales desestabilizadoras, asunción de responsabilidades por parte de los trabajadores del patrono que pueden no corresponder a su especialidad lo que opera en detrimento de las condiciones de trabajo de esa persona y del resultado que su desempeño refleja en la empresa.

En relación a las personas intervinientes y específicamente los trabajadores, pierden oportunidad de acceder a relaciones laborales flexibles y temporales así como adecuadas a su especialidad, no permitiendo su desincorporación de la informalidad, desempleo y precariedad, con afectación de la estabilidad, en desmejora de sus condiciones económicas, laborales y calidad de vida.

Cabe resaltar que al referirse a estabilidad en el Trabajo, de conformidad con la disposición del artículo 85 de la LOTTT, se entiende que es el derecho que tienen los trabajadores a permanecer en sus puestos de trabajo.

La doctrina y la jurisprudencia tienden a referir que la estabilidad es una garantía para que el trabajador no pierda su empleo, que lo mantenga y sirva para el trabajador de estímulo de preparación, crecimiento y experiencia profesional.

También, por otra parte, esa estabilidad se ha entendido como garantía que las condiciones de trabajo no se modifiquen por representar un freno al empleador en el sentido de evitar que disminuya o impida la modificación *in peius* de las condiciones de trabajo y por tanto desmejore al trabajador, lo que pudiera traer como consecuencia que el trabajador considere tal situación como un supuesto de despido indirecto o por ello decida renunciar.

Una vez dada la noción de estabilidad, es interesante destacar lo que afirma Pla (citado por Pérez, 2009) respecto al alcance del principio de continuidad que guarda estrecha vinculación con la estabilidad, en el sentido de establecer como una de sus consecuencias, la amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato.

Así como también, cobra interés lo que comenta Gamillscheg (citado por Olea, 1998) respecto a la estabilidad en el empleo, considerándolo no solo un problema entre empresario y trabajador, sino también entre trabajador empleado y trabajador parado, pues este último a quien se denomina de esa forma en España, le interesa el impulso, creación y uso de nuevas contrataciones, que la estabilidad podría desanimar al impedir su adaptación a las situaciones tecnológicas.

Y finalmente, resulta importante también acompañar el señalamiento que hace Hernández (2010) respecto a que la estabilidad no está dada por los sistemas convencionales o legislativos sino por las condiciones económicas de la empresa y la sociedad. Aseverando que la preservación y fomento de empleo es un problema económico.

Todo lo antes citado es relevante para establecer que puede existir una noción de estabilidad en el trabajo más amplia y que se enmarca en el aspecto tuitivo, protector del Derecho del Trabajo y de la OIT y atiende a la posibilidad

del trabajador de no perder la oportunidad de trabajar, y con ello dejar de enlistar las cifras del desempleo o el mundo del empleo precario; por ello, el hecho que el trabajador pueda movilizarse de un trabajo a otro, con o sin solución de continuidad y en el entendido que ello lo beneficia y es cónsono con sus intereses patrimoniales, familiares, personales y profesionales, será una garantía y derecho eficaz para los trabajadores.

Esto se refuerza, si se observa la norma establecida en el artículo 48 LOTTT así como en la disposición transitoria Primera 555 LOTTT, en el entendido que los trabajadores serán incorporados a la nómina del patrono que es la empresa principal, ultima beneficiaria del servicio, y se les ha otorgado tres años para efectuarlo, siendo que durante ese tiempo y hasta tanto no se incorporen a la nómina de la principal, los trabajadores son amparados por la legislación laboral y tienen derecho a la estabilidad, lo que implica que no pierdan su empleo aun cuando lo que en realidad estaría sucediendo es que se estarán vinculando a otro patrono a quien estarán subordinados, ejecutando el servicio posiblemente en otro lugar y pudiendo devengar inclusive otros beneficios y condiciones que pudieran ser mejores que los anteriores detentados o los mismos que detentaban.

Eso que se le garantiza entonces al trabajador tercerizado no es propiamente una estabilidad en el empleo que detenta, sino una estabilidad en el trabajo; se busca que no pierda el trabajo que ejecuta, con las características, condiciones, experticia, especialidad y conocimientos y sigue prestando servicio, y no puede ser despedido, aunque si será trasladado y no será desmejorado en sus condiciones de trabajo.

Entonces, si se entiende que el trabajador estará inmerso en un proceso de sustitución de patrono a través del cual se podrá cumplir el mandato de la norma y por ende será trasladado, la estabilidad que se les está garantizando es una estabilidad al trabajo, no al empleo, ya que pudiera ser factible que las características del servicio cambien en una nueva estructura con otras condiciones, cargo o funciones, siempre y cuando sean mejores.

Adicionalmente y pese a que el propósito del legislador es otorgar al trabajador la tranquilidad que no perderá su empleo, en el proceso de sustitución

de patrono el trabajador tiene el derecho dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la misma si lo considerare inconveniente a sus intereses, de exigir la terminación de la relación de trabajo con el consecuente pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones.

Por lo que esto conduce a entender una protección más amplia del Derecho del trabajo respecto al hecho social trabajo y sus ejecutores, pues no se trata de conservar su empleo, su puesto dentro de una empresa o el empleo que tiene, es una garantía de tener acceso y oportunidad a desempeñar una actividad o servicio que realmente se corresponda con las aptitudes, capacitación, y experiencia del trabajador así como sus intereses personales, familiares, patrimoniales y profesionales.

Es por todo esto que la prohibición de la tercerización si pudiera afectar a los trabajadores desmejorándoles o imposibilitándoles de acceder a un trabajo y a un empleo en los términos antes plasmados.

Y finalmente, con respecto a los patronos restringe su posibilidad de mejorar su estructura organizativa y productiva, ya que ante la necesidad de un personal especializado en determinada área que no posee y no logra integrar en su plantilla, una solución viable es el encargo y por ende traspaso de esa actividad productiva especializada a una empresa o prestadores de servicios que realmente la conozcan y manejen. De igual manera, la falta de recursos o adaptaciones tecnológicas y de infraestructura que requieran de una inversión cuantiosa o de cambios trascendentales en las instalaciones y operaciones del patrono, promueven la alternativa de la tercerización para adecuarse y evitar afectación patrimonial y organizacional.

Consecuencias de la Tercerización normada respecto al Derecho del trabajo venezolano

Finalmente, respecto al Derecho del Trabajo, cabe precisar en primer lugar lo que en opinión de algunos autores y figuras importantes en la materia conciben respecto a este derecho.

Camerlynck y Lyon Caen (como se cita en Arce, 2008) afirmaron que el Derecho del Trabajo no es un derecho de esencias sino de existencias.

Por su parte, Cavazos (1998) planteó que “el día en que patronos y trabajadores, además de respetar mutuamente sus derechos, comprendan recíprocamente sus necesidades, se dará un paso importante en la evolución armónica del Derecho Laboral” (p.355).

Y continuó expresando Cavazos (1998) que:

El derecho del trabajo tiene como función armonizar los intereses opuestos y contradictorios existentes entre patronos y trabajadores, bajo tres principios que se consideran fundamentales. Ellos son: 1. Respeto mutuo de derechos entre patronos y trabajadores. 2. Comprensión recíprocas de necesidades entre ellos mismos y 3. Coordinación técnica de esfuerzos (p.371).

No se trata entonces de llamar a los trabajadores como ha sido denominada por Romagnoli al referirse a la clase trabajadora (como se cita en Santos Azuela y Santos Méndez, 2014) como la digna pobreza laborante.

Más bien, es precisa la reflexión del profesor Hernández (2010) cuando afirma que “una importante meta en el desempeño que al Derecho del Trabajo corresponde es la tarea de armonizar el desarrollo económico con la justicia social” (p.154).

Y continúa el autor señalando que se debe:

Mantener la existencia del Derecho Laboral y de la Seguridad Social, pero en una dinámica que combine equilibradamente protección al trabajador con estímulo a la productividad, justicia social con adaptación a las nuevas realidades, equidad con eficiencia. En fin, desarrollo económico con respecto a la dignidad del hombre (p.163).

Como apunta Villasmil (2007) “se trata de dejar atrás la idea de un Derecho del Trabajo subordinado o dependiente, para hablar del Derecho del Trabajo y punto (p.60).

Así como también enfatizó Ermida (como se cita en Villasmil, 2007) que se trata en vez del Derecho del Trabajo como el Derecho de la actividad profesional, en una palabra.

En ese sentido, el principio de protección del trabajador y el principio de libertad de empresa deben mantenerse juntos en el marco del sistema de economía social de mercado.

Es por ello que cabe mencionar las siguientes afirmaciones.

Schneider (como se cita en Toledo, 2004) asegura que:

El outsourcing es una herramienta de gestión a través de la cual una organización pueda optar por concentrarse únicamente en su core bussines (actividad distintiva) y no tomar parte en procesos importantes pero no inherentes a esa actividad distintiva. Para tales procesos se puede contratar entonces ese proveedor de servicios especializados y eficiente que puede convertirse posteriormente en un socio de negocios (p.178).

Bruzual (2013) expresa que:

No había necesidad,..., de prohibir la tercerización en la forma en que se hizo, porque atenta contra la libertad de comercio y de la misma libertad de trabajo de rango constitucional. Si lo que se quería o se quiere es evitar el fraude, la evasión o la precarización de los beneficios y condiciones de trabajo a través de una simulación o negación de la relación laboral, era o es suficiente evitarlo o sancionarlo,..., con la aplicación de las normas existentes (constitucionales y legales) y supervisando bien y efectivamente las autoridades competentes el cumplimiento de la legislación laboral por parte del patrono (p.176).

Mirabal (2012) refiere que aunque algunos entes patronales han abusado de la figura para generar fraude, no significa una analogía entre tales términos, considerando que la normativa deja la posibilidad que subsista la Tercerización a través de los contratistas, a quienes la LOTTT expresamente señala como distintos al intermediario o tercerizadora. Asimismo, el autor establece indicios para

reconocer el fraude, como serían su uso en actividades permanentes de la beneficiaria; ceder el poder de dirección a la beneficiaria; presencia de dos empleadores involucrados; ausencia de elementos propios y de objetivo real de la tercerizadora que solo utilice fuerza laboral; preferencia de personas y exclusividad de servicio.

Por su parte, García (2012) hace énfasis en la consagración constitucional del *Principio de la Primacía de la realidad sobre las formas o apariencias* y recuerda la adopción de Venezuela de la Recomendación de la Organización Internacional Del Trabajo (OIT) sobre la Relación de Trabajo No.198, adoptada en la Conferencia 95°, celebrada en Ginebra, Suiza, el 15 de junio de 2006, por la que se incita a los Estados Miembros a establecer medidas que eliminen la posibilidad de relaciones encubiertas. Por otra parte, resalta que no se permitirá contratar actividades que sean permanentes dentro de la empresa beneficiaria, ni que la prestadora de servicios sea una filial creada por la principal para desconocer los derechos laborales; sin embargo, considera que la Tercerización se puede dar a través de los contratistas siempre que su actividad realmente sea autónoma, no exista ánimo ni intención de disfrazar una relación de trabajo, sus ingresos no solo provengan del contratante y actúe con recursos propios y trabajadores bajo su subordinación.

Finalmente, resulta muy interesante la aseveración de Carballo (2013) respecto a la posible aplicación de un Test de indicios destinado a verificar la autonomía de la entidad de trabajo a través de la cual se ejecutan obras o se prestan servicios, para determinar si la modalidad de ejecución de tales obras o prestación de servicios constituye una expresión de Tercerización. Todo ello producto de la consideración que a través de la figura del contratista se admita la ejecución de actividades incluso de carácter permanente o relacionadas de manera directa con el proceso productivo que efectúa el ente contratante, siempre y cuando no exista un ánimo simulatorio o fraudulento.

Así se puede concluir que al prohibir la Tercerización como se ha hecho en la legislación laboral venezolana lejos de normar en procura, protección y mejora de las relaciones laborales y equilibrar los derechos y obligaciones de los sujetos

intervinientes en las mismas, se aleja de su propósito y genera una contracción, desestimulación y desprotección a la clase trabajadora que devienen en el desempleo y disminución de la estabilidad, limitación de modalidades de relaciones laborales, así como limitación de la demanda de fuerza de trabajo por parte del patrono dada las cargas y restricciones para la incorporación y mantenimiento de los vínculos laborales.

Esto último se corresponde con el hecho que al prohibir la tercerización y obligar al patrono a mantener todas las actividades integrantes de la cadena productiva o de su operación, en manos de los trabajadores de su plantilla y no poder mejorar, innovar, encargar muchas de ellas a una empresa tercerizadora o trabajadores tercerizados, la carga laboral y previsional que no puede aligerarse desestimula la inversión y la posibilidad de creación de empresas. Ello sin contar la reserva del patrono a ingresar personal por las razones antes expuestas, incluyendo la estabilidad absoluta, inamovilidad, mayor exigencia salarial y necesidad de ajuste de tabulador de cargos y escala de salarios y contratación por tiempo indeterminado.

Al finalizar el desarrollo de este capítulo se puede afirmar que se ha logrado el objetivo de precisar el alcance, adecuación y consecuencias en las relaciones laborales y el Derecho del Trabajo de la Tercerización que ha sido normada en la LOTTT, encontrando en definitiva una falta de adecuación a los postulados del Derecho del Trabajo en su esencia protectora del hecho social trabajo, arrojando consecuencias que se consideran perjudiciales a los intereses de los trabajadores, patronos y al Derecho Laboral, dado su alcance restrictivo, excesivamente conservador y por demás excesivo respecto a la prohibición de la tercerización y disposición de un elenco de situaciones que se corresponden de acuerdo al legislador con la simulación y fraude laboral.

Por demás la Tercerización normada en la LOTTT dista de aquella considerada mundialmente reconocida, existente y regulada en otros Países con miras a coadyuvar con la reorganización empresarial, adaptación tecnológica y estructural, competitividad y posicionamiento de las empresas en el mercado local internacional y en definitiva global.

Conclusiones

Como manifestación de la ola flexibilizadora de las últimas décadas, se produjo la descentralización empresarial como estrategia de gestión, basada en tres aspectos que son, la fragmentación y externalización de actividades que integran un ciclo de producción; la contratación de contratistas y proveedores externos en vez de trabajadores dependientes; y la coordinación global de las actividades por parte de la empresa principal.

Dicha descentralización empresarial se dirigió tanto al producto como al proceso, permitiendo disponer del número adecuado de trabajadores según las variaciones del mercado, adaptar el proceso de producción de un bien a los cambios tecnológicos y permitir al trabajador contar con mayor autonomía, responsabilidad y organización independiente con disminución o eliminación de figuras de jefatura.

Es una realidad que en las empresas aun teniendo una plantilla adecuada desde el inicio de sus operaciones, el tiempo hace que se produzcan ineficiencias en costos que tienden a superarse a través de varias medidas, una es la rotación y la posibilidad que el trabajador desarrolle varias tareas y se traslade a diversos sitios para la consecución de estas, lo que se espera aumente la productividad y baje el costo operativo. Otra medida es a la automatización de los equipos para reducir la cantidad de puestos de trabajo y a veces cuando todo esto es infructuoso, la otra medida que se toma es que se ven forzadas las empresas a cerrar los centros de producción por ser muy onerosos en relación a los beneficios laborales, para trasladarse a países de menor costo.

Así, siendo la Tercerización parte de la descentralización productiva y atendiendo a la historia que en el presente estudio se ha descrito respecto a los años 70 y con mucho más énfasis los 80, es propicio resaltar que la misma aparejó un problema, el cual fue su uso para evadir las obligaciones patronales, ya sea porque la empresa Tercerizadora carecía de medios y estructura organizativa, o porque se utilizaba para encubrir la verdadera voluntad de las partes. Por ello, las autoridades de muchos países, regularon la Tercerización, estableciendo responsabilidad solidaria entre las empresas, deber de verificación que la empresa

prestadora del servicio cumpliera con las obligaciones patronales y homologación de las condiciones individuales de trabajo entre los trabajadores de las dos empresas, así como el tipo de actividad que pudiera ser objeto de Tercerización.

Tales regulaciones atendían a una finalidad de reorganización empresarial, con características de especialidad y temporalidad, así como de generación de empleo, permitiendo el acceso a diversos sectores de la economía, fomentando la estabilidad en el trabajo, sin olvidar la debida protección de los trabajadores conforme a las normas del Derecho del Trabajo.

Sin embargo, Venezuela reaccionó haciendo rígida su normativa laboral y basándose en el *Principio de la Primacía de la realidad sobre las formas o apariencias*, so pretexto del abuso patronal se produjeron restricciones como la eliminación de las Empresas de Trabajo Temporal, que luego se consideraron intermediarias y posteriormente se eliminaron y recientemente se consideró a la Tercerización como simulación o fraude laboral cometido por el patrono, con el objeto de desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

Es por ello que en la presente investigación se presentaron objetivos específicos y generales que abordaron el tema de la Tercerización normada en la LOTTT y resaltaron su importancia y vigencia.

Así las cosas, después de transitar por el estudio de la Tercerización comprendida en esa descentralización productiva, su noción, definición, causas, ventajas, desventajas, actividades sujetas a Tercerización, observar su regulación en otros países y sus experiencias, se considera que se logró el primer objetivo de la investigación al describir la evolución histórica de la Tercerización y su estipulación normativa en el Derecho del Trabajo extranjero, concluyendo que su existencia es una realidad y necesidad en la organización de las empresas, que con buen propósito puede ser regulada y amparada por el Estado en función de lograr instaurar mayor oportunidad de empleo, acceso al trabajo y permanencia en el mercado laboral, logrando la productividad y a su vez conllevando a la rentabilidad y competitividad de la empresa en su rama y competitividad respecto a los países en el mercado global, ya que contar con una legislación que considere

a la Tercerización como viable, representaría un incentivo de inversión y propulsión económica.

Sin embargo, pese a su existencia y necesidad, a través del estudio de las diferentes figuras relacionadas con la misma en el Derecho del Trabajo venezolano, partiendo de las empresas de trabajo temporal, los intermediarios y los contratistas, se logró el segundo objetivo de la investigación, al analizar la evolución normativa relacionada a la Tercerización existente en Venezuela, concluyendo que si bien la Tercerización puede comprender ciertas flexibilidades de condiciones de trabajo, para mayor adaptación del servicio, que pueden favorecer tanto a la empresa como al trabajador, no debe llevar aparejado la desmejora de condiciones salariales, prestacionales ni previsionales, por lo que la definición de Tercerización y prohibiciones normadas en la LOTTT no encuentran adecuación respecto al propio régimen normativo laboral venezolano, ni respecto a los postulados de la Organización Internacional de Trabajo y no se corresponden con la noción de Tercerización normada en otros países, que ha sido una solución legislativa y gubernamental para garantizar el respeto a los derechos de los trabajadores en un proceso de reorganización empresarial.

Es una realidad que la Tercerización existió en nuestro país desde los años 50, dada la actividad de las contratistas petroleras, siendo que en el tiempo, empresas del Estado han recurrido a esta figura para la contratación de ciertos servicios, como es el caso de Petróleos de Venezuela, S.A.; Siderúrgica del Orinoco “Alfredo Maneiro”C.A.; Aluminio del Caroní, S.A.; Corporación eléctrica Nacional; Agropatria Venezuela; Lácteos Los Andes; así como Gobernaciones y Alcaldías. Asimismo, la tercerización ha acompañado a las creaciones de misiones, cooperativas, empresas de producción social y de responsabilidad social y finalmente se ha fomentado a través de las pequeñas y medianas empresas denominadas Pymes.

Pese a su presencia y necesidad en Venezuela, se ha prohibido y se busca sancionar severamente al patrono que incurra en simulación o fraude laboral, lo que se ha considerado se corresponde con la definición de tercerización; sin embargo, existe en otros países, como en el caso de México, que ha destacado

como soluciones para empresas, en lo que se refiere a procesamiento de nómina, administración de personal y su contratación ya sea temporal o permanente. Todo ello que se corresponde con el aumento de productividad, mejora de calidad y eficiencia de las empresas a través del capital humano capacitado para desempeñar ciertas actividades y servicios.

Se llega a concluir respecto al cuarto objetivo de la investigación al interpretar la consagración constitucional y estipulación de la simulación y fraude laboral en la LOTTT que se disiente respecto a la correspondencia de la definición de la Tercerización con el fraude laboral, más se indica que como quiera que la legislación deja abierta la posibilidad de efectuar la contratación de una entidad contratista para ejecutar obras, servicios o actividades de carácter permanente y necesarias para el proceso productivo de la contratante, dada las características de inherencia y conexidad de las mismas, se deben establecer indicios de fraude y limitaciones al contratista, todo lo cual pudiere devenir en el desarrollo del Test de indicios sugerido por el profesor Cesar Carballo Mena, en el contexto de establecer que situaciones de prestación de servicios o ejecución de obras efectuadas por un tercero se considerarían con ánimo simulatorio o fraudulento, toda vez que las prohibiciones y la determinación de la Tercerización como simulación o fraude laboral ya han sido estipuladas en la novísima Ley del Trabajo, en su artículo 48.

Considerando el Test de indicios de Carballo y sugiriendo la incorporación de otros indicios referentes mayormente a los grupos de empresas, con aras de presentar una gama sólida de situaciones que en el devenir de la historia del Derecho del Trabajo venezolano se han observado que se han utilizado para atentar y vulnerar los derechos laborales y se han tratado incluso a nivel de jurisprudencia acudiendo al ya citado Test de la laboralidad en relación a la condición de trabajador dependiente y al Levantamiento del velo corporativo, en el caso de los grupos de empresas y la adjudicación de las responsabilidades y otorgamiento de beneficios a los trabajadores, se recomienda seguir estos indicios:

Primero: La identidad temporal, espacial y material de la obra o servicio con la esencia de la actividad productiva. Si se trata de una actividad permanente

del ente contratante y se ejecuta en las instalaciones del mismo, puede arrojar dudas acerca de la autonomía de la contratista.

Segundo: Los elementos o recursos propios y suficientes para poder efectuar la obra o prestar los servicios, siendo que sería dudoso considerar la autonomía de la contratista si la misma no es la titular de los recursos o los mismos resultan insuficientes para poder efectuar tal labor.

Tercero: La organización autónoma del proceso productivo sin injerencia del beneficiario o ente contratante, puesto que la incapacidad funcional del contratista arrojaría un evidente poder organizacional, disciplinario y direccional del contratante demostrando la ausencia de autonomía del contratista.

Cuarto: La asunción de riesgos es un elemento de suma importancia que denota independencia y autonomía.

Quinto: La cuantía de la retribución debe ser suficiente para considerarse una ganancia real por el servicio prestado por la contratista.

Sexto: El antecedente laboral del contratista consiste en determinar si el ahora prestador de servicios vinculado al ente contratante o beneficiario por una relación distinta a la laboral, fue con anterioridad trabajador del ente contratante, en cuyo caso puede ser dudosa su autonomía.

Séptimo: La pluralidad de clientes del contratista, independientes entre sí, lo que se considera una nota característica de la autonomía.

Octavo: La naturaleza de las actividades que ejecuta el contratista debe revestir características de especialidad y por tanto suficiente experticia y conocimiento, al punto que fuese necesaria su contratación.

Se pueden incluir otros aspectos a esta lista de indicios como sería:

Noveno: La fecha de constitución de la empresa contratista con respecto a la de la contratante. Por cuanto que puede arrojar ciertas dudas si la misma fue posterior a la de la contratante.

Decimo: La constitución y composición accionaria de la contratista coincidente con la de las empresas relacionadas directamente con la empresa contratante. Ello pudiera arrojar ciertas dudas respecto a la autonomía de la contratista.

Décimo Primero: Los órganos de dirección de la contratista coincidentes con los de las empresas relacionadas directamente con la empresa contratante. Se pudieran generar dudas en relación a la autonomía de la contratista.

Décimo Segundo: Desarrollara la contratista actividades que estuvieran estrechamente relacionadas con las desplegadas con empresas relacionadas directamente con la contratante. Se arrojarían dudas en relación a la autonomía de la contratista.

Décimo Tercero: Los beneficios otorgados por la contratista a su personal. Si los mismos vulneran los derechos laborales o constituyen desmejoras de beneficios o condiciones de trabajo, pudiera resultar un indicio de simulación o fraude laboral.

Ahora bien, lo cierto es que este Test de la tercerización o de indicios de tercerización entendida como simulación o fraude laboral, puede aplicarse apoyándose en el Principio de la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias y por ello es que cuando se descendió al estudio del referido Principio se logró el tercer objetivo de la investigación, al precisar su consagración constitucional y estipulación en la normativa laboral venezolana, concluyendo que la esencia de la externalización está dada tanto respecto a aquellas actividades que permitan disponer de recursos que hoy no tienen las empresas y no están dispuestas a adquirir o formar, como a ayudar a aumentar la capacidad de producción en situaciones de emergencia; al igual que podría disminuir el costo dada la importante y alta escala de producción de los contratados, siendo a su vez que el contratado pudiera coadyuvar a aumentar la línea de productos y servicios ofrecidos por la empresa contratante e inclusive mejorar la atención a los clientes y sus necesidades de mercado, toda vez que las actividades a externalizar pueden estar siendo atendidas por personas que aportan un escaso valor estratégico al producto final, siendo mayor el rendimiento de la empresa cuando se ejecuta esa actividad por un tercero especialista que cuando se realiza internamente.

Ahora bien, ya desde el año 1999 se advertía por los destacados especialistas para la Comisión Europea bajo la coordinación de la Universidad de

Carlos III de Madrid, en el Informe conocido como Supiot, que la tercerización pudiera estar acompañada de fraude social y por tanto se advertía de la ilicitud.

Se debe propender a evitar la utilización de la tercerización con ánimo defraudatorio y para ello se considera adecuado el establecimiento de restricciones respecto a su uso, tales como la extensión de condiciones y beneficios laborales a los trabajadores que son otorgados por la empresa principal para sus trabajadores de plantilla; prohibir la simple provisión de personal; exigir requisitos de formalidad y escritura de los contratos; la obligación informativa a los trabajadores de la empresa tercerizadora como a los de la empresa principal, a sus representantes y organizaciones sindicales acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y las actividades que serán desplegadas, así como la responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto al pago de los derechos y beneficios laborales y previsionales, y adicionalmente el acceso a la sindicación y los componentes que la integran. La finalidad debe ser de inclusión y evitar las desigualdades sociales.

Por lo tanto, considerando viable un Test de indicios, a casi tres años de la promulgación de la LOTTT, sorprende que no se haya producido una decisión del Tribunal Supremo de Justicia que interpretara el alcance de la norma que prohíbe la tercerización ni se haya producido el Reglamento de la LOTTT, máxime cuando se torna confusa la noción de inherencia o conexidad de la obra de la contratista respecto de la actividad desarrollada por el beneficiario, debido a su posible identificación con el presupuesto establecido en el número 1 del elenco de prohibiciones establecidas en el artículo 48 LOTTT considerándose como simulación o fraude laboral, siendo que el mismo texto legal en la parte *in fine* del artículo 50, establece que la contratación de obras o servicios inherentes o conexos se considerarán tercerización, solo cuando sirvan al propósito de simular la relación laboral y cometer fraude a la ley, por lo que la inherencia o conexidad *per se* no podrían considerarse supuestos o indicios de la tercerización prohibida, aun cuando las obras o servicios se realicen habitualmente para el beneficiario, constituyendo la mayor fuente de lucro de la contratista e inclusive se ejecuten de manera permanente.

Finalmente, vinculando todos los aspectos estudiados en el presente trabajo, se logró el quinto y último objetivo al precisar el alcance, adecuación y consecuencias de la Tercerización normada en la LOTTT, tanto en lo que refiere a las relaciones laborales, sus sujetos intervinientes y el Derecho del Trabajo.

Y se concluyó respecto a ese objetivo que la Tercerización, en muchos casos ha implicado desde el punto de vista laboral, algunos cambios en las relaciones de trabajo y ha hecho énfasis en el principio de rendimiento empresarial sobreponiéndolo al principio protectorio de los trabajadores, lo que ha intensificado un conflicto de intereses diferenciados.

Estos efectos perjudiciales observados han sido la dispersión salarial y diferenciación de las condiciones de trabajo entre los trabajadores de la tercerizadora y los de la empresa principal; menor estabilidad en el empleo y existencia de trabajos atípicos respecto a los trabajadores tercerizados; recalificación laboral de todos los trabajadores; sustitución de la regulación laboral de las relaciones de trabajo por otras como las mercantiles en detrimento de los derechos de los trabajadores, y mayor acercamiento de los poderes de decisión a los trabajadores tercerizados. Estas situaciones se han considerado un riesgo para el Derecho Laboral, aun cuando es posible la utilización de la Tercerización como consecuencia de la libertad de empresa, para determinar la estructura organizativa y adecuarla a la competitividad y productividad del sector y ámbito que representa.

Es por ello, que lo que debe promoverse con la tercerización es la posibilidad del trabajador de emplearse y mantenerse productivo en un trabajo que se corresponde con la especialidad y experiencia que él tenga, así como con sus intereses personales, familiares, económicos y profesionales, pasando de ser un trabajador homogéneo y fungible a uno heterónimo e infungible, por cuanto su cualificación se hace más estable.

De igual manera atendiendo a posibilidades más flexibles de contratación, se busca incorporar a la mujer, estudiantes y jóvenes a la fuerza laboral, desvinculándoles de las filas de desempleo o subempleo y economía informal y pese a que sus contrataciones dada las características personales y laborales de los

prestadores de servicios, pudieran corresponder a formas de contratación más flexibles si se les compara con aquellas consideradas típicas dentro del Derecho del Trabajo, no debe relacionarse lo atípico con lo precario, pues hay que buscar una pacificación entre capital y trabajo.

No se debe olvidar que la Constitución de la OIT adoptada en 1919 afirmaba que una paz duradera solo puede establecerse sobre la base de la justicia social y en la Declaración de Filadelfia de 1944 se proporcionó una definición de la justicia social como derecho humano universal de perseguir el bienestar material y el desarrollo espiritual en condiciones de libertad económica e igualdad de oportunidades, siendo por demás imperativo el convertir la realización de la justicia social en el propósito central de la política nacional e internacional.

Ahora bien, en definitiva, entendida la tercerización conveniente en muchos casos, para mejorar procesos de producción dada la especialidad, incorporando valores agregados y alcanzando mayor celeridad y calidad, así como reducir los costos sin que ello implique la desmejora de condiciones, se entiende absolutamente pertinente la aseveración de invertir la ecuación de rentabilidad y competitividad primero que la protección de los derechos laborales, y más bien considerar que el respeto y aseguramiento de condiciones dignas no precarias al trabajador en los servicios a través de la tercerización promoverá y garantizará un incentivo al trabajador, quien con sentido de pertenencia, siendo más productivo y eficaz beneficiará a la empresa en términos de rentabilidad y competitividad.

El ensayo de lograr mayor economía, crecimiento, captación de inversión, posicionamiento en el mercado global pese al esfuerzo de la clase trabajadora no puede en los actuales momentos de la historia y del Derecho del Trabajo cobrar vigencia ni mantenerse, por el contrario debe sincerarse la función protectora y garante de los derechos de los trabajadores en una visión mucho más amplia que la estricta y rigurosa inclusión en las relaciones típicas y moldeadas en la LOTT, pues resulta al final contraproducente observar como tantas restricciones, trabas y cargas a los patronos, resultan desventajosas para los propios trabajadores; y si sumamos la inamovilidad, la estabilidad absoluta, el salario mínimo, la contratación a tiempo indeterminado, la eliminación de las ETT y de los

intermediarios y finalmente la prohibición de la tercerización, aunado a los desincentivos en la seguridad social, seguridad industrial y formación y capacitación, hacen de la esperanza del trabajador de una superación y bienestar social un reto inalcanzable y para el patrono, representa una fuerte y angustiosa situación de mantenerse en el mercado y operación evitando los conflictos laborales exacerbados.

Y en definitiva, respecto al objetivo general de la investigación al analizar el alcance, adecuación y consecuencias de la Tercerización normada en la LOTTT en las relaciones laborales y el Derecho del Trabajo, se concluye que situados en la posibilidad de acuerdo a la LOTTT de efectuarse la tercerización a través de la figura de las contratistas, cabe destacar que concibiendo a las actividades que realizan las contratistas y subcontratistas como de esencia temporales, la problemática se presentará cuando se contraten con empresas para atender no solo aspectos extraordinarios sino necesidades fijas dentro de la actividad normal de la empresa, por lo que siempre y permanentemente será necesaria la mano de obra, pese a que los encargos que la empresa principal dé a la contratista sean temporales, provocando que a su vez la contratista decida contratar también de manera temporal a sus trabajadores, a través de un contrato por obra o servicio determinado.

Esto indudablemente es motivo de reflexión, ya que la LOTTT en su artículo 48, primer numeral, no establece esta situación como un supuesto de contratación temporal sino permanente, y en su normativa ampara a las contrataciones de duración indeterminada frente a las de duración determinada, que se consideran excepcionales conforme a la misma.

También se han considerado otras situaciones desventajosas o problemáticas como por ejemplo la afectación a la estabilidad en el empleo cuando se deja vincular el tiempo de duración del encargo, a la duración de los contratos laborales que mantiene la empresa contratista, es decir una contratación temporal, ello sin contar que en definitiva los trabajadores subcontratados no son trabajadores de la empresa principal, por lo cual no tienen un incentivo de lealtad hacia ésta, lo que afecta el sentido de pertenencia a la empresa, máxime si se trata

de beneficios aplicables y reconocidos que son distintos en cada empresa. Aunado a ello, la subcontratación pudiera eliminar puestos de trabajo, haciendo menos deseables los puestos que son reemplazados y menos valiosos económicamente los puestos subcontratados.

Pese a ello, pareciera que en tanto y en cuanto la actividad o ejecución de obras o servicios no se realizara dentro de las instalaciones de la empresa por parte de estos contratistas, aun cuando sean permanentes relacionadas de manera directa con el proceso productivo y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones en la sede de la empresa, si se podría considerar un supuesto excluido de los establecidos en el artículo 48 LOTTT, lo que significa que no representarían fraude ni simulación laboral.

En realidad, esto es un debate inconcluso, puesto que muchos son los esfuerzos que se emprenden para esclarecer la protección que debe devenir de las relaciones con las contratistas y subcontratistas. Cabe recordar que la OIT discutió en el orden del día de las reuniones de la Conferencia 85 y 86 (1997 y 1998) en el punto del régimen de subcontratación laboral, la insuficiente protección que la misma genera y abrió un debate entre los países que la integran para lograr un consenso, el que no se pudo lograr.

Por todo lo anterior, se concluye que el alcance que conlleva esta disposición legal que prohíbe la tercerización respecto a las relaciones laborales es el de circunscribir y obligar al patrono, a que las actividades que se realizan en su empresa, que conforman la cadena productiva sean esenciales o no esenciales a su proceso y se ejecuten dentro de sus instalaciones, deben llevarse a cabo por trabajadores dependientes de la misma, siendo forzado a asumir en su plantilla a los trabajadores de la empresa tercerizadora en un lapso no mayor de tres años contados a partir de la vigencia de la LOTTT.

Ello produce una equiparación y uniformidad que no deja de arrojar una problemática frente al caso de trabajos que en razón de avances tecnológicos, innovaciones o especializaciones no pueden ser ejecutados por los trabajadores de planta y que arroja una diferenciación salarial, de beneficios y condiciones y obligaría al patrono que es la empresa principal a reorganizar y componer su

estructura, sus descripciones de cargo y escala de salarios, generando un desbalance económico que el patrono no estaba previsto afrontar, lo que además pudiere representar el acercar o alejar en el escalafón de cargos a los trabajadores, lo que puede ser considerado por ellos como una desmejora de condiciones.

De igual manera, se concluye que el alcance de esta disposición que prohíbe la tercerización respecto al Derecho laboral implica la inclinación rígida y absolutamente conservadora a las relaciones laborales subordinadas, dependientes y remuneradas, en la que el patrono debe agotar todo lo que sea posible para conseguir el perfil del trabajador adecuado a sus necesidades de especialidad y muy a pesar de la complejidad, tiempo y esfuerzo administrativo de búsqueda y captación, no puede adoptar otra vía distinta de contratación, pese a que represente para él, cargas y costos laborales, de infraestructura y organizacionales que no estaba previsto afrontar.

Y en atención a sus postulados contenidos en la LOTTT, puede generar la expectativa de estabilidad absoluta y permanencia en el empleo del trabajador que pese a ser contratado por tiempo u obra determinada considera que la contratación debe ser a tiempo indeterminado, pudiendo el patrono frente a esa situación, no contratar a ese trabajador tercerizado pero adicionar dichas funciones a otros trabajadores de planta, que pueden no estar capacitados para ello, lo que trae como consecuencia no contar con la suficiente estructura, especialización y experiencia en ese determinado servicio o podría representar para el trabajador una inconveniencia el vincularse bajo contrato a tiempo indeterminado en una relación permanente con el patrono, dada las características de dinamismo y competitividad del servicio que presta, también dadas las cargas horarias y condiciones de trabajo que no le permitan la flexibilidad en la ejecución del servicio, no cónsono con sus necesidades personales y familiares.

Al establecer estas reflexiones en relación al alcance de la prohibición de la tercerización se puede afirmar que no está siendo ni será efectiva la protección al trabajo como hecho social ni la garantía a los trabajadores de los derechos establecidos en su favor por la legislación, y por tanto no se adecúa a los postulados de la LOTTT ni a los Convenios de la Organización Internacional del

Trabajo, Números 88 sobre el servicio del empleo; 111 sobre la discriminación en lo que respecta al empleo y ocupación, 122 sobre la política del empleo y 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, que han sido ratificados por Venezuela y se encuentran en vigor.

En definitiva, no se adecúa esta normativa que prohíbe la tercerización a la normativa laboral imperante en el Derecho venezolano, arrojando consecuencias tanto respecto de las relaciones laborales, sus sujetos o personas intervinientes así como respecto al propio Derecho del Trabajo.

Continuando con las conclusiones respecto al objetivo general de la investigación en lo que refiere a las consecuencias que trae en las relaciones laborales, se observa que tiende a limitarlas, generando cargas laborales a los entes patronales y limitando su estructura organizativa, lo que restringe su capacidad de adaptación a las nuevas tecnologías y apertura de mercado y afecta la rentabilidad y competencia.

En relación a las consecuencias que arroja a las personas intervinientes y específicamente a los trabajadores, los mismos pierden oportunidad de acceder a relaciones laborales flexibles y temporales así como adecuadas a su especialidad, y muchas veces no permitiendo su desincorporación de la informalidad, desempleo y precariedad, con afectación de la estabilidad en desmejora de sus condiciones económicas, laborales y calidad de vida.

La consecuencia generada respecto a los patronos, es que les restringe su posibilidad de mejorar su estructura organizativa y productiva, ya que ante la necesidad de un personal especializado en determinada área que no posee y que no logra integrar en su plantilla, o ante la falta de una estructura específica apta para desarrollar alguna actividad de innovación tecnológica, una solución viable es el encargo y por ende traspaso de esa actividad productiva especializada a una empresa o prestadores de servicios que realmente la conozcan y manejen.

Y finalmente, se observa que las consecuencias respecto al Derecho del Trabajo, son que se aleja de su propósito y genera una contracción, desestimulación y desprotección a la clase trabajadora que devienen no solo en desempleo y disminución de la estabilidad y limitación de modalidades de

relaciones laborales sino también por la limitación de la demanda de fuerza de trabajo por parte del patrono dada las cargas y restricciones para la incorporación y mantenimiento de los vínculos laborales.

Más allá del aspecto laboral, no se pueden obviar las consecuencias económicas que pueden generar la asunción de trabajadores tercerizados o la necesidad y efectiva contratación de personas para dar frente a todas las actividades especializadas y por ello la adaptación de infraestructura y gasto en instalaciones, remodelaciones, adaptaciones como adquisición de insumos o maquinarias, y ello se trata de lo que puede encarecer el precio del bien que produce esa empresa o del servicio que presta para poder nivelar la carga económica y también mantener su rentabilidad y competencia en el mercado frente a las otras empresas de la rama.

Todas las reflexiones que se han efectuado se basan en la necesidad y existencia de un encargo legítimo a prestadores de servicios especializados y formalmente constituidos y operativos, pues en el entendido que se tergiversara esa situación y el mismo patrono hubiese creado la tercerizadora para defraudar los derechos laborales y así abaratar costos, se consideraría un fraude a la ley y una simulación con las consecuencias establecidas en la LOTTT.

Sin embargo y a pesar que el camino para establecerlo ya estaba previsto en la normativa, entiéndase el Principio de la realidad sobre las formas, el Principio protectorio del trabajador, la simulación o fraude a la ley como figura existente en el Derecho, el establecer un elenco de prohibiciones puede aligerar el esfuerzo y vía del trabajador con fines tendentes a su reconocimiento a través de un proceso laboral, para que el órgano competente lo declarara. Aunque esas prohibiciones pudieron haberse normado sin eliminar la figura de la Tercerización, así como en otros países se ha efectuado.

Habrá que observar el desenlace de la norma, la asunción por parte de la empresa principal de los trabajadores tercerizados a fin de evaluar sus consecuencias, toda vez que ya próximo el vencimiento del plazo de tres años establecido en la norma para esa asunción de trabajadores, pareciera que lejos de existir un ánimo de reglamentar la norma o interpretarla, a fin de arrojar un

criterio uniforme que se corresponda con el objeto de proteger al trabajo como hecho social y así garantizar los derechos de los trabajadores; más bien se centra en considerar delito y por tanto sujeto a sanción aquellas empresas públicas o privadas que permanezcan en mora en el proceso de incorporación de los trabajadores a sus nóminas; así lo aseveró en fecha 27 de febrero de 2015, el Presidente de la Comisión de Desarrollo Social de la Asamblea Nacional, Diputado Oswaldo Vera.

Cabe resaltar al respecto que el título de la noticia transmitida por la prensa nacional fue que este año vence el plazo para eliminar la tercerización del empleo, lo que lógicamente obliga a resaltar dos grandes desatinos; el primero la consideración de eliminar la tercerización, cuando en realidad se prohibió hace casi tres años atrás, equiparándose a simulación o fraude laboral. Lo que en realidad llega a su fin, es el plazo para asumir a los trabajadores que ejecutaban un servicio tercerizado. Y el segundo desatino es considerar que lo que supuestamente se elimina es la tercerización del empleo. Esto es muy distinto a considerar prohibida la contratación con la persona en el Derecho del Trabajo que se concibe como empresa tercerizadora o el encargo de servicio u obra tercerizada.

De igual manera habrá que observar los efectos de encargos a contratistas inclusive en casos de actividades de inherencia y conexidad y con esos resultados y su balance siendo positivo o negativo, continuar el estudio y aportes en aras de adecuar el Derecho del Trabajo a las necesidades imperantes de los trabajadores y empleadores como personas intervinientes en las relaciones laborales vigentes.

Referencias

- Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (Coord.) (2009). *Actualidad del Derecho del Trabajo*. Lima: Grupo Arteidea.
- Ackerman, M., Albuquerque, R., De Buen, N., Giglio, W., Montoya, A., Morgado, E.,... Murgas, R.(2011). *El outsourcing. Visión Iberoamericana*. México: Porrúa.
- Alfonso, I. (1999). *Técnicas de investigación bibliográfica* (8^{va} ed.). Caracas: Contexto.
- Alfonzo, R. (2005). *Otras caras del prisma laboral*. Caracas: Texto.
- Alfonzo, R. (2008). *Nueva didáctica del derecho del trabajo*. (14 ed.). Caracas: Melvin.
- Arce, E. (2006). *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Lima: Palestra Editores.
- Arce, E. (2008). *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencia*. Lima: Palestra Editores.
- Avalos, O. (2008). *Jurisprudencia vinculante y de observancia obligatoria. Precedentes de observancia obligatoria en material laboral de la Corte Suprema*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Avendaño, F. (2013). Subcontratación en México. Un pretexto para hablar de globalización, posmodernidad y neoliberalismo. *Revista Venezolana Derecho del Trabajo* (15) *Extraordinaria*, 441-452.
- Balestrini, M. (2006). *Cómo se elabora el proyecto de investigación* (7^{ma} ed.) Caracas: BL Consultores Asociados.
- Bernardoni, M. (2004). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Temas y Tendencias en el Siglo XXI*. Caracas: La Semana Jurídica.
- Bosco, R. (2000). *Para una introducción al Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Universidad.
- Bruzual, G. (2013). *Manual de Derecho Individual del Trabajo. Nueva LOTTT*. Caracas: Ediciones Paredes.
- Cabrera, F. (2013). *Manual práctico sobre: Obligaciones Legales del empleador en Venezuela. Ajustado a la nueva LOTTT*. Caracas: Ediciones Mutare.

- Carballo, C. (Coord.) (1999). *Reflexiones y propuestas en torno a la nueva Constitución. Normativa Laboral y Seguridad Social*. Caracas: Fondo Editorial Nacional.
- Carballo, C. (2001). *Derecho Laboral Venezolano. Ensayos*. Caracas: Publicaciones UCAB.
- Carballo, C. (2003). *Aproximación crítica a la doctrina laboral del Tribunal Supremo de Justicia*. Caracas: Publicaciones UCAB
- Carballo, C. y Parra, F. (Coords.) (2011). *Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social*. (vols.1 - 2). Caracas: UCAB y Universitas Fundación.
- Carballo, C. (2013). *Ley Orgánica del trabajo, los trabajadores y las trabajadoras (LOTTT) y su Reglamento parcial sobre el tiempo de trabajo*. Caracas: Jurídica Venezolana.
- Castillo, J., Abal, J., Díaz, R., y Sánchez, S. (2006). *Compendio de Derecho Individual del Trabajo* (3ª. ed.). Lima: Los Andes.
- Cavazos, B. (1998). *40 Lecciones de Derecho Laboral*. (9ª ed.). México: Trillas.
- Código de Trabajo. (1971). Decreto de Gabinete Panameño No.252 (1971, diciembre 30). *Serie Legislativa 1971 – Pan.1 hasta Ley No.44*, Agosto 22, 1995.
- Código de Trabajo. (1992). Ley No. 1.692. *Gaceta Oficial de la Republica Dominicana* No.9775, mayo 29, 1992.
- Código de Trabajo. (2002). Decreto con fuerza de Ley No.1. *Diario Oficial de Panamá*, julio 31, 2002.
- Código de Trabajo (2002). Decreto con fuerza de Ley No.1. *Diario Oficial de Ecuador*, enero 16, 2003.
- Constitución de la República de Venezuela. (1961). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 662 (Extraordinario), Enero 23, 1961.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.453. Marzo 24, 2000.
- Convenio No. 88 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el servicio del empleo (1948). *Gaceta Oficial* 27.516 (Extraordinaria), Agosto 14, 1964.

Convenio No.111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la discriminación (empleo y ocupación) (1958). *Gaceta oficial* 27.609 (Extraordinaria), Diciembre 3, 1964.

Convenio No.122 sobre la Política del empleo (1964). *Gaceta Oficial* 2.849 (Extraordinaria), Agosto 27, 1981.

Convenio No.156 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Trabajadores con responsabilidades familiares (1981). *Gaceta Oficial* 3.309 (Extraordinaria), Enero 3, 1984.

Convenio No.181 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Agencias de empleo privadas (1997). *Boletín Oficial de la Oficina Internacional del Trabajo* 219, septiembre 13, 1999.

Dávalos, J. (2006). *Derecho Individual del Trabajo*. (15ª ed.). México: Porrúa.

De Buen, N. (2011). *Derecho del Trabajo*. (20ª ed.). México: Porrúa.

De Buen, N. (2007). Perspectivas del Derecho del Trabajo ante las nuevas realidades económicas. *Revista Venezolana de Derecho del Trabajo* (3), 751-762.

Decreto con Fuerza de Ley No.1 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social (2002). *Diario Oficial de la República de Chile*, enero 01, 2003.

Decreto Ejecutivo No. 17 por el cual se toman medidas en relación con los subcontratistas (2009). *Diario Oficial virtual de Panamá* No. 26285 – A, mayo 20, 2009.

Decreto Ejecutivo No.2166 de Reglamento de la Tercerización (2004). *Registro Oficial Ecuatoriano* No.442, octubre 14, 2004.

Decreto Ejecutivo No.2424 que modifica el Decreto Ejecutivo No.2166 (2004). *Registro Oficial Ecuatoriano* No.494, diciembre 12, 2004.

Decreto Legislativo Nro. 1038 que precisa los alcances de la Ley Nro.29245. (2008). *Diario Oficial El Peruano*, Junio 26, 2008.

Decreto Ley Federal del Trabajo. (1969). *Diario Oficial de la Federación de México* Nro. 26, Abril 1, 1970.

Decreto No.342/92 Reglamentación de los artículos 75 a 90 de la Ley 24.013. (1992). *Diario Oficial de la República de Argentina*, Febrero 28, 1992.

Decreto Nro. 8938 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo,

Los Trabajadores y Las Trabajadoras. (2012). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Nro.6.076, Extr., Mayo 7, 2012.

Decreto Supremo No. 003-2002-TR. Disposiciones para la aplicación de las Leyes Nos. 27626 y 27696, que regulan la actividad de las empresas especiales de servicios y de las Cooperativas de Trabajadores. *Diario Oficial El Peruano*, Abril 28, 2002.

Decreto Supremo No. 020 -2007- TR. Amplia artículo 4-A, 4-B y 4-C, del Decreto Supremo No. 003-2002-TR, referido a la Tercerización de Servicios. *Diario Oficial El Peruano*, septiembre 20, 2007.

De Diego, J. (2004). *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. (6ª ed.). Buenos Aires: LexisNexis Abeledo- Perrot.

De Val, A. y Rivero, J. (2003). *Descentralización productiva y Responsabilidades empresariales. El Outsourcing*. Navarra: Aranzadi.

Escorcía, O. (2009). *Manual para la investigación: Guía para la formulación, desarrollo y divulgación de proyectos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. [Libro en línea]. Recuperado de <http://www.scribd.com/doc/12801875/Manual-Para-La-Investigacion-Olavo-Escorcia>.

Espinoza, A. (2010). *Contribuciones a la Reforma Laboral*. Venezuela: Buchivacoa.

Franchi, A. (2013). Régimen de subcontratación laboral en Chile: casos de responsabilidad solidaria de la empresa contratante en materia de accidentes y enfermedades. *Revista Venezolana Derecho del Trabajo* (15) *Extraordinaria*, 425-440.

Gaceta Jurídica, S.A. (2008). Tercerización de Servicios. *Soluciones Laborales. Sistema Integral de Información para Jefes de Recursos Humanos, Asesores Legales, Administradores y Gerentes*. Guía Operativa Peruana (1), 1-78.

Gaceta Jurídica, S.A. (2009). Criterios para la aplicación de la Tercerización. *Soluciones Laborales. Sistema Integral de Información para Jefes de Recursos Humanos, Asesores Legales, Administradores y Gerentes*. Especiales Nuevo tratamiento de la CTS y gratificaciones. Criterios para la aplicación de la tercerización en Perú. 2 (17), 27-29.

Gaceta Jurídica, S.A. (2009). Impacto de la crisis económica en el ámbito laboral Peruano. *Soluciones Laborales. Sistema Integral de Información para Jefes de Recursos Humanos, Asesores Legales, Administradores y*

- Gerentes*. Especiales Impacto de la crisis económica en el ámbito laboral peruano. *Obligaciones laborales* 2009. 2 (13), 5-9.
- García, H. (2013). La Tercerización como problema, desde la perspectiva de los actores sociales y los mecanismos de control de la Organización Mundial del Trabajo. *Revista Venezolana Derecho del Trabajo* (15) *Extraordinaria*, 97-108.
- García, J. (2012). *Sustantivo Laboral en Venezuela*. Caracas: Liber.
- Garrido, A. (2011). *Derecho individual del trabajo*. México: Oxford University Press México.
- Goizueta, N. y Hernández, O. (Comp.) (2010). *Estudios de Derecho del Trabajo. Dos maestros. Dos Homenajes*. Barquisimeto: Horizonte.
- Gómez, F. (2007). *Derecho social y del Trabajo. La empresa y el empleador*. Lima: San Marcos.
- Haro, J. (2005). *Derecho Individual del Trabajo* (2ª ed.) Lima: Rao.
- Hernández, O. (2006). Papel de la legislación en el futuro del Derecho del Trabajo *Revista Venezolana Derecho del Trabajo* (2), 123-144.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2006). *Metodología de la investigación* (4ta ed.). México: McGraw-Hill.
- Ley de Contrato de Trabajo No. 20.744 (1974) *Boletín Oficial Argentino*, septiembre 27, 1974.
- Ley de Contrato de Trabajo No.21.297 (1976). *Boletín Oficial Argentino*, abril 23, 1976.
- Ley de Contrato de Trabajo No.25.013 (1998). *Boletín Oficial Argentino*, septiembre 24,1998.
- Ley de Reforma parcial de la Ley del Trabajo (1945). *Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela* 21.702, mayo 4, 1945.
- Ley del Trabajo (1983). *Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela* 3.219 (Extraordinaria), julio 12, 1983.
- Ley Federal del Trabajo. (1970). *Diario Oficial Mexicano de la Federación*, abril 01, 1970.

- Ley Federal del Trabajo. (1995). *Real Decreto Legislativo Mexicano 1/1995*, marzo 24, 1995.
- Ley Federal del Trabajo. (2012). *Diario Oficial Mexicano de la Federación*, noviembre 30, 2012.
- Ley Orgánica del Trabajo. (1997). *Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela 5.152* (Extraordinaria), junio 19, 1997.
- Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y las Trabajadoras. Decreto 8.938 (2012, abril 30). *Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela 6.076* (Extraordinaria), mayo 7, 2012.
- Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y medio ambiente de trabajo. (2005). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 38.236*, julio 26, 2005.
- Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2002). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 37.504*, agosto 13, 2002.
- Ley 14 por la que se regulan las Empresas de Trabajo temporal. (1994). *Boletín Oficial Español del Estado No.131*, junio 2, 1994.
- Ley 18.099 de Derechos de los Trabajadores (2007). *Diario Oficial Uruguayo No. 27.177*, febrero 7, 2007.
- Ley No.18.251 de Responsabilidad laboral en los procesos de descentralización Empresarial (2008). *Diario Oficial Uruguayo No.27.407*, enero 17, 2008.
- Ley 20.123 que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. (2006). *Diario Oficial Chileno*, octubre 14, 2006.
- Ley 24.013 de Empleo. (1991). *Boletín Oficial de la República Argentina*, diciembre 17, 1991.
- Ley 27.626 de Intermediación Laboral (2002). *Diario Oficial El Peruano*, enero 9 2002.
- Ley 29 por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal. (1999). *Boletín Boletín Oficial Español del Estado No. 170*, julio 17, 1999.
- Ley 29.245 que regula los servicios de Tercerización. (2008). *Diario Oficial El Peruano*, junio 24, 2008.
- Mandato Constituyente No.8 (2008). Eliminación, prohibición de la Tercerización

- Intermediación Laboral, contratación laboral por horas y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo. *Registro Oficial* 330, Suplemento, mayo 6, 2008.
- Marín, E. (2011). Nuevas formas de trabajo y relación de trabajo: una visión comparativa. *Revista Venezolana de Derecho del Trabajo* (11), 127-144.
- Márquez, C. (2012). *El outsourcing a través de Sindicatos*. Mexico: Themis.
- Martínez, A. (2010). *Reflexiones Jurídicas Laborales. Un homenaje al doctor Baltasar Cavazos Flores*. México: Trillas.
- Martínez, J. (2012). *Régimen laboral y fiscal del outsourcing*. México: Fiscales ISEF.
- Mirabal, I. (2012). Breves notas sobre la reforma laboral en Venezuela. *Revista Venezolana Derecho del Trabajo* (14), 35-60.
- Navarrete, A. (2014). Abuso la IP de beneficio fiscal: STPS. (2014,18 de febrero). *El Universal*, B.p.5
- Ochoa, A. (2011). Reformas laborales en Venezuela. *Revista Venezolana de Derecho del Trabajo* (11), 379-404.
- Ojeda, A., Romagnoli, U., Ermida, O., Neves, J., Pasco, M., Sanguinetti, W.,... Quiñones, S. (2009). *Temas centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI*. Perú: PUCP y ARA Editores.
- Ojeda, A., (2007). Evolución y tendencias de la constitucionalización de los Derechos laborales en América Latina. *Revista Venezolana Derecho del Trabajo* (3), 65-92.
- Pascual, M. (2012). *Los secretos del outsourcing. Seis sombreros para gobernar un servicio*. España: Starbook.
- Plá, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo* (3º). Buenos Aires: Depalma.
- Perdomo, R. (1988). *Metodología pragmática de la investigación. Con aplicaciones en las ciencias jurídicas*. Mérida: Consejo de publicaciones de la Universidad de los Andes.
- Pérez, D. (2012). *Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores. Comentado, concordado y jurisprudenciado*. Caracas: Libra.
- Raso, J. (2011). El Derecho del Trabajo y las nuevas tecnologías. *Revista*

Venezolana de Derecho del Trabajo (11), 91-110.

Reglamento de la Ley del Trabajo. *Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela*, 1.631 (Extraordinario), diciembre 12, 1973.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.292 (Extraordinario), enero 25, 1999.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. (2006). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 388.426, abril 28, 2006.

Reglamento de la Ley 29.245 que regula los servicios de Tercerización. (2008). *Diario Oficial El Peruano*, septiembre 12, 2008.

Rendón, J.(2007). *Derecho del Trabajo. Teoría General I.* (2 °).Lima: Editora Jurídica Grijley.

Rubio, V.(2004). *Derecho Individual del Trabajo.* Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

Sainz, C. (2011). Nuevas tendencias de la reforma de la legislación del trabajo. *Revista Venezolana de Derecho del Trabajo* (12), 209-252.

Santos, H. y Santos, V. (2014). *Fundamentos y reforma del Derecho del Trabajo.* México: Porrúa.

Sociedad peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (2009). *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano.* Lima: Editora Jurídica Grijley.

Toledo, O. (2011). *Derecho Procesal Laboral. Principios y competencia en la nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497. Comentarios y notas jurisprudenciales.* Lima: Editora Jurídica Grijley.

Tribunal Constitucional del Peru (2004). Sentencia No.0090-2004-AA/TC. Juan Carlos Callegeri Herazo. Recuperado de <http://Tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

Varela, J. (2013). *Ley Organica del trabajo, los trabajadores y las trabajadoras (Análisis comparativo con la LOT 1997).* Caracas: Legis.

Vásquez, M. (Coord.)(2013). *Jornadas LOTTT. Evaluación del primer año de vigencia.* Caracas: Publicaciones UCAB.

- Vera, A. (2013). Límites a considerar en el uso de la tercerización entre las empresas del mismo grupo: la experiencia peruana. *Revista Venezolana Derecho del Trabajo* (15) *Extraordinaria*, 97-108.
- Villasmil, H. (2007). Los desafíos del Derecho del Trabajo: solamente a manera de exordio. *Revista Venezolana de Derecho del Trabajo* (3), 725-750.
- Villasmil, H. (2007). *Relaciones Laborales: en tiempo presente*. Caracas: Texto.
- Zambrano, F. (2013). *Ley Organica del trabajo, las trabajadoras y los trabajadores*. Caracas: Atenea.