

La Tercerización, Su Declaratoria Y Consecuencias Jurídicas. Outsourcing, Its Declaration and Legal Consequences.

Fecha recepción: 09-09-2022
Fecha aprobación: 20-10-2022

Ramón Darío Sosa Caraballo
Universidad Católica Andrés Bello Guayana
ramón.sosa@sosamartinez.com
<https://orcid.org/0000-0002-5806-9081>

Resumen

La figura de *la tercerización* es incorporada por el legislador en la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y está contenida en su artículo 48 ejusdem, con un enfoque si se quiere punitivo, destacándose que su propósito es evitar la simulación o fraude en la relación de trabajo y castigar a los patronos que incurran en ella. Ahora bien, se ha presentado una problemática por la confusión de los trabajadores, las empresas, estudiantes de derecho y abogados que no conocen con precisión los elementos constitutivos de la tercerización y sus similitudes con otras figuras comunes en el Derecho Laboral venezolano. Esta investigación documental aborda el estudio de la definición, supuestos de procedencia, importancia de la declaratoria y consecuencias jurídicas de la tercerización. Teniendo como norte las decisiones judiciales más recientes, se concluye que misma ley establece que los organismos administrativos y judiciales establecerán las responsabilidades, de modo que, si ninguno de esos organismos ha declarado responsabilidad, entonces, no podría aplicarse ninguna de las consecuencias establecidas en el Bajo esta perspectiva, el eje central de esta investigación documental analiza la tercerización, la importancia de su declaratoria y las consecuencias jurídicas, ya que la ley señala que desde el mismo momento de la publicación en Gaceta Oficial había un lapso de 3 años, para que las empresas incursas en tercerización se ajusten e incluyan en su nómina a los trabajadores tercerizados debiendo asumir los costos y pasivos inclusive retroactivamente, sin embargo, hay una especie de zona gris en la ley, pues no se determina el *terminus a quo* cuando debe tenerse al presunto afectado como un tercerizado.

Palabra clave: Tercerización, simulación, fraude, subcontratación, intermediario.

ABSTRACT

The figure of outsourcing is incorporated by the legislator in the new Organic Law of Labor and Workers, and is contained in its article 48, with a punitive approach if desired, highlighting that its purpose is to avoid simulation or fraud in the employment relationship and punish employers who incur in it. Now, a problem has arisen due to the confusion of workers, companies, law students and lawyers who do not know precisely the constitutive elements of outsourcing and its similarities with other common figures in Venezuelan Labor Law.

This documentary research addresses the study of the definition, assumptions of origin, importance of the declaration and legal consequences of outsourcing. Taking the most recent judicial decisions as a guideline, it is concluded that the same law establishes that the administrative and judicial bodies will establish responsibilities, so that, if none of these bodies has declared responsibility, then none of the consequences established in the under this

perspective, the central axis of this documentary research analyzes outsourcing, the importance of its declaration and the legal consequences, since the law indicates that from the moment of publication in the Official Gazette there was a period of 3 years, so that companies involved in outsourcing adjust and include outsourced workers in their payroll, having to assume the costs and liabilities even retroactively, however, there is a kind of gray area in the law, since the terminus a quo is not determined when the presumed affected as a third party.

Key words: Outsourcing, simulation, fraud, subcontracting, intermediary.

Introducción

La evolución de la actividad comercial y productiva, prácticamente ha obligado a los empresarios y productores a optimizar sus procesos. Esta entre otras, son las razones que hizo que surgieran y se fortalecieran los contratistas como parte de los procesos productivos. Para varios juristas y doctrinarios los contratistas son necesarios porque son una nueva forma de organización del trabajo que procura potenciar la actividad productiva, y concluyen que

La existencia de contratistas dentro de las empresas es un fenómeno que se ha expandido desde las últimas décadas del siglo XX, producto de las nuevas formas de organización del trabajo que buscan centrar los recursos económicos y humanos en las actividades productivas neurálgicas de las entidades de trabajo y dejan a terceros la ejecución de actividades cuya importancia es secundaria y cuyos costos pueden así aminorarse.

Estas formas de organización del trabajo, en muchos casos, precarizan el empleo, por cuanto las condiciones de trabajo de los trabajadores en las contratistas suelen estar debajo de las que gozan los trabajadores pertenecientes a la entidad de trabajo principal, aunado a la inestabilidad laboral y a la carencia de protección en materia de seguridad social y de salud y seguridad en el trabajo. (Oberto, Thania, & Aranguren, Williams, 2020.)

En este mismo sentido, resulta de capital importancia determinar, cuando estamos en presencia de una actividad contractual o en una situación de tercerización de las prohibidas por la ley. Para el Dr. Cesar Carballo, es fundamental que se determine si existe o no tercerización, y sugiere que se realice un *test* de indicios que reconoce el momento en que estamos ante elementos

que revelan la presencia de simulación o fraude. Si se toma en cuenta lo que afirma el autor en referencia, que conforme a los criterios jurisprudenciales y doctrinales hay que entender que se debe evaluar la actividad tomando en cuenta:

1. Identidad temporal, material y espacial: Que la actividad realizada por la contratista tenga carácter permanente, posea vinculación directa con las actividades esenciales propias del proceso productivo o de servicios que se preste y se realice dentro de la entidad de trabajo principal, es un indicio de tercerización
2. Elementos o recursos propios: La contratista no cuenta con los elementos de trabajo o recursos propios necesarios y suficientes para cumplir con la actividad encomendada, por lo tanto, no tiene autonomía funcional, depende de los recursos que le proporciona la contratante para poder dar cumplimiento a la obra o servicio, es un indicio de tercerización.
3. Organización autónoma del proceso productivo: La contratista no cuenta con autonomía suficiente para organizar su labor, se encuentra obligada a seguir instrucciones, con una injerencia predominante en cuanto al cómo hacer la actividad, pasando el contratante a organizar las actividades de la contratista, comprometiéndose nuevamente la autonomía funcional, es un indicio de tercerización.
4. Asunción de riesgos: Los riesgos de pérdidas o deterioros que se producen por el servicio o la obra son asumidos por la contratante y no por la contratista, es un indicio de tercerización.
5. Cuantía de la retribución: El pago recibido por quién es contratado para la ejecución de una obra o servicio implica una ganancia análoga a la que recibiría un trabajador bajo dependencia, es un indicio de tercerización.
6. Antecedente laboral: Quién ejecuta la obra o servicio mediante cualquier figura no laboral bien sea civil o mercantil, fue con anterioridad trabajador de la contratante en las mismas o parecidas actividades, es un indicio de tercerización.

7. Exclusividad del servicio: Quien ejecuta la obra o el servicio lo hace solo para el contratante, no posee una pluralidad de clientes, es un indicio de tercerización.

8. Naturaleza de las actividades: La especialización y complejidad en la ejecución de las obras o servicios es un elemento que desvirtúa la existencia de tercerización por cuanto justifica la contratación externa para cubrir la ejecución de este tipo de actividades, lo contrario constituye un indicio de tercerización (Carballo, 2013: 174-175).

Concluye el Dr. Cesar Carballo que la tercerización, alude, más que a un desplazamiento de actividades fuera de los contornos del centro de trabajo, a una – pretendida- transferencia de responsabilidades organizativas –y por ende patronales- de ciertas actividades necesarias para el cabal desarrollo del proceso productivo que dirige el beneficiario o contratante, independientemente del lugar de ejecución (Carballo, 2017, p.11) .

Otros autores refieren que la palabra tercerización, podría tener otras connotaciones y objetivos, y según Gonzalo Claure (2007), en su obra *Legislación laboral aplicada señala:*

Responde al acto mediante el cual una organización contrata a un tercero para que realice un trabajo en el que está especializado, con el objetivo de reducir costos y evitar a la organización la adquisición de una infraestructura propia que le permita la correcta ejecución del trabajo (p.157)

La Organización Internacional del Trabajo aproxima los conceptos de relación de trabajo multipartita y relación de trabajo triangular con lo considerado como tercerización en el desarrollo de la doctrina venezolana. En tal sentido, se aprecia que una relación de trabajo multipartita, para la Organización Internacional del Trabajo en su escrito *¿Qué es una relación de empleo multipartita? (2020)* se presenta:

“Cuando los trabajadores no están empleados directamente por la empresa a la cual prestan sus servicios, su empleo se efectúa a través de acuerdos contractuales que involucran a múltiples partes. Por ejemplo, cuando un trabajador es cedido y pagado por una agencia de empleo privada, pero el trabajo es realizado para una empresa usuaria.” (p.1).

No se puede negar que, en muchos casos la tercerización o el “outsourcing” (Rothery y Robertson, 1996, p. 231), eran utilizados con fines lícitos, para delegar la responsabilidad de la administración del personal a un tercero y esto era permitido anteriormente en Venezuela, a través de las llamadas Empresas de Trabajo Temporal (ETT). Esto implicaba ceder las tareas de pagar nómina, prestaciones, Seguro Social, Inces, impuestos de los trabajadores, entre otros, eliminando así destinar recursos y esfuerzos para realizar esas funciones administrativas que implican el cuidado requerido en la elaboración de recibos de pago y pormenorizaciones de conceptos cancelados.

Sin embargo, la nueva ley Orgánica del Trabajo los Trabajadores y las Trabajadoras (2012) permite algunas formas de tercerización, lo que prohíbe es, la contratación de servicios a trabajos y trabajadores a través de terceros y menos si tienen que realizar labores permanentes en la empresa beneficiaria, cuando los servicios estén directamente relacionados con los procesos productivos del beneficiario, y esas operaciones no se podrían realizar o serían interrumpidas, sin estas personas o servicios. También Adicionalmente, la ley prohíbe, la contratación de trabajadores a través de intermediarios o entidades creadas por el beneficiario con el propósito de evitar el cumplimiento de las obligaciones del beneficiario o desmejorar las relaciones de trabajo.

En criterio del Dr. Cesar Carballo en el régimen de la ley Orgánica del Trabajo los Trabajadores y las Trabajadoras (2012), se destaca la perspectiva patológica y polimorfa de la tercerización, que están en sintonía con lo preceptuado en los ordenamientos jurídicos de Ecuador y Bolivia:

1. 5. Sobre las referidas especies de tercerización caben las siguientes precisiones:

5.1. La –triple- identidad material, espacial y temporal entre las actividades del tercero y el beneficiario solo se estimará como manifestación de tercerización si entraña ánimo simulatorio o fraudulento por parte del agente: ”.

- Tratándose de una especie del género tercerización debe –imperativamente- reflejar los presupuestos –ex lege- de aquélla;
- El DLOTTT no sanciona expresamente la tercerización sino las conductas de simulación o fraude que la configuran (artículo 535); y

- El artículo 50 DLOTTT admite la licitud de las obras o servicios ejecutados autónomamente por tercero contratado a tal fin, incluso cuando guarden vínculo de inherencia (misma naturaleza) o conexidad (íntima relación) con el objeto del proceso productivo desplegado por el beneficiario.

El fenómeno denominado outsourcing, tercerización o externalización arraiga la necesidad de una entidad de trabajo de optimizar sus procesos a través de la contratación de otra empresa. Así pues, "ello es el resultado de que la firma identifica una posición de su proceso de negocio que podría ser desempeñada más eficientemente por otra persona o entidad jurídica" (Uriarte y Orsatti, 2010, p.3).

Bajo ese entendido, la tercerización resulta positiva, en cuanto aporta a la optimización de los procesos productivos de la empresa y responde a los requerimientos de una economía cada vez más globalizada y competitiva; sin embargo, se presentan cuestiones propias del Derecho del Trabajo que resultan ignoradas por esta práctica puesto que se terminan evadiendo derechos inalienables a los trabajadores. De igual modo, tendrán que resolverse problemas que giran en torno a conceptos como el de unidad económica, empresa y empresario de hoy, en este sentido, surge la necesidad de sancionarse marcos regulatorios que prevean figuras como contratos de colaboración (Saturno Troccoli, 2011), para desarrollar este tipo de prácticas en una forma más humanizada.

La tercerización

Si bien la Ley Orgánica de Trabajo (1997), ya derogada, no preveía disposición expresa de la tercerización, la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT, 2012), que se encuentra en vigencia, si observó una disposición normativa destinada a dilucidar qué se comprende por este concepto. Dicha construcción, sobre lo que es comprendido por tercerización, encuentra sus raíces no en las ciencias jurídicas sino, en las administrativas; en tal sentido, el artículo 47 Eiusdem, partiendo de ese enfoque, contempla que:

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.

Bajo este hilo argumental, es necesario precisar que la ley define incorrectamente lo que es tercerización. En el artículo 47 ejusdem, queda establecida la definición de tercerización y el fraude cometido, como lo mismo. Sin embargo, la tercerización es una cosa y el fraude a la ley es otra.

A los efectos de la nueva LOTTT (2012), la tercerización se constituye como un fraude o simulación con el fin de socavar la aplicación de la legislación laboral. En esta definición legal, establecida en el artículo 47 ejusdem, donde se equipara el concepto de la tercerización, también conocida como outsourcing, con el de fraude y simulación vuelve imperante conocer las dimensiones que comprenden estos conceptos.

En la doctrina hispanoamericana pueden encontrarse algunas definiciones que dilucidan las implicaciones del concepto jurídico de simulación, entre las que se encuentra la esbozada por Ossorio (1981). En dicha definición, que resulta amplia, se entiende que la simulación de actos jurídicos tiene lugar:

cuando se encubre uno con la apariencia de otro, cuando contiene cláusulas que no son sinceras o fechas inexactas, o cuando por el acto se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten (Ossorio, 1981, p. 707)

En cuanto al fraude, parte de la doctrina lo considera como una especie respecto al género simulación. Siendo así, Mujica Zapata (2016) contempla que la legislación venezolana entiende que para la existencia de tercerización también debe existir simulación o fraude con la intención de eludir las disposiciones de las normas jurídicas de contenido laboral.

Por su parte, la definición de tercerización brindada por el artículo 47 de la LOTTT (2012), se observa cónsona con el enunciado de uno de los artículos de la Constitución venezolana que le sirve de asidero. Tal disposición constitucional fue ubicada por el legislador en el capítulo inherente a los derechos sociales y de la familia, haciendo referencia específicamente al rol de los contratistas e intermediarios: La ley determinará 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 (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999).

Supuestos de procedencia de la tercerización.

Como se indicó previamente la tercerización no es una práctica totalmente prohibida en la legislación venezolana, pues, del análisis del artículo 47 de la LOTTT (2012) se infieren algunos de los márgenes más amplios que enmarcan a esta práctica.

Por su parte, el artículo 48 de la LOTTT (2012) enuncia cuatro supuestos que la Ley quiso englobar dentro la Institución de la tercerización, mecanismo históricamente utilizado por algunos empleadores para evadir el cumplimiento de normas laborales. Sobre los cuales, además la Ley Orgánica del Trabajo y la Jurisprudencia tanto de la Sala Constitucional como de la Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ya había previsto y desarrollado un amplio campo regulador, para evitar su práctica.

Ahora bien, de los cuatro supuestos de hecho enunciados en la Ley, el único que constituye una innovación es el primero. Es decir:

la contratación de entidad del 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 (Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, Art. 48.1).

En otras legislaciones latinoamericanas encontramos casos similares, como en Ecuador. Con una estructura similar a la del caso venezolano, el ordenamiento jurídico ecuatoriano inicia su regulación de la tercerización con la disposición de su artículo 327.

Además de ello, la legislación ecuatoriana también contempla la responsabilidad solidaria entre la empresa que presta el servicio y la empresa usuaria, “a su vez también buscando equilibrar la situación del trabajador que se encuentra inmerso en la relación laboral de esta naturaleza a través de la participación proporcional en las utilidades líquidas de la empresa usuaria” (Sanfueti, 2011,p. 344)

En la LOTTT (2012), en forma similar al caso ecuatoriano se establecen los supuestos para que la tercerización sea considerada una práctica prohibida. Es así que entre los que se encuentran los siguientes:

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. (Art. 48, Num. 1 LOTTT).

Al revisar lo escrito respecto al tema de la tercerización en el ámbito venezolano, se puede observar que “hay quienes consideran necesaria la concurrencia de los tres supuestos de hecho previstos en el numeral primero del artículo 48 de la LOTTT” (Mujica, 2016, p. 84) . En este sentido se identifica que: Debe tratarse de obras, servicios o actividades permanentes; encontrarse relacionadas directamente con el proceso productivo; y, que sin su ejecución se afecte la producción.

Ello significa que las labores que se encuentran inmersas en la prohibición de tercerización prevista por la LOTTT, son aquellas que gozan de un carácter permanente en la entidad de trabajo y, además, “se circunscriban al objeto principal de la entidad. Siendo que, de tal forma, la no realización de dichas labores que fueran pretendidas tercerizar resultaría en un impacto negativo para la producción y economía de entidad”. (Mujica, 2016, p. 84).

Siguiendo el orden lógico de lo establecido por el artículo 48.1 ejusdem, es menester abordar la identificación de cuando una actividad, en este contexto, se considera permanente o no. Siendo así, la temporalidad del asunto impone el requerimiento de hallar factores objetivos que indiquen el surgimiento o extinción de la necesidad de realización de las actividades que pretendan ser o no tercerizadas.

Por lo tanto, en acuerdo con Cornejo (2011), se puede hablar de que una actividad es temporal si su ejecución es necesaria mientras la entidad de trabajo se encuentre en operación, a lo que se le añade que dicha necesidad de ejecución debe ser continua o, al menos, recurrente.

En consonancia con esas ideas, el autor citado, esboza las siguientes alternativas de clasificación de las actividades de la entidad de trabajo en función de su duración y relevancia:

Labores principales y permanentes: Son aquellas que están directamente vinculadas con el giro del negocio y cuyo requerimiento es constante en la empresa. Por ejemplo, en una panadería las labores de transformación del trigo en pan. **Labores principales y temporales:** Son aquellas que están directamente vinculadas con el giro del negocio y cuyo requerimiento es solamente eventual en la empresa. Por ejemplo, la cobertura de determinados puestos de trabajo por suplencia u ocasionalidad. **Labores complementarias y permanentes:** Son aquellas que están indirectamente vinculadas con el giro del negocio y cuyo requerimiento es constante en el centro de trabajo. Por ejemplo, las labores de almacenamiento de bienes en una aerolínea. **Labores complementarias y temporales:** Son aquellas que están indirectamente vinculadas con el giro del negocio y cuyo requerimiento es eventual en la empresa. Por ejemplo, las labores de mantenimiento de ciertos equipos (que se llevan a cabo sólo algunos días al año) (Cornejo, 2011, pp. 139-140).

La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante (art. 48, num. 2 LOTTT).

En este apartado se hace alusión a la contratación de trabajadores que se encuentran en nóminas de empresas distintas a la empresa donde presta servicio, siendo esto con el único propósito de evadir obligaciones laborales. Como ejemplo de este tipo de situaciones se pueden observar las denominadas consultoras que facilitan personal a entidades de trabajo habiendo, la primera, contratado al empleado por tiempo determinado, así como las Asociaciones Cooperativas que son creadas para brindar servicios permanentes en las entidades de trabajo.

Consecuentemente, no parece extraño la consideración de la cesión de trabajadores como tráfico ilegal de mano de obra, pese que la tendencia más reciente es hacia la legalización de esta figura en pro de atender a los requerimientos del crecimiento y progreso económico en el marco de la globalización. Ahora bien, la LOTTT prevé diversas disposiciones en relación con la intermediación.

La derogada LOT hace entender que el contratista no se constituye como intermediario. Respecto a ello, la LOTTT, hace armonía tampoco considerar al contratista como intermediario en el sentido previsto por el numeral segundo del artículo 48 ejusdem, pues según el artículo 49 de esta ley se entiende que 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” (LOTTT, 2012)

Concomitantemente con lo anterior, tal fue señalado por esta Sala en sentencia N° 1185 del 5 de junio de 2007, es necesario para que opere la presunción recién mencionada, que concurren trabajadores tanto de la empresa contratista como de la empresa contratante en la ejecución del trabajo, además de que esta se desenvuelva en forma permanente o continua, y, en cuanto a la lucro, que esta actividad represente la mayor fuente regular y no accidental (Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, núm. 1185, 2007) .

Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras. (Art. 48, Num. 3 LOTTT).

Este caso atiende a las situaciones en la cual la entidad de trabajo genera otra sociedad mercantil en aras de escindir las operaciones entre una empresa que atienda a la facturación y otra que se vea comprometida con los pasivos. Por ejemplo, al momento de reclamos de los trabajadores por ante inspectoría, la solvencia de la empresa principal o que factura no se ve comprometida por lo cual no se puede coaccionar al patrono.

Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil. (Art. 48, Num. 4 LOTTT).

En este supuesto de hecho, la legislación venezolana tiene como objetivo evitar las relaciones laborales donde el patrono promueve la creación de firmas personales o sociedades mercantiles por parte del trabajador en aras de contratar ya no con la persona natural que sería objeto del derecho laboral sino con la persona jurídica que sería objeto del derecho mercantil. Así las cosas, esta manipulación de los factores de conexión que darían aplicabilidad a una u otra norma, trata de evitar el cumplimiento, que resulta obligatorio en las relaciones laborales, inherentes al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, incluso, inamovilidad cuando sea aplicable.

Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral. (Art. 48, Num.5 LOTTT).

El enunciado de este numeral del artículo 48 de la LOTTT tiene como finalidad enmarcar todas las demás situaciones donde se evidencie una simulación o fraude que encubra una relación laboral. Un ejemplo comúnmente citado respecto a este asunto es aquel donde una entidad de trabajo arrienda un vehículo a una persona natural quien prestará sus servicios como taxi en las horas y condiciones que establezca el arrendador bajo una relación de subordinación; para tal caso es evidente que se está en presencia de una relación laboral.

Importancia de la declaratoria de tercerización.

Con la entrada en vigencia de la LOTTT y la falta de claridad de la norma, se han generado un sin número de situaciones confusas, que desenlazan en procedimientos estériles que sobrecargan el sistema administrativo y judicial laboral venezolano. Estas situaciones se presentan porque muchos trabajadores e inclusive empresarios no tienen o no conocen los elementos para determinar cuáles de sus contratistas podrían considerarse tercerizados, y si, por el hecho de reunir algunos de los elementos que suponen la tercerización, automáticamente son deudores de pasivos y están obligados a encarar o asumir las consecuencias de la tercerización.

Pues bien, primero hay que tomar en cuenta que debe determinarse si existe o no tercerización. Para ello, la norma señala cuales son los órganos competentes para determinar la responsabilidad de quienes incurran en tercerización y en tal sentido el artículo 47 de la LOTTT (2012) dispone que: “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”.

De lo anterior se deduce que las denuncias que tengan lugar por simulación o fraude en la relación laboral pueden ser tramitadas ante cualquiera de estas dos instancias: el órgano administrativo en materia laboral, que son las Inspectorías del Trabajo, o los órganos judiciales con competencia en materia laboral, que corresponden a los Tribunales del Trabajo. Esta norma es de gran importancia, pues por una parte, la ley en su disposición transitoria dice que los patronos incursos en tercerización, deben incorporar a la nómina a los trabajadores quienes gozarán de los mismos beneficios y derechos. Pero por otra parte, se señala que son los órganos competentes quienes deben declarar si existe o no tercerización.

Bajo esta perspectiva por el solo hecho de tener una contratista o en el caso del trabajador de ser un trabajador que labora para una contratista *per se* no es un tercerizado, pues, de acuerdo a la doctrina de Cooley (2020), en este tipo de situaciones es posible evidenciar que hay una diferencia entre expectativas de derecho y derechos adquiridos . Dicha premisa resulta de amplia importancia en las ciencias jurídicas del sistema de derecho continental para resolver la irretroactividad de la ley.

En ese sentido, es menester distinguir conceptualmente entre las expectativas de derechos y los derechos adquiridos, al ser que las expectativas de derecho son constituidas como intereses subjetivos que pretenden ingresarse en la esfera de los hechos jurídicos o patrimoniales pese a la ausencia temporal de alguno de sus elementos. Mientras que el derecho adquirido se presenta como que se encuentra incorporado en forma definitiva al patrimonio de la persona que sea titular del mismo como resultado de haber cubierto todos los extremos previstos por la legislación para dar nacimiento a dicho derecho.

De modo que, debe entenderse que la tercerización no es un derecho adquirido. Para adquirirlo, la parte interesada debe calificar en las condiciones o estipulaciones establecidas en la ley. Entonces, es menester una declaración de certeza oficial, emitida por el órgano administrativo o jurisdiccional, sobre la existencia de ese presunto derecho, de naturaleza laboral. No puede pretender que con el solo decir del interesado se tenga por sentado que el trabajador es un tercerizado.

En este contexto, hay que tener claro que no pueden pretenderse con el solo decir del trabajador, la existencia de su pretendido derecho de tercerización y concretarlo al pago de supuestos beneficios dejados de percibir, ello en virtud de que este se constituye como una expectativa de derecho y el no decreto de la tercerización equivaldría a condenar al pago de bolívares en favor de una persona que no goza de derecho de crédito sobre esa deuda sino que solo alega tenerlo. De allí que forzoso es distinguir entre el derecho a ser tercerizado, o sea, a tener la cualidad, el título o carácter de tercerizado, y el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación de pago de beneficios supuestamente dejados de percibir.

La LOTTT, claramente establece que la competencia para imponer multas y sanciones a los patronos por los incumplimientos a la normativa laboral, la tiene el órgano administrativo, que en el caso de Venezuela que es la Inspectoría del Trabajo. No obstante, el Tribunal Supremo de Justicia ha tratado de trazar una ruta que defina o perfile la norma, en cuanto al procedimiento que se debe adoptar para establecer la tercerización y si puede ser escogido a elección del solicitante el órgano administrativo o judicial ante el cual dirige su solicitud a los efectos de que sea establecida la tercerización.

Esta tendencia se clarifica a partir de 2015 con una serie de decisiones de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, donde se establecieron los presupuestos de procedencia. Es así como en la sentencia Nro. 01459, el magistrado ponente Emiro García Rosas consolida el criterio según el cual:

Visto lo anterior, considera esta Sala necesario determinar en qué casos los trabajadores y las trabajadoras deberán acudir a los órganos administrativos o a los jurisdiccionales para ejercer su acción y, a tal efecto, precisa:

1. En aquellos casos en los cuales los trabajadores y las trabajadoras invoquen la tercerización como una causal de inamovilidad, corresponderá a las Inspectorías del Trabajo resolver y decidir tales causas, por ser el órgano administrativo encargado en materia de inamovilidad laboral, de conformidad con lo establecido en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. 2. Por otra parte, cuando la tercerización se alegue dentro del marco de una demanda que se suscite con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, de las estipulaciones del contrato de trabajo y de la seguridad social, corresponderá a los órganos jurisdiccionales conocer de dichas reclamaciones, en atención a lo previsto en el artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

De la jurisprudencia antes transcrita se colige que primeramente se debe determinar si existe o no tercerización en el caso planteado, y luego debe determinarse la existencia y condiciones de la relación laboral para que finalmente se pueda determinar las obligaciones. Asimismo, se infiere que la LOTTT pretende otorgarle a los organismos administrativos del trabajo la facultad para dilucidar una controversia de índole legal asumiendo una competencia que ya la tienen atribuida los Tribunales Laborales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29

de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2012), y no señala en su texto la obviedad de la necesidad de otorgar a los particulares el derecho a la defensa y las garantías necesarias para su ejercicio.

Es por ello que se puede concluir que la determinación de la existencia de tercerización recae de manera ineludible en los órganos jurisdiccionales por cuanto se requiere un abordaje de los elementos de hecho que intervienen en la situación, así como el estudio de las diversas normas jurídicas que resulten aplicables al caso. De tal forma, pese a lo señalado en la LOTTT, para una parte de la doctrina y para la jurisprudencia nacional la determinación de la existencia de tercerización en una entidad de trabajo corresponde al Poder Judicial

Consecuencias jurídicas

Ordena la LOTTT (2012) en su artículo 48 *in fine* que, si una empresa incurrió en tercerización debe asumir una serie de consecuencias, sin embargo, esta disposición pretende que las empresas se auto analicen porque, si no hay una declaración de certeza de una autoridad competente que previo el procedimiento legal, establezca que una empresa ha incurrido en tercerización y ha cometido ilícitos, mal podría pretenderse que las empresas se auto incriminen o se declaren culpables, pues no sería cónsono con el derecho constitucional al debido proceso establecido en el artículo 49.5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Necesariamente debe mediar una declaratoria de la autoridad competente que establezca la tercerización. Por tanto, sin una declaratoria de certeza de la autoridad competente no existe un título exigible que acredite la tercerización y sus consecuencias.

De modo que la ley ordena que las entidades de trabajo deban:

En relación al trabajador:

-Debe ser otorgado al personal tercerizado todos los beneficios laborales de los que debieran haber sido partícipes desde la entrada en vigencia de la Gaceta Oficial que contiene el Decreto Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

-Incorporados las personas que resulten objeto de tercerización en la entidad de trabajo a la nómina de la misma. Ello sin perjuicio a lo establecido en la ley sobre el lapso de tres (3) años para que estos sean añadidos a la basa de datos.

-Sea reconocida la inamovilidad laboral para los trabajadores que hayan sido decretados como tercerizados hasta sea incorporado a la nómina de la entidad de trabajo.

En este sentido, es imprescindible, para darle cabida a todos estos supuestos, que el trabajador que se considere inmerso en tercerización acuda ante la autoridad competente para determinar si realmente existe o no tercerización. Y, como corolario, se procedan a reconocer todos los efectos que son procedentes.

En relación a las sanciones administrativas:

De acuerdo a lo previsto en el artículo 535 de la LOTTT, al patrono que se encuentre incurso en los supuestos previstos en el artículo 47 ejusdem, podrán ser aplicadas multas que oscilen entre las 20 y las 360 Unidades Tributarias. Ello sin perjuicio a que pueda ser revocada o negada, la solvencia laboral en virtud del artículo 553 ejusdem.

Conclusiones

La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras no prohíbe totalmente la tercerización, más bien diferencia entre una tercerización lícita (casos de las empresas contratista y empresas de limpieza, seguridad, transporte, tecnología, publicidad y mercadeo, transporte, entre otros.) y la tercerización ilícita que es la que tiene el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

Para que pueda considerarse la existencia de una tercerización ilícita, deben darse las condiciones siguientes: a) Que la contratista ejecute una obra, servicio o actividad con carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante; b) Que la ejecución de dicha obra, servicio o actividad, esté relacionada de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma y, c) Que la subcontratación se haya verificado con la finalidad burlar o defraudar los derechos de los trabajadores.

De manera que, de todo lo que se ha mostrado se puede colegir que, para que nazca el derecho al reclamar pasivos y los beneficios laborales que reciben los trabajadores de la empresa contratante, la autoridad competente debe declarar la tercerización. Si no se ha declarado la tercerización el presunto afectado solo tiene es una expectativa de derecho y por tanto no puede pretender que se le tenga como tercerizado hasta que no haya habido un procedimiento con las garantías constitucionales del derecho a la defensa y la tutela jurídica de las partes.

Adicionalmente, es importante advertir, que a pesar de la sentencia de la Sala político Administrativo que establece que solo en los casos de reenganche debe tramitarse en sede

administrativa, en nuestro criterio los Inspectores del Trabajo no tienen atribuida competencia (jurisdicción) para resolver estos asuntos, pues debiendo verificarse fáctica y jurídicamente la realidad de cada caso concreto, y son los Tribunales del Trabajo quienes tendrían atribuida jurisdicción y competencia para resolver y calificar si existe o no tercerización ilícita, con sus respectivas consecuencias; ello, conforme a la norma del artículo 29 numerales 1 y 4 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Referencias Bibliográfica

- Benavides De Castañeda, Luis, *Las empresas de trabajo temporal y su condición de intermediario laboral: Aspectos doctrinarios y normativos*. En: *Anuario*, Valencia, 2.006, n.º 29: 43-70. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc29/art2.pdf>.
- Carballo Mena, C. (2013). “Breves comentarios en torno al régimen de la tercerización en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras”. En *Jornadas lottt Evaluación del primer año de vigencia*. Magaly Vásquez (Coordinadora). Caracas: ucab
- CARBALLO Mena, César Augusto (2017): Discurso De Incorporación Del Dr. César Augusto Carballo Mena a la Academia De Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/Discurso-de-incorporacion-242.pdf>
- Claure, Gonzalo. 2.007. *Legislación laboral aplicada*. 3.ª ed. Grupo Editorial La Hoguera, Santa Cruz de Bolivia (Bolivia).
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, G.O.E. Nro. 36.860 de 30 de diciembre de 1.999.
- Constitución de la República del Ecuador, R. O. Nro. 449 de 20 de octubre de 2.008, https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.
- Cooley, M. Thomas. *Principios generales de derecho constitucional en los Estados Unidos de América*. Biblioteca Digital Argentina. Consulta de fecha 21 de noviembre de 2.020. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/841>.
- Cornejo, Carlos. *Algunas consideraciones sobre la contratación laboral*. En *Derecho y Sociedad*, Caracas, 2.011, n.º 37: 138-150. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13167>.
- Decreto Nro. 8938 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT), publicado en G.O.E. Nro. 6.076 de 7 de mayo de 2.012.

- Duque-Ceballos, J. L., GONZÁLEZ-CAMPOS, C. H. y GARCÍA-SOLARTE, M.. *Outsourcing y business process desde la Teoría Económica de la Agencia*. En: *Entramado*, Colombia, 2.014, vól. 10, n.º 1): 12-29. <https://www.redalyc.org/pdf/2654/265431574002.pdf>.
- ENTREPEUR. *Terceriza tus funciones*. Entrada publicada por Jorge Villalobos. 3 de mayo de 2.012. <https://www.entrepreneur.com/article/265129>
- Hernández Álvarez, Oscar. (2005). El derecho mercantil y el derecho del trabajo: Fronteras y espacios de concurrencia. *Gaceta Laboral*, 11(1), 51-73. Recuperado en 23 de octubre de 2022, de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972005000100003&lng=es&tlng=es.
- Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT), G.O. Nro. 5.152, de fecha 19 de junio de 1.997.
- Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. Gaceta Oficial 38.236 de fecha 26 de julio del 2005
- Ley Orgánica del Trabajo, Gaceta Oficial 5152 de 19 de junio de 1997.
- Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Gaceta Oficial 6076 de 07 de Mayo del 2012.
- Ley Orgánica Procesal del Trabajo, G.O. Nro. 37.504, de fecha 13 de agosto de 2.002.
- Lucena, Hector, Hernández, Aymara Y Herrera, Josefina. *Movimientos de los trabajadores: tronco común entre sindicalismo y cooperativismo*. En: *Compendium*, Barquisimeto, 2.005: p. 51-71, http://www.ucla.edu.ve/dac/Compendium/revista14/Ensayo_Lucena_2003.pdf.
- Mujica Zapata, Maria Gabriela. *Tercerización Laboral: Práctica prohibida en la Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras*. En: *Observatorio Laboral Revista Venezolana*, Caracas, 2.014, vól. 7, n.º 13: 73-93. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/faces/revista/lainet/lainetv7n13/art4.pdf>
- Oberto, Thania, & Aranguren, Williams. (2020). Una mirada a la tercerización en Venezuela. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 5(14), 79-98. Epub 28 de agosto de 2020. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v5i14.273>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *¿Qué es una relación de empleo multipartita?*. Acceso el 14 de noviembre de 2020. https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/WCMS_536963/lang--es/index.htm
- Ossorio, Manuel. 1.981. *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Editorial Heliasta, Buenos Aires.
- Pró-Rísquez, Juan Carlos. *La Tercerización Y La Subcontratación en el Marco Del Decreto Ley Orgánica Del Trabajo Los Trabajadores Y Las Trabajadoras (LOTTT)*. En: *Derecho y*

Sociedad, Caracas, 2.012, n.º 11: 35-57.

http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/11/deryso_2012_11_107-134.pdf

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, Gaceta Oficial No 38.426 del 28 de abril de 2006

Rothery, Brian Y Robertson, Ian. 1.996. *Outsourcing. – La subcontratación*. México: Noriega Editores.

Sanfueti, Wilfredo. *La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el Perú en América del Sur*. En: *Derecho PUC*, Lima, 2.011, Nro. 68: 336-353, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/2837/2766/>.

Saturno Troccoli, Gustavo. *Tercerización y grupo de empresas en Venezuela*. En: *Gaceta Laboral*, Maracaibo, 2.011, vol. 17, n.º 2: 213-253. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/gaceta/article/view/3807/3806>

Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, núm. 1806, de fecha 3 de diciembre de 2014, expediente núm. 13-1109, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/172333-1806-31214-2014-13-1109.HTML>.

Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, núm. 1185, de fecha 5 de junio de 2007, expediente núm. 06-2168, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/1185-050607-062168.HTM>.

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, núm. 01459, de fecha 10 de diciembre de 2015, expediente núm. 2015-0230, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/183683-01459-101215-2015-2015-0230.HTML>.

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, núm.641, de fecha 29 de junio de 2016, expediente núm. 2016-0033, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/188540-00641-28616-2016-2016-0033.HTML>.

Uriarte Ermida, Orsatti Oscar y Orsatti Alvaro. *Conceptos sobre el trabajo tercerizado*. Documento de trabajo, Red Española Latinoamericana de Trabajo y Sindicalismo, 2.010. <http://www.relats.org/documentos/EATP.EA.ErmidaOrsatti.pdf>