

Una mirada a la tercerización en Venezuela

A look at outsourcing in Venezuela

Thania Oberto

Universidad de Carabobo, Venezuela
thaniamargotoberto@hotmail.com

Williams Aranguren

Universidad de Carabobo, Venezuela
waranguren30@gmail.com

Recibido 12/08/19

Aceptado 30/01/20

Resumen: El presente trabajo busca dar una mirada a la tercerización en Venezuela y tiene como objetivo analizar la tercerización en el contexto legal venezolano. Para ello, es preciso identificar primero cuándo estamos en presencia de un contrato de trabajo y diferenciarlo de otros contratos civiles y mercantiles de prestación de servicios. Segundo, es preciso establecer cuándo existe simulación o fraude; vale decir, cuándo hay tercerización. Y, por último, es preciso examinar las relaciones triangulares de trabajo. Para lograr los objetivos propuestos se hizo una investigación documental y de nivel descriptivo, con énfasis en la normativa legal que regula la materia. Se concluye que el fenómeno de la tercerización en los términos de la legislación laboral implica siempre la precarización del empleo, porque quién busca evadir el cumplimiento de las obligaciones laborales genera la pérdida de derechos laborales para los trabajadores involucrados. Por ello, resulta sumamente importante, para alcanzar la justicia social, que el Estado busque eliminar los vacíos y vaguedades existentes en la normativa legal que regulan esta materia, con el fin de favorecer la labor interpretativa

de los jueces en materia de tercerización y así evitar la evasión de las obligaciones laborales y, por ende, garantizar la protección legal de los trabajadores tercerizados.

Palabras Clave: Tercerización, contrato de trabajo, relaciones triangulares.

Abstract: This essay seeks to look at outsourcing in Venezuela, aims to analyze the outsourcing in the Venezuelan legal context, for which it is necessary to first identify when we are in the presence of a work contract and differentiate it from other contracts provision of services civil and commercial; second to establish when there is simulation or fraud, that is to say when there is outsourcing and finally to examine the triangular relations of work. To achieve the proposed objectives, a documentary and descriptive level research was carried out, with emphasis on the legal regulations that regulate the subject. It is concluded that the phenomenon of outsourcing under the terms of labor legislation always implies the precariousness of employment, because who seeks to evade compliance with labor obligations generates the loss of labor rights for the workers involved. It is therefore of utmost importance to achieve social justice, that the state search to eliminate the emptiness and vagueness in the legal normative that regulates this matter in order to facilitate the interpretative work of judges in matter of outsourcing and thus contribute to there is no evasion of labor obligations and therefore guarantee the legal protection of outsourced workers.

Keywords: Outsourcing, employment contract, triangular relationships.

Sumario: I. Introducción. II. El contrato de trabajo y otros contratos civiles y mercantiles de prestación de servicios. 2.1 Definición y elementos del contrato de trabajo. 2.2 Diferencias entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza civil y mercantil de prestación de servicios. III. La simulación y el fraude en el contrato de trabajo. IV. La triangulación de las relaciones laborales. 4.1 Situación jurídica de los trabajadores bajo relaciones triangulares. V. Conclusiones. Bibliografía. Páginas web consultadas.

I. Introducción

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.

La legislación venezolana permite la existencia de contratistas, siempre y cuando esta figura no sea utilizada para eludir las obligaciones laborales de los patronos, en cuyo caso se estaría en presencia de la tercerización, la cual consiste en la simulación o el fraude cometido por un empleador a fin de evadir u obstaculizar el cumplimiento de la normativa laboral.

En este sentido, conviene precisar todos los elementos que permiten identificar la existencia o no de la tercerización. Si bien existen imprecisiones en los textos normativos que pueden afectar la interpretación adecuada de la normativa legal que la regula, es indispensable establecer aquellas figuras legales con las que puede confundirse y poder delimitar sus caracteres definitorios.

II. El contrato de trabajo y otros contratos civiles y mercantiles de prestación de servicios

2.1. Definición y elementos del contrato de trabajo.

La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT, 2012) define el contrato de trabajo en los siguientes términos:

Artículo 55. El contrato de trabajo, es aquel mediante el cual se establecen las condiciones en las que *una persona presta sus servicios* en el proceso social de trabajo *bajo dependencia, a cambio de un salario justo*, equitativo y conforme a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y esta Ley. (Énfasis nuestro.)

Con base en la definición legal planteada, pueden distinguirse los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo. En primer lugar, se tiene la prestación del servicio ejecutada por la persona del trabajador; es decir, el patrono contrata a un ser humano en su total integridad para que cumpla una labor con sus actitudes y capacidades. En palabras del Dr. Rafael Alfonso Guzmán (2000), el empleador contrata a una persona física para que desarrolle una labor “con su inteligencia, su destreza, su capacidad profesional y, no con poca frecuencia, su simpatía de comunicarse, su buena fama, su sentido de responsabilidad” (p. 69).

Otro elemento a considerar es la dependencia o subordinación jurídica, considerado el elemento distintivo esencial del contrato de trabajo. En cuanto a la subordinación jurídica, Hernández y Richter (2005) plantean que para la doctrina en general es entendida como:

La obligación que tiene el trabajador de sujetarse al poder directivo del empleador, quien, en ejercicio de su facultad de organizar y dirigir la empresa, puede dar órdenes al trabajador, fiscalizar su cumplimiento y tomar medidas disciplinarias cuando el trabajador incurra en faltas. (p. 57)

Por consiguiente, es la dependencia o subordinación jurídica el elemento esencial que distingue el contrato de trabajo de otros contratos donde también puede conseguirse la prestación de servicios. Ésta, sin embargo, no se realiza en condiciones de dependencia o subordinación. En otras palabras, el prestador de servicios no se encuentra sometido a ninguna limitación vinculada con la supervisión y seguimiento del cómo, cuándo y dónde debe ejecutar la actividad laboral, que puedan conllevarle a un procedimiento sancionatorio por faltas cometidas –situación que sí ocurre en el contrato de trabajo.

Adicionalmente, la subordinación jurídica debe concebirse como una

prestación de servicios por cuenta ajena, motivo por el cual las ganancias o beneficios económicos generados por la prestación de servicios subordinados pertenecen al patrono. Por lo tanto, es él quien dispone del producto final generado por la labor del trabajador y, a la vez, asume los riesgos o las pérdidas que generados de la actividad económica que dirige en su condición de patrono.

El tercer elemento es el salario, considerado en materia laboral como el derecho que tiene el trabajador de percibir una remuneración por la labor ejecutada que le permita vivir dignamente y cubrir las necesidades materiales, sociales e intelectuales, tanto suyas como de su grupo familiar.

2.2. Diferencias entre el contrato de trabajo y otros de naturaleza civil y mercantil de prestación de servicios

Los tribunales laborales venezolanos, de manera reiterada en sus sentencias, han sentado abundante jurisprudencia que permite establecer diferencias precisas entre el contrato de trabajo con otros contratos, entre los cuales se destacan los siguientes:

Contrato de Arrendamiento

El Código Civil de Venezuela lo define del siguiente modo:

Art.1.579: El arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes contratantes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble, por cierto tiempo y mediante un precio determinado que ésta se obliga a pagar a aquélla.

La presente definición refleja con claridad las diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento. Sin embargo, se presentan situaciones en la realidad que sugieren la duda razonable entre si existe o no un contrato de trabajo. Entre otros casos, pueden citarse las situaciones vinculadas con algunos taxistas, donde existe realmente una relación de subordinación entre el propietario del vehículo y el taxista; ello lo convierte en trabajador dependiente. No obstante,

el dueño del vehículo realiza un contrato de arrendamiento, con el cual quiere simular una relación distinta a la de un contrato de trabajo: quiere mostrar que existe un arrendamiento, cuando en la práctica el taxista no tiene el uso y disfrute pleno de la cosa arrendada, en este caso del vehículo, además de estar sometido a la dirección y, por tanto, al seguimiento de las órdenes e instrucciones emitidas por el propietario del vehículo.

En estos casos, y sobre la base del principio del Derecho del Trabajo de Primacía de la realidad o de los hechos sobre las formas o apariencias, corresponde al juez analizar los hechos que ocurren en la práctica diaria de la relación existente, y decidir sobre la existencia de la subordinación jurídica y, por consiguiente, declarar la existencia de un contrato de trabajo con independencia del formalismo existente mediante el contrato de arrendamiento suscrito que pasa a ser solo algo aparente.

Contrato de cuentas en participación

Esta figura mercantil se encuentra establecida en el Código de Comercio de Venezuela de la siguiente manera:

Art. 359. La asociación en participación es aquella en que un comerciante o una compañía mercantil, da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todas las de su comercio. Puede también tener lugar en operaciones comerciales hechas por no comerciantes.

Cuando se efectúa un contrato de cuentas en participación, las partes involucradas se relacionan en un plano de igualdad, no existiendo por ende subordinación alguna; quien se asocia a través de esta figura mercantil participa tanto en las pérdidas como en las ganancias del negocio. En la práctica este tipo de contrato es también utilizado para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales, observándose personas que participan solo de las ganancias, y no de las pérdidas; esto en función del aporte real y laboral que brindan al negocio, presentándose

un trabajo subordinado que no se ubica precisamente en igualdad de condiciones entre el comerciante propietario y el asociado en participación.

Contrato de comisión

Al igual que el anterior, este tipo de contrato mercantil está regulado por el Código de Comercio de Venezuela, que define la palabra comisionista de la siguiente forma:

Art. 376: Comisionista es el que ejerce actos de comercio en su propio nombre por cuenta de un comitente.

En este sentido, cabe resaltar que el contrato entre el comitente y el comisionista es un contrato de mandato. Según el Diccionario de la Real Academia Española, el mandato es un “Contrato consensual por el que una de las partes confía su representación personal, o la gestión o desempeño de uno o más negocios, a la otra, que lo toma a su cargo”.

Partiendo de los supuestos anteriores, el comisionista actúa en nombre propio, como si fuese el propio comitente, si bien está obligado a seguir órdenes e instrucciones. No obstante, si en algún momento creyere que, al cumplir una determinada orden, le pudiese colocar en riesgo o causar un daño grave al comitente, puede suspender su ejecución, con la condición de darle aviso apenas tenga oportunidad. Inclusive si ante situaciones imprevistas no llegase a tener instrucciones, debe proceder a favor de los intereses del comitente, como lo haría ante un negocio propio; esta libertad llega incluso a la posibilidad de delegar la comisión en un tercero, claro está, respondiendo por su delegado (GOLDSCHMIDT, R. 1979: 123).

Las características expuestas del comisionista lo diferencian del trabajador subordinado. Sin embargo, hay ocasiones en que, a pesar de existir un contrato de comisión, el comisionista tiene tantas limitaciones en su accionar que no puede gestionar el negocio en nombre propio, y en la práctica no es más que un

trabajador subordinado, convirtiendo entonces dicho contrato en un contrato de trabajo.

Contrato de obras

El Código Civil de Venezuela establece una definición de esta modalidad de contrato en los siguientes términos:

Artículo 1.630.- El contrato de obras es aquel mediante el cual una parte se compromete a ejecutar determinado trabajo por sí o bajo su dirección, mediante un precio que la otra se obliga a satisfacerle.

Según esta definición, se confunde a menudo el Contrato de Obra de naturaleza civil con el contrato de trabajo para una obra determinada establecido en el Art 63 de la LOTTT. De ahí la importancia de establecer las principales distinciones entre ambos. Para ello utilizaremos los planteamientos del Dr. Rafael Alfonso Guzmán:

1.- En el contrato de trabajo para una obra determinada, el interés del patrono o empleador está en la progresiva actividad que es desarrollada por el trabajador durante la ejecución de la obra o del servicio; por lo tanto, sobre la base de la subordinación, el patrono establece condiciones de modo, lugar y tiempo; así, puede exigir desde su celebración hasta la terminación el cumplimiento del contrato, estableciendo los procedimientos que el patrono juzga necesarios para la ejecución de la obra, incluyendo el lugar y los momentos del día en que el trabajador debe ejecutar la obra, a fin de que el patrono pueda también supervisar su ejecución. En cambio, en el Contrato de Obras en materia Civil, el principal interés de quien contrata está en el resultado final de la actividad realizada por el contratista; y, por consiguiente, éste tiene autonomía para decidir el conjunto de actividades que considere más adecuada para el logro de ese resultado final, y no necesariamente deben ser ejecutadas directamente por el contratista, aunque sí bajo su dirección.

2.- En el Contrato de trabajo para una obra determinada el patrono tiene la potestad de modificar o de sustituir las órdenes e instrucciones realizadas; por otra

parte, en el contrato de obra de naturaleza civil, el contratante no puede cambiar de manera unilateral las órdenes e instrucciones dadas al contratista sobre el resultado final establecido antes.

3.- En el Contrato de trabajo para una obra determinada, el riesgo es extraño al trabajador y exclusivo del patrono, por cuanto el patrono es quien establece las condiciones de trabajo y suministra la materia prima, los materiales, equipos y herramientas para la ejecución de la actividad laboral por parte del trabajador. En caso de daño o deterioro de la obra que se ejecuta, solo el patrono asume las consecuencias que se generen de tal destrucción, pues es él quien asume los riesgos. En cambio, en el Contrato de Obra de naturaleza civil, el riesgo de pérdida, deterioro o destrucción de la obra antes de su entrega, corre por cuenta del contratista, y ello le impedirá cumplir con la entrega del resultado final que es la obra ejecutada y, por ende, se produce el incumplimiento del contrato de obra con sus respectivas consecuencias legales (2000: 121).

Contrato de sociedad

El contrato de sociedad se define, según lo establecido en el Código Civil, como:

Artículo 1.649.- El contrato de sociedad es aquel por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada uno con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común.

En cuanto a las diferencias entre el contrato de sociedad y el contrato de trabajo, pueden detallarse las siguientes:

1.- En el contrato de sociedad se requiere la formalidad para que esta adquiera personalidad jurídica y para que surta efectos contra terceros. (Art. 1.651 C.C.), en cambio el contrato de trabajo es informal, puede celebrarse de manera oral y tiene plena validez. (Art. 58 LOTTT).

2.- En el contrato de sociedad los socios no están subordinados entre sí, en cambio el trabajador se encuentra subordinado al patrono.

3.- En el contrato de sociedad por la naturaleza del contrato, los socios participan tanto de las ganancias como de las pérdidas en los términos libremente pactados, en cambio en el contrato de trabajo el trabajador no participa de las pérdidas y en cuanto a las ganancias estas pertenecen al patrono y la participación que pudiese tener el trabajador en la utilidad de la entidad de trabajo con fines de lucro se encuentra limitada a los topes y condiciones establecidos en la Ley (Art 131 LOTTT).

III. La simulación y el fraude en el contrato de trabajo

En un primer momento se hará un análisis de la simulación y el fraude en el contrato de trabajo según lo establecido por la doctrina, para después especificar cómo están reguladas estas prácticas en la legislación venezolana. En este sentido, el Dr. Carballo, C. (2008) plantea que las prácticas simulatorias: “Son aquellas dirigidas a distorsionar (o mejor encubrir) los caracteres esenciales de dicha relación con la intención de que *–prima facie–*¹ se le atribuya una naturaleza disímil, generalmente civil o mercantil” (p. 169). En otras palabras, se busca disfrazar el contrato de trabajo y hacerlo parecer, entre otros, un contrato de arrendamiento, comisión, cuentas en participación, de obra o de sociedad.

Asimismo, y en razón del estatus desigual que tienen las partes en el contrato de trabajo, por cuanto los intereses del patrono y del trabajador son distintos, se tiene que los elementos constitutivos de la simulación en el contrato de trabajo serían los siguientes:

- 1.- Una declaración disconforme con la realidad, por cuanto los hechos relacionados al modo como se presta el servicio se encuentran desvinculados de los supuestos necesarios del contrato formalmente celebrado (comisión, arrendamiento, entre otros); se busca la deslaboralización de la prestación de servicios.
- 2.- En materia laboral, la simulación es unilateral. Es concebida e impuesta por el patrono al trabajador como requisito previo para el nacimiento del contrato, por lo cual a la persona se le informa la manera en que prestará sus servicios

¹ A primera vista.

(por ejemplo, contrato de comisión), y éste acepta tal contratación, a veces por desconocimiento, y en otros casos tolera tal situación como única opción que le permite obtener los medios de subsistencia para él y su grupo familiar.

- 3.- El patrono lleva a cabo la simulación con el ánimo de engañar a los órganos jurisdiccionales y, por lo tanto, no asumir obligaciones de naturaleza laboral.

El objetivo principal de las prácticas simulatorias es negar la existencia de la relación jurídico-laboral y con ello evadir el cumplimiento de las obligaciones legales y asegurar la improcedencia de las sanciones.

En cuanto al fraude, el DRAE lo define como: “Acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros”. En este orden de ideas, De Castro, citado por Carballo (2008), expone: el fraude a la Ley consiste en “uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica, amparados en otra dictada con distinta finalidad” (p. 175). Con el fraude no se pretende ocultar o disimular la realidad como en la simulación; el acto que se ejecuta está conforme con la normativa jurídica, pero con él se busca transgredir lo dispuesto en otra norma. Un ejemplo al respecto es el patrono que tiene veinte trabajadores, y, como necesita más trabajadores, decide crear nuevas entidades de trabajo con personalidad jurídica propia para insertar nuevos trabajadores y no incrementar su nómina y, por ende, no cumplir, entre otras, con la obligación de mantener un centro de educación inicial (Art. 343 LOTT).

Entre los casos más utilizados en la República Bolivariana de Venezuela para cometer fraude a la ley en materia laboral, se encuentra la recurrencia a intermediarios y contratistas, así como el fraccionamiento de las empresas; el objetivo del fraude es abaratar los costos derivados de la prestación de servicios bajo subordinación, suprimir, reducir o eliminar las responsabilidades que corresponden al patrono en el contrato de trabajo.

Con respecto a la regulación legal de la simulación y el fraude en la legislación venezolana, se observa claramente la responsabilidad que tienen los órganos administrativos y judiciales en la identificación de estas prácticas y en la determinación de la responsabilidad que corresponda. En este sentido, se establece en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras lo que se entiende por tercerización:

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.

A fin de determinar la existencia o no de tercerización el Dr. César Augusto Carballo (2013), recomienda aplicar un *test* de indicios que reconoce el momento en que estamos ante elementos que revelan la presencia de simulación o fraude. En tal sentido, se tendrán en cuenta los siguientes criterios al momento de evaluar las actividades desarrolladas por entidades de trabajo, llámense “contratistas”, dentro de empresas contratantes para la ejecución de obras o la prestación de servicios:

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).

Así pues, es indispensable observar de manera reflexiva las ejecuciones de obras o servicios hechas por entidades de trabajo consideradas contratistas dentro de las entidades contratantes con el fin de identificar la existencia de los mencionados indicios y, por tanto, establecer responsabilidades en materia de obligaciones laborales.

IV. La triangulación en las relaciones laborales

Hernández y Richter (2002) definen las relaciones triangulares como “todas aquellas relaciones jurídicas que involucran a un trabajador que presta servicios cuyos productos no son recibidos materialmente por su empleador, sino por un tercero con el cual éste ha pactado la entrega de tales productos” (p. 41). Por su parte, De la Garza (2005) refiere que:

Se trata de aquellas circunstancias en las cuales una empresa encarga a otra la realización de parte de su proceso, ya sea externalizando o incluso dentro de la misma empresa y que las personas

que elaboran esa parte del proceso, en la vía de los hechos tienen menores derechos sociales que aquellos que se quedaron en la empresa inicial (p. 24).

Hoy en día, podría decirse que es una práctica común el hecho de que las empresas recurran a terceros para la prestación de servicios. Esta práctica se evidencia de manera más notoria con la marcada tendencia de la globalización y la flexibilización laboral, observándose la desfragmentación de las empresas en la búsqueda de la competitividad y, con ello, la aparición de estrategias para desregular o hacer fraude a la Ley. Es allí donde aparecen las “relaciones triangulares”.

Tal como refiere De la Garza (2005):

estas nuevas formas de relacionarse entre empresa y trabajadores, en muchos casos, no tienen nada de nuevas, sino que han existido desde hace muchos años. Lo que les da la característica importante hoy en día, es que han proliferado cualitativa y cuantitativamente. Es decir, ha habido una explosión de formas de relacionamiento que existieron desde hace muchos años, pero que hoy en día se presentan en mayor número (p. 16).

En este contexto, la relación de trabajo “típica” bajo dependencia o empleo regulado, en la cual el trabajador tiene un salario, seguridad social, vacaciones, utilidades y otros beneficios socioeconómicos, se hace cada vez más “atípico”, presentándose situaciones en las que el trabajador no cuenta con un centro de trabajo (permanente o temporal) donde realizar sus funciones, sin horario de trabajo fijo, no está sujeto a una dependencia o supervisión directa, entre otras. Por otra parte, De la Garza (2005) manifiesta “las normas laborales, las normatividades sociales, el derecho del trabajo y la seguridad social, aparecen como normas obsoletas y rebasadas; como un esquema protector que ya no es funcional a la realidad en la que estamos viviendo” (p. 20).

Hernández y Richter (2005) plantean que en Venezuela se presentan cinco tipos de relaciones triangulares:

1.- Contratos de obras propiamente dichos: en los cuales la empresa contratante o propietario de la obra, encarga al contratista la ejecución de una obra determinada (a parte de

ella), especificando las características de la obra y fijando un tiempo para su ejecución y un pago, siendo la obligación del contratista ejecutar la obra tal cual como se ha pactado entre las partes, organizando el proceso de trabajo, aportando (todo o en partes) los materiales necesarios, pudiendo contratar personal, trabajando a su libre accionar sin recibir órdenes del contratante.

2.- Contratos de obra para la ejecución de partes: se parece a la modalidad anterior, con la diferencia de que ya no se trata de la ejecución de una obra propiamente dicha, sino que se contrata a una empresa para que ejecute partes del proceso. Por ejemplo, fabricar los envases en que venden los productos que elaboran.

3.- Contratos de servicios: la empresa contratante encarga a una empresa la ejecución de determinados servicios que se llevan a cabo dentro o fuera del ámbito espacial de la empresa, tales como vigilancia, limpieza, jardinería, mantenimiento de equipos, servicios de contaduría, asesorías, entre otros.

4.- Contratación de personas a través de intermediarios: los intermediarios contratan trabajadores actuando en nombre propio, sin embargo, el beneficiario es otra persona natural o jurídica, quien no participa en la dirección ni en la gestión en la realización de las actividades.

5.- Contratación a través de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT): éstas empresas están encargadas de contratar trabajadores para suministrarlos a un tercero por tiempo temporal, siendo que éste último no tiene ninguna relación laboral con los trabajadores contratados. No obstante, ésta figura legal ya ha sido desestimada de la normativa jurídica venezolana.

De lo anterior se deriva que, por sí mismas, las formas de triangulación no representan una violación a la normativa jurídica en materia laboral. Por el contrario, se ajustan a la dinámica del trabajo globalizado y sus intrínquilis, sirviendo como mecanismo para responder a la desfragmentación de las empresas y las necesidades de producción de bienes y servicios, ajustados a las demandas del mercado y la búsqueda de la rentabilidad en las empresas. Sin embargo, el problema surge a partir de las prácticas que hacen los administradores o patronos de estas formas jurídicas, utilizadas en muchos casos para simular, desvirtuar e incluso hacer desaparecer la relación de trabajo, con lo cual el trabajador queda en un limbo jurídico en donde se le dificulta probar la relación laboral y exigir el cumplimiento de sus derechos. Esta práctica, como se ha dicho, es cada vez más frecuente.

Estos mecanismos de triangulación se han extendido de manera generalizada, al punto de que hoy en día es muy raro encontrar que en una gran empresa los servicios de vigilancia, jardinería, mantenimiento de máquinas, equipos e instalaciones, entre otros, sean propios de la entidad de trabajo. Así como en las empresas comerciales, la fase de comercialización se externaliza y en comercios y empresas de servicio pequeñas, la contabilidad es llevada por terceros. En todas estas circunstancias, se “desdibujan” las relaciones de trabajo “típicas”. Así encontramos muchos ejemplos, tales como los trabajadores de otras empresas que llenan los anaqueles y promocionan los productos en tiendas (perfumerías, licorerías), supermercados, centros turísticos y recreativos, entre otros, en los cuales los trabajadores, además de mantener una relación laboral con su empleador o patrono, se vinculan y relacionan con una o más empresas en el proceso de prestación del servicio en relaciones triangulares y hasta tetraangulares.

4.1. Situación jurídica de los trabajadores bajo relaciones triangulares

Hay que dejar claro que los trabajadores que se ven envueltos en relaciones triangulares prestan sus servicios bajo la subordinación a un patrono y, por tanto, sujetos del Derecho del Trabajo. Vale la pena resaltar lo contemplado en los artículos 35 y 40 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras (2012), referente a la definición de trabajador dependiente y patrono:

Artículo 35. Se entiende por trabajador o trabajadora dependiente, toda persona natural que preste servicios personales en el proceso social de trabajo bajo dependencia de otra persona natural o jurídica. La prestación de su servicio debe ser remunerado.

Artículo 40. Se entiende por patrono o patrona, toda persona natural o jurídica que tenga bajo su dependencia a uno o más trabajadores o trabajadoras, en virtud de una relación laboral en el proceso social de trabajo.

Lo anterior indica que estos trabajadores deben gozar de todos los beneficios

contemplados en la ley, enmarcados siempre dentro de los supuestos legales de las contrataciones con terceros sin caer en la simulación o el fraude. De lo contrario, caerían en la tercerización, definida por la LOTT en su artículo 47, antes descrito.

El artículo 48 de la LOTT expresa la prohibición de la tercerización, y, por tanto, no queda permitido la contratación de empresas para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la empresa contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo; la contratación de trabajadores a través de intermediarios, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante; las entidades de trabajo creadas por el patrono para evadir las obligaciones con los trabajadores, así como los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil.

Iranzo y Richter (2006) plantean casos de triangulación lícitos pero que generan problemas de protección:

los problemas que presenta la subcontratación laboral no son solo producto de las acciones fraudulentas, de los incumplimientos o de las ambigüedades de la legislación pues (...) ésta ha venido experimentando reformas para facilitar su uso, con lo que se han creado serios problemas de protección a los trabajadores implicados... (p. 132).

Es así como en las entidades de trabajo surgen dudas cuando trabajadores que pertenecen a diferentes empresas en un mismo espacio realizan funciones similares, “ajustándose en apariencia al marco de la legalidad” (IRANZO y RICHTER. 2006, p. 132). Lo mismo ocurre en el caso de las contratistas (si trabajan o no con sus propios elementos), el servicio de vigilancia (cuando se contrata un servicio de vigilancia externo especializado, pero se tienen al mismo tiempo vigilantes internos), mantenimiento (igual al caso de la vigilancia), entre otros.

De acuerdo a los Arts. 49 y 50 de la LOTT, la contratista que ejecuta obras o servicios con recursos propios, y con trabajadores bajo su dependencia, no se

considerará intermediario o tercerizadora, salvo que exista inherencia o conexidad con propósitos de fraude o simulación.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su Art. 94, se establece que le corresponde al Estado determinar las responsabilidades de los patronos. En este sentido, Oberto, T. (2010) plantea que es labor del Estado: “establecer sobre quién recae la condición de patrono y por ende a quién o a quiénes se les debe atribuir la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones laborales nacidas de la relación de trabajo” (p. 335). Es aquí donde debe reforzarse la labor de los órganos administradores de justicia.

V. Conclusiones

El fenómeno de la tercerización en los términos de la legislación laboral implica siempre la precarización del empleo, porque quien busca evadir el cumplimiento de las obligaciones laborales genera la pérdida de derechos laborales para los trabajadores involucrados. Por ello, es de suma importancia, para alcanzar la justicia social, que el Estado elimine los vacíos y vaguedades existentes en la normativa legal que regulan esta materia, a fin de favorecer la labor interpretativa de los jueces en materia de tercerización y evitar así la evasión de las obligaciones laborales y, por consiguiente, garantizar la protección legal de los trabajadores tercerizados. Asimismo, deben generarse procedimientos expeditos que realmente permitan el cumplimiento de los mandatos legales, por cuanto la lentitud y los retardos en los procedimientos de protección a los trabajadores tercerizados han permitido que estos, por necesidad o por incertidumbre, negocien con sus patronos la terminación de la relación de trabajo y, por lo tanto, no se logran los objetivos de protección establecidos en la ley.

Bibliografía

- Alfonzo Guzmán, R. (2000). *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo*. Caracas: Editorial Melvin.
- Carballo Mena, C. (2008). *Derecho Laboral venezolano*. Caracas: UCAB.
- 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 LOTT Evaluación del primer año de vigencia*. Magaly Vásquez (Coordinadora). Caracas: UCAB.
- De la Garza, Enrique (2005). Antiguas y nuevas formas de subcontratación. México. Fundación Friedrich Ebert. Memorias del Seminario: Relaciones triangulares del trabajo (Subcontratación y/o tercerización) ¿Fin de la estabilidad laboral? Efectuado los días 31 de marzo y 1º de abril de 2005 en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Ciudad de México.
- Goldschmidt, R. (1979). *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas: Ediar venezolana, S.R.L.
- Hernández Álvarez, O. (2005). “El derecho mercantil y el derecho del trabajo: Fronteras y espacios de concurrencia”. En *Gaceta Laboral*, enero-abril, vol. 11, N° 01, pp. 51-73.
- Hernández, O. y Richter, J. (2002). *El trabajo sin tutela en Venezuela. Nuevas y viejas formas de desprotección laboral*. UCV. Caracas: Impresora Gráfica Nacional.
- Iranzo, C. y Richter J. (2006). *La subcontratación laboral. Bomba de tiempo contra la paz social*. Caracas. Primera Ed. Primera Reimpresión. CENDES-UCV: Editorial texto.
- Oberto Morey, T. (2010). “La subcontratación en los sistemas de relaciones de trabajo y su control por la Inspección del Trabajo”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nueva Época*, N° 6, pp. 325-339.
- República Bolivariana de Venezuela (1955). *Código de Comercio*. Gaceta N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.

República Bolivariana de Venezuela (1982). *Código Civil de Venezuela*, Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982.

República Bolivariana de Venezuela (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.860. Diciembre 30, 1999. Corrección y reimpresión en Gaceta Extraordinaria 5.453, del 24 de marzo de 2000.

República Bolivariana de Venezuela (2012). *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras*, Decreto 8.938 del 30/04/2012. Gaceta Oficial 6.076 Extraordinario del 07 de mayo de 2012.

Páginas web consultadas

<http://lema.rae.es/drae/> (Consulta, marzo 20 de 2019)

Cómo citar el artículo: Oberto, T., Aranguren, W. (2020). Una mirada a la tercerización de Venezuela. *Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, V. (14) pp. 79-98 [https://DOI.org/10.32870/dgedj.v5i14.273](https://doi.org/10.32870/dgedj.v5i14.273)