LA TERCERIZACIÓN EN VENEZUELA: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS

Williams Aranguren
Universidad de Carabobo
waranguren30@gmail.com

RESUMEN

Las organizaciones empresariales en la actualidad y su dinámica, enmarcadas en la globalización económica y sus incidencias, se han soportado en una serie de factores para mantener la eficiencia, la eficacia y la competitividad, clave para su supervivencia, de manera que la tecnología, los procesos productivos, de organización del trabajo y las relaciones laborales, están implicadas en un torbellino de cambios y ajustes, con diferentes ritmos, que no siempre se ajustan a lo establecido en las normativas internacionales y nacionales. Tal es el caso de la tercerización, entendida como una forma de flexibilización laboral, materializada en acciones expresas del patrono tendientes a externalizar actividades o funciones propias de la empresa, con el objeto de desdibujar las relaciones de trabajo y disminuir así los costos laborales. Este artículo tiene por objeto analizar la tercerización en la actualidad y las perspectivas de este estamento legal para el funcionamiento de las organizaciones, entendiéndose como un fenómeno en curso, que amerita discusión.

Palabras clave: tercerización, flexibilidad laboral, externalización, fraude laboral.

THE TERCERIZATION IN VENEZUELA: CURRENT SITUATION AND PERSPECTIVES

Williams Aranguren
Universidad de Carabobo
waranguren30@gmail.com

SUMMARY

Business organizations today and their dynamics, framed in the economic globalization and its incidents, have been supported in a series of factors to maintain efficiency, effectiveness and competitiveness, key to its survival, so that technology, productive processes, labor organization and labor relations, are involved in a whirlwind of changes and adjustments, with different rates, which do not always conform to the provisions of international and national regulations. Such is the case of outsourcing, understood as a form of labor flexibilization, materialized in the employer's express actions tending to outsource activities or functions specific to the company, in order to blur labor relations and thus reduce labor costs. The purpose of this article is to analyze the outsourcing currently and the perspectives of this legal entity for the functioning of organizations, understood as an ongoing phenomenon that warrants discussion.

Keywords: outsourcing, labor flexibility, outsourcing, labor fraud.

Introducción

El modelo de desarrollo industrial, muy acelerado en nuestros días, imprime características muy particulares sobre cómo se realiza el trabajo, considerando no solamente los aspectos técnicos que el mismo implica, sino otros factores humanos directamente relacionados. La globalización desdibuja las formas tradicionales de producción y las relaciones típicas de trabajo para construir escenarios en los cuales la incertidumbre es el signo relevante. Las empresas, su tecnología y por tanto los trabajadores, deben ajustarse permanentemente a contextos complejos en los que las condiciones y el medio ambiente de trabajo están sometidos a permanentes cambios, aumentando los riesgos, generando mayor incertidumbre respecto al futuro, quedando en el pasado el trabajo permanente y duradero dentro de una misma organización.

En el marco de la globalización, las empresas buscan la eficiencia, la eficacia y la efectividad, con lo cual suman competitividad para mantenerse en un mercado cambiante y dinámico, en el que un día se puede estar en la cúspide y en poco tiempo en la bancarrota.

Esa incertidumbre prevaleciente en el contexto externo, lo ha trasladado la empresa a sus relaciones de trabajo. Las políticas de personal con el tiempo han tendido a establecer estrategias diferenciadas, pues ya no están dirigidas mayormente, como antes, a captar personas para que se “jubilen” en la organización. Aunque sigue siendo importante la permanencia en la organización de cierto tipo de trabajadores durante un largo tiempo, sobre todo los especializados, por otra parte, representan un valor la alternancia y renovación de cuadros de trabajadores, para evitar relaciones permanentes de trabajo y el aumento de los pasivos laborales.

Es así que desde décadas atrás, las empresas vienen contratando personal para realizar funciones en su proceso productivo, bajo formas atípicas, es decir, este personal no pasa a formar parte de su nómina propia, ni son acreedores de

la convención colectiva o los beneficios sociolaborales de la misma, sino que estos trabajadores son ingresados a través de vías “alternas”, que adquieren diversas formas, apareciendo figuras que hoy son comunes, como las contratistas, cooperativas y firmas personales, como mecanismos para “achatar” o “adelgazar” la organización, hacer sus organigramas más pequeños y menos burocráticos, externalizando funciones que antes las realizaban personal propio de la empresa.

El problema radica en que esta externalización de las funciones y del personal, se traduce, a nivel técnico y humano, en una incongruencia entre las necesidades de transformación y adaptabilidad de las empresas y la adecuación de los factores de la producción a éstas necesidades, y a nivel jurídico, representa una desmejora en las condiciones de trabajo y empleo, constituyendo una falta a lo establecido en las leyes que regulan la materia.

En este artículo se analizan diversos elementos que forman parte de una dinámica en el mundo del trabajo, como lo es el de la globalización y la flexibilización laboral y que desencadenan en aspectos como el de la llamada tercerización, definida en el artículo 47 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012) (LOTTT) como ...“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.”, entendiéndose como un fenómeno en curso, que requiere de la indagación para develar sus aspectos conceptuales y característicos.

El contexto

La globalización ha sido un fenómeno ampliamente estudiado y debatido en muchos de sus ámbitos: económico, político y social entre otros, considerándose en materia de trabajo como uno de sus principales aspectos, la flexibilización laboral. Con esto se quiere significar que la globalización tiene amplias repercusiones a nivel estructural de la sociedad,

como movimiento de los sistemas a nivel mundial, pero también a un nivel más bajo, manifestándose en los procesos productivos y de organización del trabajo, en el cual se manifiestan aspectos flexibilizadores que no buscan más que la adaptación de las estructuras a los cambios que se producen a nivel macro.

En todo caso, más que la globalización y sus efectos, interesan aspectos de cómo las fuerzas productivas se involucran en esta relación, cómo asumen la flexibilización laboral y, por tanto, cómo actúan en consecuencia. Para entender este proceso, se muestran a continuación algunos aspectos de esta flexibilización:

- Flexibilización de los contratos de trabajo: resultante del establecimiento de contratos de trabajo atípicos que no buscan más que la flexibilización del empleo, concretados a través del establecimiento de manera coercitiva por parte del empleador de condiciones de trabajo tales como empleo a tiempo parcial, empleo eventual, temporal, estacional o la subcontratación laboral.
- Flexibilización de la remuneración: que busca la coordinación de los salarios a las variaciones de la productividad y la demanda del mercado, a través de estrategias como la relación entre remuneración y rendimiento (pago por productividad, comisiones) y fijación de salarios mínimos, lo cual trae como consecuencia la subvaloración del esfuerzo individual y colectivo de los trabajadores, la inestabilidad en la planificación del trabajador por las variaciones en su salario, deterioro del poder adquisitivo, entre otros aspectos.
- Flexibilidad en el tiempo de trabajo: establecimiento de un horario de trabajo flexible, ajustado a las demandas de mano de obra de la empresa, lo cual trae en muchos casos agotamiento físico y mental del trabajador, accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales y poco manejo de su tiempo libre en función de las

necesidades de reproducción social del individuo.

- Flexibilidad en la organización del trabajo: implica la implementación de variados esquemas de trabajo, como la variación del centro de trabajo (la casa u otro local diferente a la empresa matriz), esquemas de trabajo flexibles, trabajador polivalente, delegación de la toma de decisiones sin compensaciones en la remuneración, entre otros aspectos.

Las vías para introducir la flexibilidad laboral son muchas, entre las cuales se pueden mencionar:

- La vía legislativa, quizás la menos frecuente y más conflictiva, pues amerita la reforma, adhesión o supresión de leyes, normas y reglamentos, que traen grandes conflictos por la afectación de diversos intereses.
- La negociación colectiva: quizás una de las más utilizadas, en la cual sindicatos y patronos acuerdan la modificación de las condiciones trabajo, incluso contraviniendo los preceptos establecidos en la normativa jurídica en materia laboral.
- Los contratos individuales de trabajo: frecuente sobre todo en empresas pequeñas, en las cuales el trabajador de manera individual acepta condiciones de trabajo propuestas por su patrono, no teniendo opción a una negociación, bajo la premisa cierta de no acceder al empleo de no aceptar esas condiciones.
- Decisión unilateral del empleador: debido a que la decisión de emplear la tiene el patrono, ofrece a los trabajadores condiciones de trabajo y empleo que de no ser aceptadas, simplemente busca a otros interesados, hasta conseguir al que esté dispuesto a aceptarlas.
- Una combinación de las anteriores, en la cual se pueden presentar diversas formas de introducir la flexibilidad.

Puede deducirse de lo anterior, que la flexibilización laboral, producto de la

globalización, como un mecanismo para adaptarse a los cambios que implica la modernidad y hacerse competitivas las organizaciones frente a las condiciones de los mercados globalizados, más que ajustarse a los parámetros establecidos legalmente a nivel nacional e internacional, por el contrario tienen un perfil de alejarse de la normativa en materia laboral y de derechos laborales, incurriendo en el establecimiento de formas de relaciones laborales que terminan en simulación o fraude a la ley.

Lo anterior trae como consecuencia, la incongruencia entre las necesidades de transformación y adaptabilidad de las empresas a la adecuación de los factores de la producción a estas necesidades, apareciendo formas jurídicas de establecimiento de las relaciones laborales, que hoy se conocen como contratistas, outsourcing, firmas personales y cooperativas, entre otros, que buscan el achatamiento de las empresas y la externalización de sus funciones o el adelgazamiento de sus estructuras.

La tercerización: problemas viejos con nombres nuevos

La tercerización como fenómeno social y mecanismo implementado por las empresas, ya existía desde hace mucho tiempo y estaba contemplado en dos conceptos que reflejaban esta situación: Inherencia y conexidad.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) (CRBV) en sus Principios Fundamentales, se refiere que la educación y el trabajo son los procesos fundamentales para garantizar los fines del Estado, consagrados en el art. 3, como la defensa y el desarrollo de la persona, la construcción de una sociedad justa, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, entre otros.

En tal sentido, el artículo 89 de la C RBV (1999) refiere:

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. 2. Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos... 4. Toda medida o acto del patrono o patrona contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno...

Resulta significativo el hecho de que en Venezuela el trabajo tenga rango constitucional y represente, como se mencionó, unos de los pilares para garantizar los fines del Estado. De allí que no solo la Constitución sino las demás leyes, deberán materializar estos preceptos, en el marco de un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (art. 2 de la C RBV, 1999). El artículo 89 establece la protección del trabajo como un hecho social, garantizando el mejoramiento de las condiciones materiales en las cuales se realiza, la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales, así como la nulidad de todo acto contrario a lo que establezca la constitución. Lo anterior ofrece un marco jurídico en el cual el trabajo y las relaciones laborales pueden dibujar esquemas de interacción que permitan la justicia y la paz en el desarrollo de los sistemas productivos, con su espectro social. Complementario a lo anterior y para profundizar en este sistema de garantías, más específicamente referido al incumplimiento de la normativa laboral, el artículo 94 de la C RBV (1999) refiere:

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 éstos. 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.

Este artículo es muy importante y refleja el avance de la flexibilización laboral frente a las regulaciones establecidas por las leyes en la materia, buscando formas de trabajo atípicas, distantes de las tradicionales, para simular las relaciones laborales y disminuir costos en esta materia. De allí que la Constitución del año 1999, incorporara estos aspectos de la simulación y fraude a la ley, establecido a través de diversas formas jurídicas como las empresas contratistas o intermediarios de la relación laboral.

A tal efecto, aunque al momento de publicación del presente artículo no se ha promulgado el Reglamento de la LOTTT 2012, se puede entender por simulación, todas aquellas prácticas que distorsionan o encubren las características esenciales de la relación de trabajo, para atribuirle una naturaleza distinta, generalmente civil o mercantil. Se pretende negar la relación jurídico-laboral mediante la eliminación de sus elementos característicos que son: dependencia o subordinación, ajenidad y salario o remuneración. En tanto que por fraude se puede entender como todas aquellas prácticas donde se utilizan figuras legales con el fin obtener un resultado que permita abaratar los costos derivados de la prestación de servicio bajo subordinación o suprimir o reducir las responsabilidades del patrono.

Por su parte, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) del año 2012, define la tercerización en su artículo 47

como “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”. Lo anterior tiene correspondencia con lo establecido en el artículo 94 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), referido a la simulación y fraude laboral, y los principios constitucionales de la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias en las relaciones laborales y la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

De lo anterior se podría entender como empresa tercerizadora aquella entidad de trabajo contratada para ejecuta una obra o servicio con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. En la práctica laboral venezolana, se pueden encontrar diversas figuras jurídicas o legales utilizadas regularmente para cometer fraude a la ley o simular la relación laboral, como lo son:

Empresas intermediarias, creadas por el patrono para evadir las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, destinada a la ejecución de obras, servicios o actividades para la entidad de trabajo contratante principal.

Contratistas cuyas obras o servicios inherentes o conexos sirvan al propósito para simular la relación de trabajo y cometer fraude a la ley.

Otras figuras como cooperativas, firmas personales, contratos de cuentas de participación, contratos de arrendamientos de maquinarias y equipos y cualquier otra utilizada por el patrono para la simulación o el fraude.

En consecuencia, podría entenderse por trabajador bajo supuesto de tercerización, como todos los trabajadores y trabajadoras contratados por intermediarias, entidades de trabajo creadas por el patrono y otras figuras jurídicas para ejecutar obra, servicio o actividades propias del proceso productivo de la entidad de trabajo contratante principal donde se presume la simulación o el fraude a la LOTTT (2012).

En correspondencia con lo planteado en la CRBV (1999), la LOTT (2012), prohíbe la tercerización, lo cual quedó plasmado en el art. 48 de la siguiente manera:

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.

Cabe aclarar que no toda empresa contratista es intermediaria o tercerizadora, pues el artículo 49 aclara que estas personas naturales o jurídicas, mediante contrato, se encargan de ejecutar obras o servicios con sus propios medios y con trabajadores y trabajadoras bajo su dependencia, de manera que habría que hacer una distinción entre las empresas que se prestan para ejecutar obras inherentes o conexas, de acuerdo a lo establecido en el art. 50 de la LOTT. Una empresa contratista puede realizar una obra inherente (que participa de la misma naturaleza de la actividad del beneficiario o contratante) o

conexa (relacionada íntimamente y que se produce con ocasión de ella), en cuyo caso, el beneficiario o contratante mantiene responsabilidad solidaria con el ejecutor y los trabajadores de la contratista gozarán de los mismos beneficios de la beneficiaria o contratante principal. En tal sentido, si se determina que la contratación de obras o servicios inherentes o conexos sirve al propósito de simular la relación laboral y cometer fraude a la Ley, se considerará tercerización.

En síntesis, la determinación de tercerización en una empresa radica en establecer si tales actividades contratadas participan de la misma naturaleza que la entidad principal o están relacionadas íntimamente y se producen en relación a ella. Por otra parte, el proceso productivo puede involucrar actividades complementarias, que no constituyen la actividad principal de la empresa aun cuando son necesarias para el cumplimiento de las obligaciones del patrono, como como el servicio de comedor, transporte de trabajadores, la contabilidad, gestión de personal, mantenimiento de instalaciones, mantenimiento preventivo y correctivo de maquinarias y equipos, transporte de insumos o comercialización, actividades éstas que pudieran ser ejecutadas por trabajadores en relación de dependencia directa con el beneficiario o bien ser contratadas a otras entidades de trabajo, siempre y cuando tal contratación no sirva al propósito de hacer fraude a la Ley.

Es elemento clave determinar si la contratista realiza la actividad con elementos y equipos propios y con trabajadores y trabajadoras bajo su dependencia de la contratista, a fin de establecer o negar el propósito de hacer fraude a la Ley.

Del ordenamiento jurídico, así como de las prácticas laborales dentro de las organizaciones, se pueden extraer los siguientes indicadores, que pueden dar visos de la presencia de tercerización en las entidades de trabajo (MINPPTRASS, 2012)

Indicadores de tercerización en las organizaciones

La actividad ejecutada por la entidad de trabajo tercerizada se ha venido realizando de manera permanente y continua en las instalaciones de la entidad de trabajo contratante principal.

La actividad ejecutada por la entidad de trabajo tercerizada está relacionada de manera directa con el proceso productivo de la entidad de trabajo contratante principal.

Si dejase de prestarse el servicio por parte de la entidad de trabajo tercerizada se afectaría o interrumpirían las operaciones de la entidad de trabajo contratante principal.

Los trabajadores de la entidad de trabajo tercerizada realizan exactamente las mismas funciones y actividades correspondientes a trabajadores contratados de la entidad de trabajo contratante principal.

Los modos y medios de producción utilizados por la entidad de trabajo tercerizada pertenecen a la entidad de trabajo contratante.

La actividad ejecutada por la entidad de trabajo tercerizada participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica la entidad de trabajo contratante.

La actividad realizada por la entidad de trabajo tercerizada está relacionada íntimamente con la actividad de la entidad de trabajo contratante principal y se produce con ocasión de ella.

La entidad de trabajo tercerizada ejecuta habitualmente obras o servicios para la entidad de trabajo contratante principal constituyendo su mayor fuente de lucro.

Indicadores de dependencia y subordinación

- Obligación del prestador de servicios a estar a disposición de la entidad de trabajo contratante principal.
- Obligación del prestador de servicios de asistir diariamente a la entidad de trabajo para prestar el servicio, de lo contrario recibe algún tipo de sanción.
- Obligación del prestador de servicios de utilizar formatos, talonarios, facturaciones o

papelería en general perteneciente de la entidad de trabajo contratante principal.

- Uso de ropa de trabajo o uniformes que identifican la entidad de trabajo propiedad de la entidad de trabajo contratante principal. , por parte del prestador de servicios.
- Obligación del prestador de servicios de cumplir con los horarios de trabajo establecidos por la entidad de trabajo contratante principal. .
- El prestador de servicio ejecuta la actividad de manera permanente y continúa.
- El prestador de servicio está sujeto a sanciones disciplinarias por parte de la entidad de trabajo contratante principal.
- La prestación de servicio está sujeta a la dirección y control por parte de la entidad de trabajo contratante principal.
- Obligación del prestador de servicio a seguir las órdenes e instrucciones emanadas de la entidad de trabajo contratante principal.
- El prestador de servicio está sujeto a obedecer los cambios o sustituciones de órdenes dadas por la entidad de trabajo contratante principal.
- El prestador de servicio debe ajustar su actividad a los criterios y parámetros organizacionales establecidos por de la entidad de trabajo contratante principal.
- El prestador de servicio se encuentra incorporado a una estructura organizativa jerarquizada y obedece a sus lineamientos.

Indicadores de ajenidad y remuneración

- La propiedad de los medios de producción pertenece al prestador de servicios
- La entidad de trabajo contratante principal entrega al prestador de servicios las herramientas, materiales y equipos para la ejecución del trabajo.
- Las ganancias o beneficios obtenidos de la actividad ejecutada por el prestador del servicio provienen de manera total o en mayor proporción a la actividad

desarrollada en la entidad de trabajo contratante principal.

- Las pérdidas económicas o resultados adversos que se generen de la prestación del servicio (es de decir los riesgos) son asumidos por la entidad de trabajo contratante principal.
- La actividad del prestador de servicio genera un pago equivalente a una remuneración o salario fijo o relativamente fija y regular.
- El nivel de remuneración del prestador de servicio es análogo a los trabajadores que realizan la misma labor bajo dependencia en la entidad de trabajo contratante principal, incluyendo todos sus beneficios (vacaciones, utilidades, cesta tickets).
- El prestador de servicio cuenta en realidad con una organización empresarial propia.
- El prestador de servicio cuenta con recursos económicos suficientes que le permitan organizar de manera independiente una actividad de producción de bienes o servicios.
- El prestador de servicio realiza la actividad laboral de manera exclusiva para de la entidad de trabajo contratante principal.

La valoración de tercerización en una entidad de trabajo no es cosa sencilla, pues como se desprende de lo anterior, son muchos los indicadores implicados al momento de determinar los supuestos que definen esta condición. En la práctica, para los órganos de la administración pública, responsables de determinar la tercerización, persisten muchas lagunas, como por ejemplo, si se puede determinar tercerización solamente con la presencia de un indicador o es necesario un número de indicadores para tal efecto, de ser así ¿cuáles? Aún quedaría por develar muchas situaciones específicas que se suceden en la práctica cotidiana de las entidades de trabajo y que tiene efectos jurídicos muy importantes y trascendentales para los trabajadores involucrados.

Lo cierto es que el 07 de mayo de 2015 culminó el período establecido por la LOTTT (2012) para que las entidades de trabajo incorporen al personal bajo la figura de tercerización a la nómina fija de la empresa, lo cual representa muchas implicaciones económicas y sociales tanto para las instituciones involucradas como para los trabajadores afectados y no hay evidencias de que las empresas de manera voluntaria hayan cumplido con esta prohibición o que en su defecto, los órganos administrativos y judiciales del trabajo hayan obligado a las empresas a cumplir con estos preceptos constitucionales y legales. De manera que se percibe una especie de ignorancia a la normativa proveniente de ambas partes.

La tercerización como problemática social

La tercerización de muchas maneras representa una problemática social, que tiene adicionalmente importantes implicaciones a nivel jurídico y económico. En términos jurídicos, constituye una forma de desregulación de las relaciones laborales y por tanto un fraude a la ley. Esta situación no es nueva, puesto que desde las entidades de trabajo históricamente se han implementado diferentes artilugios para disminuir los costos laborales, a pesar incluso de simulación en el cumplimiento de la ley.

Desde el punto de vista económico, la tercerización tiene un gran impacto en las empresas contratantes o matrices, pues tener que asimilar a los trabajadores bajo la figura de tercerizados implica aumentos en su nómina fija y, por supuesto, mayores costos laborales y en la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo. Por otro lado, se encuentran las empresas contratistas y las empresas prestadoras de servicio con personal tercerizado, que ejercen funciones en las entidades de trabajo contratantes o matrices. Si éstas últimas asimilan al personal tercerizado, obligan al cierre de empresas, pues las empresas contratistas o prestadoras de servicio se quedarían sin clientes, debiendo despedir a su personal administrativo utilizado para manejar el personal tercerizado y la

contratación con las empresas matrices. Por esta razón, las empresas contratistas y prestadoras de servicios deben redimensionarse pues no tienen capacidad ni posibilidad de asimilar a un contingente de trabajadores tercerizados, en vista de que las funciones que cumplen son principalmente administrativas, pues las actividades operativas se ejecutan en las empresas matrices.

Desde el punto de vista social, aplicar estrategias como éstas por parte de las entidades de trabajo, atenta contra el trabajo decente, tal como lo promueve la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pudiéndose interpretar como una “estafa” al trabajo y al trabajador, en la cual se burlan sus condiciones de trabajo y se afecta su vida económica, familiar y social.

Un trabajador tercerizado no tiene estabilidad laboral, pues es ingresado y despedido de las empresas contratistas bajo el supuesto de un contrato de trabajo por servicios profesionales provisionales o temporales, sujeto a su vez, a los contratos de las empresas intermediarias con las empresas contratantes. Lo anterior conlleva a que por un mismo puesto de trabajo pudieran haber pasado una gran cantidad de trabajadores, a los cuales legalmente, todos tienen derecho a ser asimilados por la empresa contratante si el tiempo de cinco años para el reclamo no ha prescrito de acuerdo a lo establecido en el artículo 51 de la LOTT (2012). Entonces surge una pregunta obligada que habría que hacerse, ¿cómo puede materializarse esta asimilación de los trabajadores tercerizados, cuando por un mismo puesto de trabajo han pasado muchos trabajadores? ¿Cuál es la capacidad que tiene la empresa contratante de absorber en su nómina diaria los costos laborales de estos nuevos ingresos? ¿Cómo pueden los órganos administrativos y judiciales del trabajo garantizar los derechos irrenunciables de estos trabajadores tercerizados?

La tercerización y los órganos administrativos del trabajo

Habría que observar que la estrategia del Estado para intervenir en materia de tercerización, es principalmente las reformas legales implementadas a través de la LOTT (2012), la cual se esperaba fuera cumplida de manera voluntaria por las entidades de trabajo, tal como se establece en el último párrafo del artículo 48 de la LOTT (2012):

... 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.

Sin embargo, aunque no hay datos oficiales, la experiencia en el sector indica que las entidades de trabajo no han realizado estas reincorporaciones, persistiendo el incumplimiento en esta materia. Lo que sí se observa es que las empresas han venido desincorporando de manera progresiva a estos trabajadores tercerizados, contratados a través de terceros.

La situación anteriormente descrita, obliga al Estado a ejecutar estrategias más contundentes para eliminar la tercerización, lo cual se ha venido llevando a cabo a través de las inspecciones laborales, que ha definido un protocolo de inspección en materia de tercerización, sin embargo, las Inspectorías del Trabajo y concretamente sus Unidades de Inspección Laboral, tienen una limitada capacidad técnica, operativa y de recursos humanos para confrontar las dimensiones de este problema y llegar a un término legal satisfactorio, por lo que se observa que estas inspecciones a las entidades de trabajo se han concentrado principalmente en el sector manufacturero, abarcando un número muy limitado de empresas, las cuales a la fecha de realización de la presente investigación, no

cuentan con resoluciones firmes de reenganche de los trabajadores tercerizados. Los sectores comercio y servicio prácticamente no han sido abordados y, más limitado aún, el sector público, en el cual se sabe hay un gran número de trabajadores tercerizados cuyos derechos laborales no han sido restituidos por el mismo promotor de la norma.

Retomando el protocolo de las Unidades de Inspección en materia de tercerización, cabe precisar que se trata de una investigación muy exhaustiva, en la cual se analiza cada una de las empresas contratistas, su relación con la contratante, la incorporación de los trabajadores en la empresa contratante, las funciones que cumple, entre otros aspectos tanto de las empresas como de los trabajadores señalados con anterioridad. Este protocolo culmina con una Providencia Administrativa emitida por el Inspector del Trabajo, máxima autoridad de la Inspectoría del Trabajo, la cual contempla en términos generales los siguientes aspectos:

- Se ordena el cese inmediato de la tercerización por parte de las entidades de trabajo ZZZZZ, C.A y TTTTT, C.A. (se mencionan tanto la empresa tercerizadora como las empresas contratistas con trabajadores tercerizados, que denominaremos “tercerizada”, haciendo la salvedad de que las empresas no son tercerizadas sino los trabajadores que trabajan en ésta para una empresa contratista).
- Se ratifica el goce de la inamovilidad laboral, establecida en la Disposición Transitoria Primera del Título X de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, a favor de los trabajadores XXXXX, (nombres, apellidos y Cédula de identidad de los trabajadores tercerizados), de la cual es responsable la entidad de trabajo TTTTT, C.A (entidad de trabajo tercerizada).
- Se ordena a la entidad de trabajo TTTTT, C.A (entidad de trabajo tercerizada), garantizar el disfrute de los mismos beneficios y

condiciones de los trabajadores y trabajadoras contratados directamente por el patrono beneficiario de sus servicios (debe indicar detalladamente cuáles son esos beneficios en términos económicos y sociales).

- Se ordena a la entidad de trabajo ZZZZZ, C.A, entidad de trabajo tercerizadora la incorporación a su nómina de los trabajadores identificados anteriormente, teniendo como fecha límite para el cumplimiento de esta orden, el 6 de Mayo de 2015, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, a favor de los trabajadores.
- Se ordena la apertura del procedimiento sancionatorio, en los términos consagrados en el artículo 547 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por estar incurrido en la infracción por fraude o simulación de la relación de trabajo, dispuesta en el artículo 535 ejusdem (aplica si incurrió en la práctica a partir del 7 de mayo 2012).
- Notificar a las partes del contenido de la presente Providencia Administrativa.
- Cúmplase la presente Providencia Administrativa, en el lapso referido. Si las entidades de trabajo TTTTT, C.A, entidad de trabajo tercerizada y ZZZZZ, C.A, entidad de trabajo tercerizadora persisten en el incumplimiento de lo ordenado en este Capítulo, se procederá de conformidad a lo dispuesto en el artículo 532 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en concordancia con en el artículo 547 supra; y en caso de desacato de la orden emanada de esta Providencia Administrativa se oficiará al Ministerio Público para que ejecute la sanción prevista en el artículo 538 de la Ley *ut supra*, advirtiéndose a las denunciadas que la Solvencia Laboral les puede ser negada o revocada de no acatar la presente decisión administrativa de conformidad con el artículo 4, literal c del Decreto No. 4248 de

la Presidencia de la República publicado en Gaceta Oficial No. 38.371, de fecha 02-02-2006.

- Contra la presente Providencia Administrativa se podrá interponer recurso de nulidad dentro de los 180 días siguientes a la notificación del acto, de conformidad con el artículo 32 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por los Juzgados de la Jurisdicción Laboral ordinaria, previa certificación de cumplimiento de la presente Providencia Administrativa.

Como se desprende de lo anterior, la Providencia Administrativa se sustenta en la aplicación del protocolo de inspección, activado una vez conocido que una empresa se supone incurre en violación a la normativa en materia de tercerización, con todas las limitaciones que lo mismo supone y que se mencionó anteriormente.

Lo anterior evidencia la complejidad de abordar el tema de la tercerización en Venezuela y lograr la tan ansiada justicia social, pues el débil jurídico (los trabajadores) no cuentan con las herramientas necesarias ni una institucionalidad fuerte para hacer valer sus derechos en un tiempo perentorio, lo que al final se diluye en el desgaste de los trabajadores a la espera de la resolución de los procesos jurídicos, debiendo resolver sus problemas de vida y subsistencia.

A modo de cierre (sin cerrar)

La tercerización en Venezuela y su prohibición, lo cual implica la restitución de la violación a esta normativa a través de la incorporación a la nómina ordinaria de los trabajadores en la empresa contratante, gozando de todos los beneficios sociolaborales, representa un fenómeno complejo que afecta aspectos estructurales de la forma de organización del trabajo y la producción en el país. La aplicación de una medida de tal magnitud, tiene importantes efectos en la composición de la fuerza de trabajo al interior de las empresas contratantes,

aumentando sus costos laborales y la estructura de producción de bienes y servicios.

Lo anterior se materializa en el bajo nivel de cumplimiento por parte de las empresas de esta normativa en materia de tercerización, lo cual es extensible al propio Estado, generador de la norma, el cual ha cumplido muy limitadamente con estas disposiciones.

Por otro lado, resalta la incapacidad del Estado y sus órganos administrativos y judiciales para dar cumplimiento coercitivamente a esta normativa, pues las Unidades de Inspección no cuentan con el personal suficiente para atender la demanda expresa y tácita por parte de los trabajadores tercerizados, lo cual se traduce, en muchos casos, en falta de credibilidad en el sistema para la resolución de los conflictos laborales y la restitución a la violación a la normativa laboral.

Merece atención las circunstancias económicas y políticas por la que atraviesa nuestro país, complejas y que dificultan garantizar un sistema de justicia social teniendo como eje lo laboral.

Por último habría que preguntarse sobre los caminos a seguir. ¿Hay alternativas? La Ley obliga a las empresas contratantes a asumir a los trabajadores tercerizados y ello es independiente de la "situación país", pues se trata de derechos irrenunciables, derechos humanos, que deben ser cumplidos sin mayor dilación.

Referencias bibliográficas

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 36.860, diciembre 30, 1999.

Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012). Gaceta Oficial

La tercerización en Venezuela: situación actual y perspectivas
Williams Aranguren

Extraordinaria de la República Bolivariana
de Venezuela, 6.076, mayo 07, 2012.

Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y
Seguridad Social (MINPPTRASS) (2012).

Indicadores de Tercerización. Caracas,
mimeografiado.