

Reproducido en www.relats.org

TERCERIZACION Y ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

Oscar Hernández Alvarez

2013

Sumario: I. Nuevas y viejas formas contractuales de organizar el trabajo. II. Las diversas formas de externalización empresarial o tercerización. III La contratación externa como forma de tercerización: 1. Problema terminológico. 2. El contrato de obra en las legislaciones iberoamericanas. 3. Responsabilidad laboral derivada del contrato de obras. 4. Responsabilidad solidaria por accidentes y enfermedades profesionales. 5. Igualdad de condiciones entre los trabajadores del contratista con los del contratante. 6. Responsabilidad laboral derivada de la intermediación laboral. III. La prohibición de la tercerización.

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la presencia del fenómeno de la externalización o tercerización, señalando sus principales modalidades de manifestación y

su regulación por la legislación y la jurisprudencia. Tradicionalmente las relaciones laborales se establecían mediante el contrato de trabajo caracterizado como típico, mediante el cual un trabajador se obliga a prestar sus servicios, a tiempo completo, de manera indefinida y generalmente con carácter de exclusividad, a un empleador, en la sede física donde éste desarrolla sus actividades. Este contrato de trabajo típico sigue rigiendo las relaciones laborales de un importante número de trabajadores. Pero ya nos la única figura posible de contratación laboral. A su lado han proliferado modalidades contractuales muy diversas, en algunas de las cuales el trabajador es desplazado al exterior de la empresa.

El presente trabajo se centra en el examen de los dos extremos del espectro de variedades que comporta la externalización o tercerización: la externalización a través del uso de contratistas independientes y la contratación de trabajadores a través de intermediarios, ampliamente extendidas y que se encuentran expresamente reguladas por la mayor parte de las legislaciones iberoamericanas, por una parte y, por la otra, la solución radical por la cual algunas legislaciones han optado en esta materia: la prohibición formal de la tercerización.

I

Nuevas y viejas formas contractuales de organizar el trabajo

La forma tradicional de establecer una relación laboral era mediante el contrato de trabajo caracterizado como típico, mediante el cual un trabajador, con una precisa caracterización individual, se obliga a prestar sus servicios, a tiempo completo, de manera indefinida y generalmente con carácter de exclusividad, a un empleador, que puede ser una persona física o colectiva, pero que también tiene una precisa caracterización individual y quien le paga un salario como contraprestación a las obligaciones que el trabajador asume.

Ese contrato de trabajo típico sigue existiendo en el mundo contemporáneo, pero no es el único, ni siquiera pudiese decirse que es el predominante, ya que, especialmente en los países industrializados, ha perdido presencia frente a otras nuevas formas jurídicas y organizativas de regulación del trabajo. En efecto, la dinámica de las transformaciones en la organización empresarial, ha determinado que mientras uno de los sujetos de la relación laboral, el trabajador, se mantiene inalterable en su caracterización individual, el otro, el patrono, se transforma, se sustituye, se fracciona, en fin, asume modalidades diferentes a la tradicional, lo cual ha implicado que el Derecho del Trabajo ha debido hacer un esfuerzo para considerar las nuevas formas de organización de la empresa a fin de que, por encima de las mismas, subsista la relación de trabajo

dependiente y por cuenta ajena como objeto central de su regulación.

Las nuevas tecnologías introducidas por la informática y la microelectrónica, han contribuido considerablemente a determinar la ineficiencia del sistema organizativo taylorista-fordista para atender los requerimientos de la industria contemporánea, presionada por un mercado muy diferenciado, cambiante y sujeto a una gran competencia nacional e internacional. La industria contemporánea requiere – y el equipamiento tecnológico a su alcance así lo permite – una gran flexibilidad para adaptarse a los cambios constantes en planes y procesos de producción que son necesarios para atender eficazmente las nuevas realidades. En esas circunstancias, se imponen nuevos modelos de organización del trabajo destinados a optimizar el rendimiento de las nuevas tecnologías. Dentro de esa orientación, los procesos industriales pueden ser cumplidos en unidades de dimensiones más reducidas que las tradicionales, no requieren ser seccionados en etapas totalmente diferenciadas, de naturaleza repetitiva y a cargo de compartimientos incomunicados, sino que por el contrario, tanto en su concepción como en su ejecución, no responden a etapas ni a departamentos aislados, sino que adoptan una gran flexibilidad, pues planes, productos y operaciones son susceptibles de cambios frecuentes. En este marco, la empresa tradicional, gran planta o establecimiento industrial por departamentos que llevaba a cabo todas las fases del procedimiento productivo, ha experimentado un proceso de “descentralización” o “externalización” empresarial, también denominada “tercerización” y, de manera impropia “subcontratación”, que ha determinado que muchas de las fases del proceso sean

realizadas fuera de la planta industrial, bien sea por empresas vinculadas accionariamente a ésta o por terceras contratistas. Desde el punto de vista jurídico laboral, este proceso supone que en lugar de un solo empleador, la empresa propietaria de la gran planta industrial, se presenten varios empleadores, con estructuras jurídicas diferenciadas, pero cuyas actividades confluyen en el cumplimiento del proceso productivo que antes llevaba a cabo la gran planta.

Ante estas circunstancias, cabe preguntarse: ¿el Derecho del Trabajo contemporáneo debe enfrentarse a estas formas organizativas que son diferentes a aquellas en que nació y se desarrolló o si, por el contrario, debe adaptarse a las nuevas realidades, a fin de poder regularlas con el objetivo de que las mismas no afecten la responsabilidad laboral del empleador ni la protección debida al prestador de servicios? A nuestro juicio hay que recordar que incluso, maestros clásicos del Derecho del Trabajo lo concebían como un derecho realidad, es decir como un ordenamiento nacido para regular en forma plena la realidad de la prestación del trabajo, lo cual le obliga a estar atento a los constantes cambios que experimenta esta dinámica realidad. Por ello pienso que el Derecho del Trabajo, sin renunciar a los principios que lo informan y a las finalidades que le son propias, debe lograr un adecuado grado de adaptación a las nuevas formas y a través de la legislación y de la jurisprudencia, ir abriendo caminos para garantizar los derechos de los trabajadores que se encuentran inmersos en el fenómeno de la descentralización empresarial. Como veremos más adelante esta posición no es unánime y algunas legislaciones iberoamericanas, como

la ecuatoriana y la venezolana parecieran enrumbarse por una orientación contraria.

II

Las diversas formas de externalización empresarial o tercerización

En un estudio sobre el tema, escrito conjuntamente con María Laura Hernández Sierralta¹, distinguíamos entre formas de externalización tradicionales, semitradicionales y nuevas.

a) Formas tradicionales. Consideramos como formas tradicionales de externalización o tercerización, las que desde hace mucho tiempo se emplean, entre otros ámbitos, en las industrias del petróleo, construcción y confección, en las cuales las empresas siempre han hecho uso de “contratistas” y “subcontratistas” externos para la ejecución de algunas fases del proceso productivo. En el caso la construcción y de la industria petrolera, la complejidad de los procesos estimuló la contratación externa, la cual se encuentra institucionalizada, no sólo porque existen normas legales que la regulan, sino porque la negociación colectiva tiende igualmente a comprender estas situaciones.

También en la confección de prendas de vestir, en el calzado, en la agricultura y en la agricultura se ha recurrido tradicionalmente a la descentralización, mediante la contratación de trabajadores a domicilio, en los dos primeros casos o, en el tercer caso, recurriendo no ya a empresas

¹ Descentralización Empresarial y Responsabilidad Laboral en Venezuela, Oscar Hernández Alvarez y María Laura Hernández Sierralta, en Descentralización Empresarial y Responsabilidad Laboral en América Layina y España, Coordinadores Tomás Sala Franco, Cristina Managarelli y Francisco Tapia Guerrero, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2011, pp. 400 y ss

contratistas, sino a trabajadores individuales que prestan sus servicios a través de intermediarios, que actúan en nombre propio pero en beneficio del principal, modalidad que se encuentra regulada en la mayoría de las legislaciones iberoamericanas y , en ocasiones, por la negociación colectiva..

Por otra parte, en algunos sectores ha sido tradicional la contratación externa en términos de fraude a la Ley. Se trata de empresas que, para evadir cargas laborales y sociales, celebran con personas, que en la práctica son trabajadores suyos, contratos de apariencia civil o mercantil que disfrazan la verdadera naturaleza laboral de las relaciones existentes, de manera que a tales relaciones se les aplique las normas civiles o mercantiles y no las laborales. Esta práctica fraudulenta ha sido muy frecuente especialmente en las actividades de distribución de cervezas, gaseosas, agua potable, gas, perros calientes , helados y otros productos, incluidos ciertas cadenas de distribución de libros y revistas. En estos casos, la empresa contratante "externaliza" formalmente a una fuerza de trabajo que en realidad le está subordinada. Tal práctica ha sido muy extendida durante años, a pesar de que en muchos casos judiciales los tribunales han desvirtuado la supuesta relación mercantil o civil y de que la doctrina predominante ha evidenciado el carácter fraudulento de este tipo de contratación².

² Sobre la temática del fraude laboral puede verse Oscar Hernández Álvarez, Relaciones de trabajo encubiertas. Su tratamiento en el Derecho Laboral venezolano, en Ensayos Laborales, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, Editor, Caracas, 20005, pp. 383 a 436; La Simulación y el fraude a la Ley en el Derecho del Trabajo, B. Herrero Nieto, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1958; Laura Orjuela Albarracín, Diana Estefany Segura Castañeda y Sandra Lucía Tovar Reyes Fraude al contrato de trabajo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012

b) Formas semitradicionales de externalización. Avanzada la segunda mitad del Siglo XX, a las anteriormente referidas modalidades de descentralización empresarial, se agrega la de la contratación externa que muchas empresas suelen hacer de los que consideran “servicios periféricos”, como lo son, entre otros, la vigilancia, los servicios de mantenimiento, comedor y la jardinería. Muchas empresas consideran que tales actividades, si bien son necesarias para su funcionamiento, no forman parte de los procesos productivos que constituyen su objeto, razón por la cual prefieren no dedicarles atención directa, sino delegar su ejecución en otras empresas, generalmente especializadas en estas áreas, con las cuales celebran contratos de obra o de servicios. Estas empresas contratistas emplean su propio personal, lo cual alivia la gestión de mano de obra de las empresas que contratan “los servicios periféricos”. Pero tal alivio no es total, pues en estas situaciones se plantea el tema de la posible responsabilidad laboral solidaria entre contratante y contratista, la cual, en varios países de América Latina inspirados en la Ley Federal del Trabajo de México de 1.931, se produce cuando se determina que la actividad económica realizado por éste es “inherente” o “conexa” con la actividad económica realizada por aquél.

c) Nuevas formas de externalización laboral. A partir de las últimas décadas del Siglo XX los cambios en la industria y en el mercado plantean nuevas urgencias frente a las cuales la descentralización de las organizaciones empresariales fue una de las respuestas. La diversificación de las ofertas y de las demandas del mercado y la sofisticación de los

requerimientos tecnológicos de la producción industrial en las grandes empresas, obstaculiza que ellas puedan directamente asumir todas las fases del proceso productivo. Al mismo tiempo, el progreso tecnológico de medianas y pequeñas empresas les hizo capaces de asumir alguna o parte de las fases del proceso industrial de las empresas grandes. Las dificultades de acceso a las materias primas y de cumplimiento de ciertas reglamentaciones gubernamentales, que en algunos casos eran mayores para unas empresas que para otras, los procesos de reestructuración de ciertas actividades gubernamentales, fueron, además, factores que, sobre todo a partir de finales de los 70 y a inicios de los 80, estimularon que algunas empresas fueran haciendo uso de la denominada "contratación externa" del trabajo, como una de las estrategias empleadas para atender a los requerimientos de la denominada "reconversión industrial". Por otra parte, algunos empresarios, han visto en la "contratación externa" o externalización un expediente idóneo para disminuir sus costos, evadiendo las obligaciones que la legislación laboral y la seguridad social les imponen como patronos. Este incremento de la "externalización" como nueva estrategia empresarial se ha producido en diversos sectores, pero en los diversos países, con variantes, se producido con mayor intensidad en algunas ramas. Para la realización de este proceso se siguen usando, en algunos casos, los tradicionales "contratos de obras" y "contratos de servicios". En otros se han acudido a nuevas modalidades de externalización, entre las cuales podemos referir la contratación de mano de obra por empresas que se ocupan especialmente de suministrarla, la utilización de

cooperativas, así como algunas modalidades muy particulares que suelen identificarse con la expresión “out sourcing”.

Es de observar que, como dije con anterioridad, en importantes sectores de la economía se encuentra frecuentemente el sistema de prestación de servicios mediante relaciones encubiertas o fraudulentas.

Por último, se puede observar que la modalidad de contratación denominada “outsourcing”, es empleada en ocasiones como una forma de enmascarar la relación laboral. Así, una empresa productora contrata con una empresa “outsourcing” la realización de determinadas tareas. La empresa “outsourcing” contrata trabajadores para la ejecución de esas tareas y los pone a la disposición de la contratante, a quien en la práctica están subordinados dichos trabajadores. Los supuestos trabajadores de la empresa “outsourcing” prestan sus servicios en las instalaciones de la empresa contratante, colaborando, bajo la dirección de ésta, en su proceso productivo. En ocasiones se toman algunas medidas para diferenciarlos del resto de los trabajadores, tal como ubicarlos en un área física determinada o hacerlos usar uniformes diferentes. Pero en la realidad de las cosas, más allá de que se establezca formalmente algo diferente, la empresa contratante actúa con todas las características de un empleador, de allí que la relación de trabajo se establece entre los trabajadores y la empresa que contrató el “outsourcing”, siendo éste un intermediario.

Dadas las limitaciones de espacio que debe observar la presente ponencia, me limitaré a examinar los dos extremos del espectro de variedades que comporta la externalización o tercerización. Por una parte analizaré las

realidades más extendidas, tanto en el tiempo y como en el espacio, y que se encuentran expresamente reguladas por la mayor parte de las legislaciones iberoamericanas: la externalización a través del uso de contratistas independientes y la contratación de trabajadores a través de intermediarios. Por otra parte, analizaremos la solución radical por la cual algunas legislaciones han optado en esta materia: la prohibición formal de la tercerización.

II

La contratación externa como forma de tercerización

1. Problema terminológico.

En relación a este tema es conveniente una previa aclaración terminológica. En diversos documentos que tratan la materia se emplea el término subcontratación, el cual pueda dar lugar a equívocos, pues esta expresión suele usarse con diferentes sentidos y, efectivamente, ellos son diferentes en los diversos países y sistemas jurídicos, lo cual crea una confusión terminológica. Dicha confusión fue una de las causas del fracaso del intento realizado a finales de los años noventa por la OIT, para aprobar una norma sobre el trabajo en régimen de subcontratación. En los estudios preparatorios de dicho proyecto, se utilizó la expresión “subcontratación” en el sentido que se le suele dar en los sistemas anglosajones, esto es, como “situaciones en las que se confiere una forma comercial a una relación que es en el fondo análoga a una relación de empleo” y en las cuales aún cuando la forma de la relación

se caracteriza por la autonomía de las partes, en su esencia los trabajadores se hallan en una situación de subordinación técnica y de organización respecto a la empresa usuaria³. En los sistemas de origen romanístico y napoleónico, la subcontratación hace referencia a la posibilidad que tiene la persona que ha celebrado un contrato de obras (contrato mediante el cual “los contratantes” o propietarios encargan a un “contratista” de la ejecución, bajo su propia gestión y aportando todo o parte de los elementos requeridos, de una determinada obra o de parte integrante de la misma, generalmente descrita en planos u otros documentos, mediante el pago de un precio) de “subcontratar” a su vez todo o parte de la obra prometida, es decir, de encargar a otra persona, mediante contrato civil, de que realice algunas o todas las tareas que deben ser cumplidas para la ejecución de la obra contratada. Esta modalidad contractual, que tiene su origen en la *locatio operis* del derecho romano, es totalmente diferente al contrato de trabajo, en el cual no se contrata la ejecución de una obra mediante una gestión autónoma, sino la prestación de un servicio personal y subordinado. Es cierto que en ocasiones, algunos empleadores, para evitar cargas laborales, celebran formalmente “contratos de obra” que enmascaran auténticas relaciones laborales. Se trata de una práctica fraudulenta que no altera la esencia de las auténticas contrataciones y subcontrataciones de obras, que constituyen unas figuras contractuales legítimas. Es pues inadecuado, al menos desde la óptica de nuestros sistemas jurídicos, el uso de la expresión “subcontratación” como equivalente a “descentralización laboral”, ya aquella figura,

³ Oficina Internacional del Trabajo, Trabajo en régimen de subcontratación, Conferencia Internacional del Trabajo, 85ª reunión, Ginebra, 1997, p. 6

de vieja existencia en el mundo del derecho y de los negocios, no corresponde necesariamente al reciente fenómeno de descentralización del proceso productivo.

En la legislación, doctrina y práctica laboral latinoamericana se suele usar el término “tercerización”, el cual es empleado para hacer referencia a procedimientos y situaciones mediante las cuales un puesto de trabajo, usualmente ocupado por un trabajador, parte de un contrato de trabajo, pasa a ser desempeñado por un “tercero” es decir por una persona ajena a tal tipo de contratación. Es de destacar que en Venezuela. La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de 2012 adopta una acepción muy particular de la expresión “tercerización”, pues la asimila a “simulación” o “fraude”, ya que su artículo 47 dice textualmente: “A los efectos de esta Ley se entiende por tercerización la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito e desvirtuar, desconocer, y obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.”

2.- El contrato de obra en las legislaciones iberoamericanas.

La prestación de servicios por un contratista autónomo, que con sus propios elementos y bajo su dirección técnica, ejecuta una obra a cambio de una remuneración está regulada por la generalidad de los códigos civiles iberoamericanos. Es, como se ha dicho, la vieja locatio operis romana, que se expresa en nuestros códigos civiles con las denominaciones de contrato de obras, arrendamiento de obras, locación de servicios y otras similares. Así, por ejemplo, en Venezuela el artículo 1630

del Código Civil define el contrato de obra: *“El contrato de obra es aquél mediante el cual una parte se compromete a ejecutar un determinado trabajo por sí o bajo su dirección mediante un precio que la otra parte se obliga a satisfacerle”*.

No todos los códigos civiles regulan la posibilidad de que el contratista de una obra a su vez celebre un contrato de obras con otra persona para que ésta ejecute todo o parte de la obra contratada, pero esta práctica de subcontratación, que constituye una forma de tercerización, se ha realizado y se sigue realizando en la generalidad de los países, incluso en aquellos en los cuales existe prohibición legal de tercerizar.

De acuerdo con la lógica de la legislación civil, los trabajadores empleados en un contrato de obra o locación de servicios no deberían tener acción contra el beneficiario de la obra sino hasta el monto de lo que él deba al contratista en el momento en que intente su acción”. No obstante, varias legislaciones laborales han establecido normas para salvaguardar los derechos de estos trabajadores tercerizados, lo cual examinaremos en el punto siguiente.

3.- Responsabilidad laboral derivada del contrato de obras

Ya en 1931, el Código del trabajo de Chile, que, conjuntamente con la Ley Federal del Trabajo mexicana del mismo año, sirvió de fuente de inspiración a varias legislaciones latinoamericanas, establecía que “el dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de

los obreros. En los casos de construcción de edificios por un precio prefijado no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que se encargue de la obra sea una persona natural.” La Ley del Trabajo de Venezuela de 1936 comportó un importante paso en la tutela de los trabajadores tercerizados a través de la celebración de contratos de obra por parte del propietario de la obra, pues la responsabilidad que establece pasa de ser subsidiaria a ser solidaria, lo que permite que los trabajadores afectados puedan reclamar sus derechos directamente al propietario de la obra, sin tener que agotar previamente sus acciones contra el contratista, que es su verdadero patrono. Es de señalar que esa ley venezolana, al tiempo que estableció la obligación solidaria del propietario de la obra, la limitó aquellos casos en que su actividad económica sea inherente o conexas con la actividad económica del contratista. El artículo 3 de esta Ley decía:

“no serán considerados como intermediarios sino como patronos, serán considerados como intermediarios sino como patronos, las personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encargue de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos... y en esta caso, quienes utilicen los servicios de estas personas naturales o jurídicas se harán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones que impone esta Ley, siempre que la obra contratada sea inherente o conexas con la actividad a que se dedica la persona a quien se presta el servicio”

En términos similares esta norma, es conservada por la legislación vigente. Así, en principio, el contratante o beneficiario de la obra no es responsable ni solidario con el contratista de las obligaciones laborales que éste tenga con

sus trabajadores, sino dentro del alcance establecido por el Código Civil. Esto significa que los trabajadores que presten servicios a un contratista y cuyos derechos no hayan sido satisfechos por éste, no pueden reclamar al propietario de la obra sino hasta el monto de lo que él deba al contratista para el momento en que los trabajadores intenten su acción. Si el propietario de la obra ha pagado todo lo que debía al contratista, sólo éste asume la responsabilidad por las obligaciones contraídas con sus trabajadores. Pero esta regla tiene su excepción, que, debemos destacar, en la práctica es más frecuente que la regla misma. Ella es que si la actividad económica del contratista es inherente o conexas con la actividad económica del propietario de la obra, éste último es responsable solidario de las obligaciones laborales que el contratista tiene con sus trabajadores. En consecuencia, en los casos en los que exista inherencia o conexidad entre la actividad del beneficiario de la obra y la actividad del contratista, el primero de los nombrados será solidario con respecto al segundo, de allí que los trabajadores pueden exigir a ambos la satisfacción de sus derechos laborales, independientemente de que el beneficiario haya pagado o no el precio de la obra al contratista.

Con posterioridad a la normativa venezolana, varias legislaciones iberoamericanas fueron estableciendo el criterio de la responsabilidad solidaria del propietario o principal, cuya procedencia sujetan a determinados requisitos, en cierta forma similares (inherencia o conexidad, que la obra o servicio contratado no sea extraño al objeto económico del principal o propietario, que éste no cumpla con las obligaciones de vigilancia que le Ley le impone en relación al contratista o subcontratista, etc) En este sentido

se orientan las legislaciones de Argentina (art. 30 de la Ley 25013); Colombia (Código Sustantivo del Trabajo, art.34); España (Estatuto de los Trabajadores, art. 42.numeral 2); Panamá (Código del Trabajo, art.. 89). En Brasil, (Consolidación de Leyes de Trabajo, art. 455) la solidaridad del propietario principal no se sujeta a requisitos. En Chile (Código del Trabajo, arts. 183-B y 183-C) y en Uruguay (Ley N° 18.251, art. 6) si el principal ha hecho uso de las facultades de control que la Ley le concede, la responsabilidad será subsidiaria, caso contrario será solidaria.

En el Salvador (Código del Trabajo, art. 5) se establece la responsabilidad solidaria del contratista por las obligaciones laborales del subcontratista, más no la del propietario de la obra.

No obstante esta evolución proteccionista, en algunos países no se establece para los trabajadores ninguna tutela adicional a la provista por la legislación civil. Así, en República Dominicana (Código del Trabajo, art. 14) se prevé que los trabajadores de un contratista puedan subrogarse en los derechos de su empleador frente al propietario. En igual situación se encuentran los trabajadores de Costa Rica, Guatemala, Honduras, Haití, Paraguay y Portugal, cuyas legislaciones laborales no establecen ningún tipo de responsabilidad laboral para los principales o propietarios que encargan a contratistas autónomos la ejecución de una obra o la prestación de un servicio

En Bolivia, conforme al Decreto Supremo N° 521 del 25-5-2019 de existe responsabilidad solidaria del dueño de la obra, más no así si contratante es el Estado. La Disposición Final de dicho Decreto dice:

“Disposición final. En el caso de contratos y subcontratos autorizados de obras, bienes, servicios y de consultoría con entidades y empresas públicas en el marco de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, única y exclusivamente el contratista asumirá la responsabilidad del cumplimiento de obligaciones sociolaborales.”

A mi juicio, la solución más adecuada es la que siguen los países que establecen la responsabilidad solidaria del principal y propietario de la obra, pero que excluyen de esa responsabilidad los casos de contratación de obras y servicios extraños al objeto de la obra o, por decirlo en los términos de la legislación venezolana, que carecen de los caracteres de “inherencia” o “conexidad” en que esta legislación funda dicha responsabilidad. En realidad, la tutela que se pretende dar a los trabajadores tercerizados encuentra muchos obstáculos para ser efectiva si ellos se ven obligados a accionar sus derechos contra el contratista y solo en el caso de que éste no responda, pueden dirigirse al propietario o principal. Por otra parte, es prudente poner un límite a esa responsabilidad solidaria, pues el buen desarrollo de los negocios empresariales y personales se resentiría si se llega al extremo de establecer que toda persona que contrate una obra o un servicio por un precio determinado, será adicionalmente solidario con las obligaciones laborales del contratista, independientemente

de que la obra o servicio contratado esté o no relacionada con el objeto económico del contratante.

4.- Responsabilidad solidaria por accidentes y enfermedades profesionales.

Una cuestión que ha sido objeto de debate es la de si la responsabilidad solidaria del contratante con las obligaciones laborales del contratista se extiende sólo a las obligaciones nacidas directamente del contrato de trabajo o si comprende también la responsabilidad por accidentes o enfermedades profesionales. El tema ha sido discutido en los diversos países y siempre con respuestas contradictorias.

Uno de los países en que la solución afirmativa, la que extiende la responsabilidad a enfermedades y accidentes profesionales, puede encontrar mayor sustento en la legislación positiva es Venezuela, cuya Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo de Venezuela (art. 57) establece:

“Los trabajadores y trabajadoras contratados temporalmente, por tiempo determinado o para una obra determinada, así como los contratados por empresas de trabajo temporal o mediante intermediarios, o los trabajadores y trabajadoras de las contratistas cuya actividad sea inherente o conexas a la que se dedica el o la contratante deberán disfrutar de las mismas condiciones de trabajo, y del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo que los restantes trabajadores y trabajadoras del empleador o de la empleadora al que prestan sus servicios. (...)

Tanto el empleador o empleadora como el o la contratante serán solidariamente responsables de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y trabajadoras y demás normas laborales y de seguridad social.”

De este texto legal parece desprenderse que, en Venezuela, cuando exista “conexidad” o “inherencia” entre la actividad económica del “contratista” y la del “contratante”, la responsabilidad solidaria de éste se extiende a las enfermedades y accidentes profesionales sufridos por los trabajadores de aquél. Sin embargo, como veremos más adelante, la jurisprudencia venezolana ha sostenido posiciones contradictorias al respecto.

En Colombia, aun cuando la legislación no es tan precisa en este sentido como lo es la ley venezolana, se puede llegar a igual conclusión pues de acuerdo al texto legal (Código Sustantivo del Trabajo, art. 34) la solidaridad se extiende, sin distinción, a las “indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores”, dentro de las cuales la ley no excluye las debidas por accidentes y enfermedades profesionales.

El tema se torna más complejo en legislaciones como la brasileña (Consolidación de Leyes de Trabajo, art. 455), en la cual la responsabilidad está referida a las “obligaciones derivadas del contrato de trabajo”, la argentina (art. 30 de la Ley N°) que centra la responsabilidad solidaria del contratista en las obligaciones “que fueren emergentes de la relación laboral”, de donde pudiera sostenerse que la indemnización accidentes y enfermedades de trabajo no deriva propiamente del contrato de trabajo ni es emergente

de la relación laboral sino de la ocurrencia de un hecho accidental o del sufrimiento de una enfermedad profesional. Otras legislaciones como la panameña, emplean expresiones genéricas que centran la solidaridad en el “cumplimiento de las obligaciones pendientes a favor de los trabajadores”, lo cual da lugar a la discusión sobre si la misma se extiende o no a las indemnizaciones por accidentes y enfermedades profesionales.

En Chile (art. 183-A y 183-B del Código de Trabajo) en donde “ la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan al trabajador al término de la relación”, el texto legal da lugar a la discusión sobre si las indemnizaciones por accidentes y enfermedades profesionales, que no son mencionadas por el mismo como si lo son las indemnizaciones por término de la relación laboral, quedan o no comprendidas dentro de la responsabilidad solidaria del principal.

En este contexto las soluciones aportadas por la jurisprudencia no son idénticas. Incluso en Venezuela, con una norma legal que parecería precisar el tema en el sentido expansivo ha habido sentencias contradictorias. Así, en sentencia de fecha 1° de agosto de 2006, caso HILARIO JOSÉ BRAVO SOTO CONTRA LUBVENCA DE OCCIDENTE, C.A. Y OTRA, la Sala de Casación Social dijo:

“(...) el contratante como el contratista responden indistintamente de la totalidad de las

obligaciones laborales, cuya solidaridad es de naturaleza especial, dado el interés jurídico que tutela, es decir, el hecho social trabajo.”

Posteriormente, en sentencia de fecha 1/07/2008, caso FERMÍN ALFONSO SAYAGO CONTRA SERVICIOS HALLIBURTON DE VENEZUELA, S.R.L., Y PDVSA PETRÓLEO, S.A., la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia dijo:

“No opera la responsabilidad solidaria de la empresa PDVSA Petróleo, S.A., al ser criterio de esta Sala que, las indemnizaciones por concepto de accidentes o enfermedades profesionales, se tratan de resarcimientos intuito personae”

En algunos casos la Sala ha matizado este criterio restrictivo de la responsabilidad solidaria del contratante. Así, en sentencia de fecha.1-08-2006, caso HILARIO JOSÉ BRAVO SOTO VS. LUBVENCA DE OCCIDENTE, C.A, (CHEVRONTEXACO), dijo: *“El beneficiario de la obra es responsable solidariamente aún cuando mediere culpa del contratista, siempre que el beneficiario fuere responsable de las condiciones de trabajo”* y en sentencia de fecha 26-10-06, MARÍA ISABEL LUGO VS. VENETRANSA Y PROCTER & GAMBLE DE VENEZUELA, C.A, estableció: *“Si el trabajador de la contratista presta servicios en la explotación principal, el beneficiario responde en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.”*

También en Chile, según deja constancia Francisco Tapia Guerrero, ha habido oscilaciones jurisprudenciales. Dice Tapia; *“la jurisprudencia del tribunal de casación osciló entre un concepto amplio y otro restringido de obligaciones*

laborales y previsionales” Mientras algunas sentencias, entendían que la ley no había establecido límite conceptual alguno de modo que la responsabilidad subsidiaria era aplicable a todas las prestaciones que pudieren haber emanado de la relación laboral, incluido las indemnizaciones por accidentes del trabajo o por el lucro cesante, en los contratos temporales o de obra. Por el contrario, la doctrina restringida, se apoyaba en las circunstancias de que los artículos 64 y 64 bis en el capítulo de la protección de las remuneraciones, con lo que excluía al tercero del pago de otras indemnizaciones.⁴ Este argumento perdió peso con la promulgación de la Ley 20.163, que dispuso un título autónomo para la regulación del trabajo en régimen de subcontratación y en empresas de servicios transitorios.

5.- Igualdad de condiciones entre los trabajadores del contratista con los del contratante.

Uno de los problemas que comporta el uso intenso que se hace de las distintas formas descentralización empresarial, es que, en la generalidad de los casos, las remuneraciones y beneficios laborales de los trabajadores de los contratistas y, más aún, las de los trabajadores de los subcontratistas, son menores que las remuneraciones y beneficios de los trabajadores de la empresa principal, circunstancia que es uno de los principales incentivos para que el empresario principal, buscando la disminución de costos, acuda a la tercerización. Este problema no suele ser atacado por las legislaciones laborales. El hecho de que en algunos países

⁴ Francisco Tapia Guerrero Descentralización empresarial y Responsabilidad Laboral en Chile, en la descentralización empresarial y Responsabilidad Laboral en América Latina y España, Tirant lo Blanch, Coordinadores Tomas Sala Franco, Cristina Mangarelli y Francisco J. Tapia Guerrero, Valencia, 2011, p. 98.

se establezca la responsabilidad solidaria o subsidiaria del contratante con las obligaciones laborales de los contratistas y subcontratistas, no supone que en los mismos se imponga la igualdad de condiciones laborales entre los trabajadores de los contratistas y subcontratistas y los trabajadores del beneficiario de la obra. Algún avance se ha hecho, legislativa o jurisprudencialmente, en cuanto la igualdad de condiciones entre los trabajadores ordinarios que laboran permanentemente en una empresa y aquellos que son suministrados temporalmente por una empresa de trabajo temporal o suministradora de personal. En Uruguay, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley 18.099 establece que los trabajadores provistos por “empresas suministradoras de empleo temporal” no podrán percibir beneficios laborales inferiores a los previstos por los laudos de los Consejos de Salarios, convenios colectivos o decretos para la categoría en la cual trabajen, correspondiente a la actividad de la empresten la que presten servicios. Cristina Mangarelli advierte que “teniendo en cuenta el texto legal, esta disposición sólo rige para los trabajadores provistos por una suministradora de empleo temporal y no en el caso de subcontratación o intermediación.”⁵

En Venezuela la legislación laboral se limita a establecer la responsabilidad solidaria en caso de inherencia o conexidad, sin disponer que en estos casos, además de la solidaridad, proceda una igualdad o isonomía de condiciones laborales. No obstante, alguna jurisprudencia parece llegar a esta conclusión. Así, la Sala de Casación

⁵ Cristina Mangarelli, *Descentralización empresarial y Responsabilidad Laboral en Uruguay*, en *La descentralización empresarial y responsabilidad laboral en América Latina y España*, Tirant lo Blanch, Coordinadores Tomas Sala Franco, Cristina Mangarelli y Francisco J. Tapia Guerrero, Valencia, 2011, p. 382

Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 02-10-2007, ENDER LEONARDO PEREA FERRER Vs. FEDECAR y BP VENEZUELA HOLDINGS LIMITED, sostuvo:

“Se concluye que hay inherencia o conexidad ya que el servicio de transporte realizado por la contratista para la beneficiaria, era habitual y en un volumen que constituía su mayor fuente de lucro, el transporte prestado tenía por finalidad trasladar a los trabajadores de la beneficiaria al campo petrolero en el cual debían prestar sus servicios; que el servicio de transporte se realizaba en forma exclusiva para la beneficiaria; que el actor trabajaba como chofer en el transporte de los trabajadores de la contratante, por lo que participaba directamente en el desenvolvimiento de la actividad económica de ésta, y finalmente, tomó en consideración que en el tabulador de puestos de trabajo que aparece en el contrato colectivo de la empresa beneficiaria, figura el cargo de chofer, que era la actividad que actor realizaba para tal empresa. - El contratista es responsable frente a los trabajadores por él contratados, pudiendo el beneficiario de la obra, responder solidariamente de las obligaciones contraídas por éste ante los trabajadores que el contratista haya contratado, cuando la obra ejecutada sea inherente o conexas con la actividad desarrollada por el dueño de la obra o beneficiario del servicio. - cuando la obra o servicio sea inherente o conexas, *entonces sí opera la responsabilidad de carácter solidario entre el contratante y el contratista, y como consecuencia de esa solidaridad, los trabajadores de*

la contratista deben disfrutar de los mismos beneficios y condiciones de trabajo establecidas para los trabajadores de la contratante”.

Este criterio difiere del anteriormente sostenido por la Sala de Casación Social, la cual en sentencia de fecha 9-07-2007, caso NÉSTOR JOSÉ HERNÁNDEZ PERDOMO Vs. CENERLUB y otros, había establecido:

“para aplicar las mismas condiciones de trabajo a dos trabajadores pertenecientes a diferentes empresas se requiere que el objeto de estas sea igual, pues la solidaridad no es suficiente para pretender tal extensión”

En España, alguna negociación colectiva ha tratado de suplir la inexistencia de una garantía legal, reclamada sindicalmente pero rechazada por el empresariado, pactando la igualdad de condiciones entre los trabajadores de plantilla de la empresa principal y los de la empresa contratista. A este respecto Tomás Sala Franco dice: “En relación con la equiparación de condiciones entre los trabajadores de la empresa principal y subcontratista, la tipología de las cláusulas convencionales viene a ser la siguiente:

a) Cláusulas que incluyen dentro de su ámbito de aplicación a los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas que trabajen en la empresa principal (por ejemplo en algunos convenios colectivos provinciales de Hostelería). Estas cláusulas deben considerarse probablemente ilegales por cuanto las partes negociadoras (empresarial y sindical) no tienen legitimación para negociar en nombre de esas empresas y trabajadores.

b) Cláusulas que establecen la aplicación del régimen retributivo, de jornada, de vestuario u otro a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas cuando trabajen en la empresa principal, Cláusulas que, en mi opinión, adolecen del mismo problema jurídico que las anteriores.”⁶

6.- Responsabilidad laboral derivada de la intermediación laboral.

La figura del intermediario es de vieja tradición en el Derecho del Trabajo. Ya en 1931, tanto la Ley Federal de Trabajo de México, como el Código del Trabajo de Chile, ambas legislaciones importantísimas fuentes del Derecho Laboral Latinoamericano, regulaban dicha figura. Tradicionalmente el empleo de intermediarios ha sido frecuente primero, en los trabajos rurales y posteriormente en la construcción. Los propietarios de predios rurales que requerían de mano de obra temporal, solían encargar a una persona de su confianza para que “reclutara” el personal requerido. Esta persona podía limitarse a “enganchar” los trabajadores requeridos por el propietario o, en ocasiones, se encargaba de suministrarles alimento y pagarles su remuneración. En ningún caso eran responsables del desempeño de los trabajadores ni de su supervisión pues, de serlo, dejarían de ser intermediarios. Si en los trabajos rurales, el empleo de intermediarios era incentivado por la dispersión de la población campesina, en la industria de la construcción lo que estimula el empleo de

⁶ Tomás Salas Franco en Descentralización empresarial y Responsabilidad Laboral en España, en La descentralización empresarial y responsabilidad Laboral en América Latina y España, Tirant lo Blanch, Coordinadores Tomas Sala Franco, Cristina Mangarelli y Francisco J. Tapia Guerrero, Valencia, 2011, p.222.

intermediarios es la diversidad de oficios requeridos para ejecutar una obra. Al empresario a cargo de una obra, no siempre le es fácil poder contactar, y hacerlo en el tiempo oportuno, a los trabajadores temporeros que requiere para atender las diversas y sucesivas fases de la ejecución de la obra. Por eso suele contactar los denominados “jefes de cuadrillas”, personas que tienen el contacto directo y permanente con trabajadores de un determinado oficio y que, a pedido del propietario o contratista ejecutor de la obra, contratan a dichos trabajadores para que presten los servicios requeridos y en la oportunidad y durante el tiempo necesario. Así, hay cuadrillas de cabilleros, de albañiles, plomeros, electricistas etc.

Ya avanzado el siglo XX se desarrolla una nueva modalidad de intermediación a través de empresas creadas con una finalidad específica de intermediación, cual es el suministro de trabajadores temporales. Por las razones de espacio antes citadas, en esta ponencia nos limitaremos a analizar la figura del intermediario tradicional, quedando para otra oportunidad lo relativo a las denominadas empresas de trabajo temporal o suministradoras de mano de obra temporal, pero es necesario aclarar que no obstante que en la doctrina e, incluso en algunas legislaciones se incluye a estas figuras dentro de la expresión “intermediación”, las mismas tienen una naturaleza diferente a la del “intermediario” tradicional, siendo también muy distintas las consecuencias jurídicas de su actuación.

Siguiendo al autor venezolano Héctor Armando Jaime Martínez⁷ podemos resumir las notas que caracterizan el intermediario:

- a) Es una persona que actúa en nombre propio y en beneficio de otras. Si bien el resultado de la labor que va a realizar aprovecha a otro, no obstante, es el intermediario quien aparece ante los trabajadores como patrono y por tanto, como el responsable de las obligaciones laborales. Muchas veces los trabajadores ni se enteran de la identidad de aquél que en definitiva va a obtener el provecho de la labor que ellos realizan.
- b) El intermediario actúa mediante autorización expresa o tácita del beneficiario de la obra. En El Salvador la Ley presume que la autorización se ha dado cuando el beneficiario recibe la obra ejecutada por los trabajadores empleados por el intermediario.
- c) El intermediario no tiene la gestión de la misma, ni asume los riesgos propios de un empresario contratista.”

Varias legislaciones iberoamericanas definen el intermediario en su acepción tradicional. Así lo hacen Colombia (art. 35 del Código Sustantivo del Trabajo); Costa Rica (art. 3 del Código del Trabajo); El Salvador (art. 4 del Código del Trabajo); Guatemala (art. 5 del Código del Trabajo); Honduras (art. 7 del Código del Trabajo), México (art 11 de la Ley Federal del Trabajo); Panamá (art. 89 del

⁷ Héctor Jaime Martínez, “comentarios al Título sobre Normas Fundamentales” en *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*, obra colectiva coordinada por Oscar Hernández Álvarez. Jurídicas Rincón, Barquisimeto, Venezuela, 2003 p. 43.)

Código del Trabajo); República Dominicana (art. 7 del Código del Trabajo); Paraguay (art 25 del Código del Trabajo); Uruguay (art. 1 de la Ley N° 18.251)

Las definiciones son similares y, en general, se inspiran en el artículo 5 de la Ley Federal mexicana de 1931 que definía al intermediario como “toda persona que contrate los servicios de otra para ejecutar algún trabajo en beneficio de un patrón”

El caso venezolano es muy particular. Desde 1936 la legislación definía el intermediario y establecía las condiciones en las cuales éste comprometía su responsabilidad y la del patrono para quien contrataba los servicios de trabajadores.

El artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo, vigente hasta el 6 de mayo de 2012 decía:

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

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

Este artículo desapareció de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, promulgada en mayo del 2012, con lo cual los trabajadores contratados por intermediarios quedaron sin protección. La explicación,

que no justificación, de esta omisión legislativa está en que la nueva Ley, a inspiración de la legislación ecuatoriana, prohibió la tercerización. A este tema nos referiremos en la parte IV de la presente ponencia.

Algunas polémicas se han presentado en la doctrina y en la legislación sobre la naturaleza jurídica del intermediario. Mientras algunas legislaciones consideran que es un representante del patrono (Colombia art. 32 del Código Sustantivo del Trabajo), otras expresamente requieren que para ser intermediario no se tenga tal condición. (República Dominicana art. 7 Código del trabajo). En Venezuela la doctrina discutió sobre si el intermediario debía o no ser considerado como un patrono, en cuyo caso habría dos patronos: el patrono indirecto o patrono beneficiario y el patrono intermediario. Este tema fue definido de manera afirmativa en la legislación laboral vigente desde 1997 hasta el 2012.

Pero lo más importante en esta materia es definir los términos de la responsabilidad en que incurren las personas del intermediario y de quien se beneficia de los resultados de los servicios prestados por los trabajadores a quien éste contrató. Si se considera que el intermediario es representante del patrono, es obvio que la responsabilidad laboral recae en éste y no en el intermediario. Esta solución comporta el problema de que, en ocasiones, el trabajador solo hace contacto con el intermediario, pudiendo, incluso, ignorar quien es el beneficiario último de los servicios que presta, lo cual dificulta cualquier reclamación. Si se considera que el intermediario lo que hace es una gestión mediadora entre los trabajadores y su real patrono, éste será responsable y el intermediario no lo sería, salvo que una norma estableciese su responsabilidad. Por eso varias

de las legislaciones iberoamericanas que definen el concepto de intermediario, regulan de manera expresa el tema de su responsabilidad y la del patrono beneficiario.

En Costa Rica, Guatemala y Honduras en los artículos antes mencionados de sus respectivos Códigos de Trabajo y en el artículo 14 de la reciente Ley Federal del Trabajo mexicana, se establece, en términos generales, sin condiciones, que el patrono beneficiario y el intermediario responden solidariamente de los derechos laborales de los trabajadores contratados por el intermediario. Esta responsabilidad se sujeta en algunos países ciertas condiciones. Así, en el Salvador, con texto casi idéntico al de la vieja Ley del Trabajo venezolana de 1936, el artículo 3 del Código del Trabajo promulgado en 1972 dice que el patrono que contrata mediante intermediario “quedará obligado por la gestión de aquél, siempre que lo hubiere autorizado para ello o recibiere la obra o servicios prestados”. En este caso no se menciona expresamente la responsabilidad del intermediario, pero siendo éste una parte contratante debe entenderse, a mi juicio, que asume las obligaciones propias de tal condición. En la República Dominicana (art. 12 del Código del Trabajo) establece responsabilidad solidaria con el contratista o empleador principal, para “las personas que no dispongan de elementos o condiciones propias para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.” En Colombia (art. 35 del Código Sustantivo del Trabajo) el intermediario incurre en responsabilidad solidaria con el patrono si no ha declarado esa calidad y no ha manifestado el nombre del patrono. Por otra parte, como la legislación colombiana considera al intermediario como un representante del patrono, es obvio que este último queda

obligado por las gestiones de éste. En Paraguay el intermediario responde solidariamente si no informa su calidad de tal y el nombre del patrono por cuya cuenta actúa. En el Uruguay, al igual que ocurre en el caso de la subcontratación, anteriormente examinado, la responsabilidad del patrono beneficiario o empresa principal será subsidiaria si ha hecho uso del derecho que la ley le da de requerir información al contratista o intermediario, de lo contrario será solidaria. Aun cuando no se dice expresamente, este sistema de responsabilidades supone que el intermediario siempre será responsable.

No es frecuente que la ley disponga que los trabajadores contratados por intermediario deben gozar de las mismas condiciones y beneficios de que gozan los demás trabajadores de la empresa beneficiaria. El artículo 14 de la Ley Federal mexicana, promulgado en 1912, establece que los trabajadores contratados por intermediarios “Prestarán sus servicios en las mismas condiciones de trabajo y tendrán los mismos derechos que correspondan a los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa o establecimiento” En el Perú el artículo 7 de la Ley 29.243 le otorga a los trabajadores desplazados por una tercerización los mismos derechos que disfrutaban los trabajadores del empleador principal.

Una disposición de este tipo había sido incluida en Venezuela en la Ley del Trabajo de 1936, con referencia a las empresas de hidrocarburos y de la construcción, en las cuales se abusaba de la intermediación para rebajar los costos laborales. Posteriormente fue ampliada a todos los sectores en los términos del último párrafo del artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo, arriba transcrito. Como dije

antes, esta norma fue excluida por la reforma nueva Ley del año 2012

Por último, señalamos que la Ley Federal del Trabajo de México establece que “Los intermediarios no podrán recibir ninguna retribución o comisión con cargo a los salarios de los trabajadores”

III

La prohibición de la tercerización.

La dinámica de las transformaciones constantemente experimentadas por la sociedad contemporánea, que se reflejan en cambios en la organización empresarial que requiere adaptarse a las nuevas realidades para dar respuesta oportuna a las condiciones cambiantes y diferenciadas del mercado, ha determinado, entre otras cosas, la existencia de los denominados procesos de descentralización empresarial y la difusión de relaciones laborales triangulares, en las cuales además de los sujetos tradicionales, empleador y trabajador, actúan terceras personas que, de una u otra manera ocupan espacios y cumplen funciones dentro de esas relaciones tradicionalmente bilaterales. La OIT ha estudiado este fenómeno en sus distintas modalidades y emplea la expresión “relaciones triangulares” para referirse a lo que en América Latina suele denominarse “tercerización”, denominación que hace referencia no sólo a la participación de “terceros”, sino más específicamente, al hecho de que una empresa externaliza en un “tercero” no trabajador suyo una actividad que venía siendo tradicionalmente cumplida o que, en todo caso, puede ser cumplida por sus propios trabajadores en un centro de trabajo suyo. “Las relaciones

de trabajo triangulares”, dice la OIT,” siempre han existido, lo que es novedoso es su extensión” “Esas situaciones pueden ser beneficiosas para todos los interesados, pero, en ciertas circunstancias también pueden ser fuentes de desprotección de los trabajadores.”⁸ Así, si bien es cierto que los trabajadores pueden lograr beneficios en las relaciones triangulares, no lo es menos que este tipo de relaciones han sido frecuentemente empleadas de mala fe y de manera muy extendida para defraudar los derechos de los trabajadores. De allí que resulta explicable la reacción contraria a la tercerización, la cual ha sido “satanizada” en algunos países.

En Ecuador durante la década de los noventa se aprobaron medidas legislativas para regular la tercerización, fenómeno que había venido extendiendo en el país, favoreciendo la flexibilización laboral y generando rechazo en la población trabajadora. Tales medidas fueron muy polémicas y, según algunos analistas, en lugar de generar soluciones equitativas, favorecieron la precarización laboral. De allí que el constituyente de 2008, asumiera una posición radical y prohibiese la tercerización. Una lectura de algunos de los considerandos del Mandato Constituyente Número 8, permite ilustrarse sobre las motivaciones ideológicas de esta medida. Entre otras afirmaciones el Mandato Constituyente número 8 dice:

“... Que, la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral generalizada y la contratación por horas, constituyen modalidades de relación laboral que vulneran los derechos del trabajador y los principios de

⁸ Organización Internacional del Trabajo, El ámbito de la relación de trabajo, Informe V , Conferencia Internacional del trabajo, 91ª reunión 2003, Ginebra, 2003, p.44

estabilidad, de pago de remuneraciones justas, de organización sindical y contratación colectiva;

Que, las fuentes de empleo son generadas por las unidades económicas y entidades que realizan procesos de producción o servicios y son ellas las que demandan trabajadoras/es. Las compañías que se dedican a las actividades de tercerización de servicios complementarios e intermediación laboral, hacen uso de esa demanda con carácter mercantil para su propio beneficio;

Que, se ha tratado de limitar estas formas discriminatorias de contratación laboral a través de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de tercerización de servicios complementarios y la intermediación laboral, publicada en el Registro Oficial No. 298 del 23 de junio del 2006, sin embargo de lo cual, las empresas usuarias han abusado de estas formas de contratación, perjudicando a miles de trabajadores en el Ecuador;

Que, muchas empresas intermediarias, tercerizadoras y otras que actúan al margen de la ley, en complicidad con ciertas empresas usuarias, han vulnerado sistemáticamente los derechos de los trabajadores, pagándoles remuneraciones y prestaciones sociales inferiores a las que por ley estaban obligados e incluso han deshumanizado el trabajo, convirtiendo a la fuerza del trabajo en simple mercancía;"

Con esta fundamentación se eliminó y prohibió la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador. No obstante se permitió celebrar contratos con personas

naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de: vigilancia, seguridad, alimentación mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.

Vista la normativa ecuatoriana podría un observador externo preguntarse: ¿hasta qué punto la misma ha venido logrando eficientemente el objetivo de eliminar plenamente la “tercerización”? Es cierto que la expresión “intermediario” ampliamente utilizada en la legislación laboral anterior fue totalmente eliminada del Código del Trabajo ecuatoriano. Pero en la realidad económica ¿se habrán eliminado así fácil y totalmente las prácticas tercerizadoras? ¿Será que las empresas constructoras, que en Ecuador desarrollan una impresionante actividad, cumplen la misma en todas sus etapas empleando únicamente sus trabajadores de plantilla y que con ellos desarrollan todas las fases de una obra civil, prescindiendo de las habituales contrataciones externas de pilotes para fundaciones, suministro de concreto u hormigón, suministro de puertas, ascensores, etc? ¿será que gracias a una disposición del constituyente la pujante industria petrolera ecuatoriana ha logrado el milagro que ninguna empresa petrolera del mundo logró, cual es la de ejecutar con sus propios trabajadores todas las complejas fases que comprende dicha actividad industrial y que van desde la preparación y cercado de tierras para las tareas de exploración hasta la distribución de productos refinados? Y si así no fuese, hipótesis que no me atrevo a afirmar, pero si a presumir, ¿Qué tutela legal tendrían los trabajadores

implicados en una tercerización legamente inexistente en la legalidad, más real en la práctica?

En la misma línea del Ecuador, el legislador venezolano de 2012 adopta una acepción muy particular de la expresión “tercerización”, pues la asimila a “simulación” o “fraude”, ya que el artículo 47 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) dice textualmente: “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, y obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.”

Es de advertir que la tercerización puede ser o no empleada como un mecanismo de fraude. Cuando un empleador ocupa un grupo de personas para que presten servicios en su empresa y bajo su dependencia, pero mediante un contrato en el cual se establece que esos trabajadores constituyen un “out sourcing” es decir un “servicio externo” y que no están sujetos, por tanto a la regulación de la legislación laboral y de la convención colectiva, este empleador está actuando fraudulentamente, porque está imponiendo a sus trabajadores un mecanismo de artificio para crear la apariencia de que no son tales y así liberarse de los costos laborales. Este fraude puede ser desenmascarado y los trabajadores, valiéndose de los mecanismos de protección que le da el Derecho del Trabajo, (principio de irrenunciabilidad, principio de primacía de la realidad y presunción de la relación laboral) pueden acudir al juez, pedir que desenmascare el fraude y lograr que éste declare que su relación era de naturaleza laboral. En ese caso, estaríamos claramente ante una situación de

fraude y la “tercerización” o “out sourcing” sería la modalidad escogida por el empleador para perpetrar el fraude. Pero si una industria automotriz, en lugar de fabricar todas o la mayoría de las partes del automóvil, como lo hacía tradicionalmente en una época, decide comprar algunas partes a empresas ajenas a ella y que se especializan en la fabricación de las mismas, estaremos frente a un claro ejemplo de “descentralización productiva” o “tercerización no fraudulenta. Los trabajadores de la empresa que fabrica las partes son terceros frente a esa automotriz, que en una época fabricaba dichas partes directamente y empleaba a los trabajadores que las hacían. Por ello podemos decir que en este caso estamos frente a puestos de trabajos “tercerizados”, porque no son ya ocupados por trabajadores de la automotriz, sino por los de la fábrica de partes, que vienen a ser “terceros” frente a aquella. Pero esta tercerización no es fraudulenta. Responde a una nueva y lícita manera de organizar el trabajo. En este caso los “tercerizados”, es decir los trabajadores de la empresa que fabrica las partes y las vende a la automotriz., difícilmente podrán lograr que un juez, fundamentándose en el desenmascaramiento de un fraude, los declare trabajadores de esta última.

Al identificar fraude, simulación y tercerización, la LOTTT complica la regulación del fraude, que ha venido siendo tratada con claridad por la doctrina y por la jurisprudencia venezolanas y no establece una regulación aplicable a la tercerización no fraudulenta, tarea que han cumplido algunas legislaciones latinoamericanas.

El artículo 48 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras se inicia con una expresión muy categórica “ Queda prohibida la tercerización.”. Si

desde el punto de vista de la LOTTT se le diera a la “tercerización” la misma acepción que las ciencias del trabajo universalmente dan a esta expresión y a sus equivalentes (externalización, descentralización productiva, subcontratación), el mundo productivo venezolano se encontraría en una situación muy compleja, ya que el proceso de su descentralización obedece a una serie de circunstancias que durante las últimas décadas han venido caracterizando objetivamente la industria y la economía contemporáneas, las cuales referimos en la primera parte de este trabajo y no puede, de hecho, ser revertido por una simple disposición del legislador. Pero, como se ha visto, el legislador venezolano identifica tercerización con fraude, de manera que al prohibir aquella lo que está prohibiendo es el fraude, lo cual no deja de ser una redundancia. Así, pareciera que el sentido del artículo 48 es el de desarrollar el artículo 94 constitucional que dice en su segunda parte: “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.” En desarrollo de esta norma el legislador especificó varias modalidades de fraude cuya importancia ameritó que fuesen expresamente relevados. Lo que no parece fácil de explicar es el contenido de la disposición transitoria primera de la LOTTT que otorga un plazo de tres años a los empleadores para que se ajusten a la prohibición de fraude.

El numeral 1 del art. 48 LOTTT prohíbe que se contrate una “entidad laboral” (expresión que usa la LOTTT para referirse al sujeto empleador) para que ejecuten obras, servicios o actividades de “carácter permanente, dentro de

las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionado de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o ininterrumpirían las operaciones de la misma”. La actividad así descrita no corresponde a lo que en las ciencias del trabajo se denomina “tercerización”, ya que las personas que trabajan permanentemente, dentro de las instalaciones de una empresa, para realizar trabajos relacionados directamente, no son de alguna manera “terceros” frente a esa empresa. En efecto, las personas que presten servicios en esas condiciones son sujetos de una relación laboral, no trabajadores “tercerizados”. En esas condiciones, debe considerarse fraudulenta cualquier contratación suscrita por las partes que pretenda crear la apariencia de que tales personas no son trabajadores. En las últimas décadas tal tipo de contratación fraudulenta ha sido empleada en Venezuela como medio de evasión de los costos laborales. Una aplicación efectiva y racional de la LOTTT debería reducir la presencia de estos “out sourcing” fraudulentos, pero no tendría que afectar los procesos normales de descentralización productiva, los cuales no constituyen el objeto de esta normativa. Esta norma tampoco debería afectar la contratación de terceros para realizar, aún dentro de la misma empresa, actividades periféricas que no constituyen el objeto central del proceso productivo, tales como son el caso de la contratación de empresas especializadas para llevar a cabo los servicios de vigilancia, comedor, mantenimiento de áreas verdes etc.

El artículo 48 LOTTT dice: “Se prohíbe la contratación de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante”. De nuevo la

prohibición se dirige a una manifestación de fraude laboral. Al analizar esta disposición habría que concluir, por argumento a contrario, que está permitida la contratación a través de intermediarios cuando su finalidad no sea la evasión de las obligaciones laborales. El problema es que se presenta es que la nueva Ley eliminó la normativa contenida antes transcrito artículo 54 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo que establecía que el intermediario será responsable de las obligaciones que a favor de esos trabajadores se derivan de la Ley y de los contratos; y el beneficiario responderá además, solidariamente con el intermediario, cuando le hubiere autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada y que los trabajadores contratados por intermediarios disfrutaran de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario. Derogada esta norma, no existe ninguna tutela legal a los trabajadores contratados por intermediarios sin fines de evasión de la legislación laboral, lo cual es contrario no sólo a la tradición legal venezolana, sino al mandato expreso del artículo 94 constitucional, , segunda parte, que dispone. “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.” La contratación a través de intermediarios ha sido y sigue siendo de uso frecuente en la industria de la construcción y en la agricultura. Los trabajadores contratados legalmente por intermediario ahora carecen de fundamento legal para comprometer la responsabilidad solidaria del beneficiario y para exigir las mismas

condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores contratados directamente por el beneficiario.

Se prohíben “las entidades de trabajo creadas por el patrono para evadir las obligaciones con los trabajadores y las trabajadoras” Se trata de una modalidad de fraude laboral que fue especialmente empleada en Venezuela durante la década pasada, cuando, aprovechando una política gubernamental de fomento a las cooperativas, algunos empleadores hicieron constituir cooperativas para contratar con ellas servicios que les venían prestados trabajadores sujetos a la legislación del trabajo.

El art. 48 LOTTT numeral 4 prohíbe “los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil.” Tal como hemos visto en la parte II del presente trabajo, con la finalidad de evadir cargas laborales y sociales, algunos empleadores celebran con personas, que en la práctica son trabajadores suyos, contratos de apariencia civil o mercantil que disfrazan la verdadera naturaleza laboral de las relaciones existentes, de manera que a tales relaciones se les aplique las normas civiles o mercantiles y no las laborales. Esta práctica fraudulenta, generalizada en algunos sectores de la economía venezolana, ha venido siendo golpeada por la jurisprudencia nacional a partir de la sentencia DIPOSA del año 2000 y no puede ser nunca vista como una forma legítima de descentralización productiva.

En su numeral 5 el art. 48 LOTTT establece una prohibición general de cualquier otra forma de simulación o fraude laboral. Esta norma podría considerarse redundante, pues es obvio que el fraude a la Ley no está permitido. Su importancia radica en que ratifica que al regular la

tercerización el legislador se centró en sus manifestaciones fraudulentas

Dentro de la misma línea ideológica, pero con mejor técnica legislativa, en Bolivia el Decreto Supremo 521 del 26 de Mayo de 2010 proscribire las practicas fraudulentas que empleen la tercerización como método de evasión de la legislación Laboral. El artículo 1 de dicho Decreto dispone:

“Art.1. El presente decreto tiene por objeto establecer la prohibición de toda forma de evasión a la normativa laboral, sea mediante fraude, simulación o cualquier otro medio que se produzca como consecuencia de las modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, enganche u otras modalidades en tareas propias y permanentes del giro del establecimiento laboral.”

Como puede verse, el texto legal no prohíbe a rajatablas la tercerización, ni la asimila al fraude, sino que prohíbe que la misma sea empleada como medio fraudulento para evadir la aplicación de la normativa laboral. El Decreto establece que las empresas e instituciones que cedan fraudulentamente en todo o parte sus establecimientos, que estén habilitados a su nombre, a terceristas, subcontratistas, externalizadores, enganchadores y otros, son responsables del cumplimiento de obligaciones sociolaborales.

Conclusión:

La organización del trabajo ha sido objeto constante de cambios durante la evolución histórica de las sociedades. Estos cambios organizativos han traído como consecuencias cambios en la regulación jurídica del trabajo. La organización del trabajo en la segunda década del Siglo XXI es diferente a la que prevalecía a finales del Siglo XIX, cuando el Derecho del Trabajo comenzó su lento pero constante proceso de formación. En consecuencia, no es posible pretender que las normas que eran aplicables a esa realidad decimonónica lo sigan siendo a la realidad contemporánea. Por eso, no es de buena lógica anatemizar a priori los procesos de descentralización del sistema productivo. Muchos de ellos responden a realidades irreversibles que no pueden ser ignoradas por el iuslaboralista, cuyo compito fundamental es el de lograr que los cambios regulatorios que reclaman las nuevas realidades, se puedan llevar a cabo sin que se afecten los principios fundamentales que justificaron y siguen justificando la existencia del Derecho del Trabajo como una disciplina jurídica especializada y destinada a establecer mecanismos de tutela que protejan al trabajador frente al potencial de injusticia social que supone el desequilibrio económico entre las partes de la relación laboral.