

TERCERIZACIÓN LABORAL: UN NUEVO ENFOQUE

Jair DE FREITAS DE JESÚS*

Sumario: INTRODUCCIÓN. I. Libertad de empresa: 1. Aproximación conceptual; 2. Naturaleza jurídica e implicaciones; y 3. El problema de la proporcionalidad en el ámbito del Derecho del Trabajo. II. Tercerización laboral: 1. Aproximación conceptual; 2. Implicaciones prácticas; 3. Exégesis del régimen jurídico laboral vigente; y 4. Críticas a las prácticas de la Administración del Trabajo. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo tiene por objeto presentar algunas conclusiones respecto de la tercerización laboral, ello en el marco de la mesa de discusión que tendrá lugar en el II Congreso de Derecho Social, organizado por la Cátedra Fundacional Nohemí Irausquín de Vargas y la Universidad Católica Andrés Bello. A tales fines, se tomó como punto de partida para el análisis la perspectiva de los *derechos humanos fundamentales* de los trabajadores y *la libertad de empresa*, para luego hacer examen exegético del régimen jurídico laboral venezolano vigente, así como también un cuestionamiento a las prácticas de la Administración del Trabajo.

A título preliminar, conviene tener presente algunas precisiones conceptuales. La primera de ellas en torno a la necesaria delimitación entre *derechos fundamentales* y *derechos humanos*. Es mucho lo que se ha dicho en doctrina al respecto, teorías van y vienen con sus respectivas clasificaciones, análisis, críticas y nuevas formulaciones, no obstante que –en muy apretada síntesis- huelga decir que son dos términos diferentes, independientes empero con importantes grados de correlación.

El innegable vínculo de los *derechos fundamentales* con la teoría del *bloque de la constitucionalidad* (la cual se da por reproducida) conduce a una

* Licenciado en Relaciones Industriales (UCAB, 2001), Abogado Cum Laude (UCAB, 2004), Especialista en Derecho Laboral Suma Cum Laude (UCAB, 2010), Profesor de Pre y Postgrado en Derecho del Trabajo (UCAB). Director de LABLABOR.

primera afirmación: se trata de la positivización de derechos con raigambre constitucional bien de forma explícita (mediante un elenco de disposiciones que expresamente los contienen) o implícita (por carácter inmanente y/o que fluye de derivaciones interpretativas). En tanto que la noción de *derechos humanos* -de indudable oxígeno *iusnaturalista*- alude a ese elenco que resulta inherente a la persona por su simple condición de tal, exigible sin requerimiento de reconocimiento explícito por parte del derecho positivo. Por tanto, no se trata de una relación de género-especie, tampoco de una relación jerárquica sino –como se dijo *ut supra*- términos diferentes, independientes y con importantes grados de correlación.

En criterio de quien suscribe, el debate jurídico en torno a la tercerización laboral está mal planteado si parte –como efecto ocurre en la mayoría de los casos- de un reconocimiento a regaña dientes de la posibilidad que tiene el empleador de organizar los factores productivos. Este debate suele venir con más o menos adornos: verbigracia justificaciones no jurídicas que tratan de aproximarse al comportamiento empresarial en torno a este tema y que luego de acciones mero descriptivas fenecen sin fruto o conclusión relevante.

El punto de partida en torno a la tercerización está íntimamente ligado a la noción de *Poder de Dirección*, a la organización de los factores productivos como facultad inscrita en él, a su vinculación con la libertad económica o de empresa y; por tanto, el necesario debate en torno a su naturaleza jurídica, sus implicaciones y la impremitible coexistencia con los derechos humanos fundamentales de los trabajadores. A eso se destinan las líneas siguientes.

I. Libertad de Empresa:

Tal como he sostenido en mi libro intitulado ‘El derecho a la intimidad como límite del poder de control y vigilancia del patrono’ publicado por Editorial Jurídica Venezolana en el año 2016, el Poder de Dirección es:

aquel cuyo titular es el patrono o empleador, que encuentra su fuente en el contrato de trabajo (si bien deviene como complemento obligatorio del factor económico fundamentado en el derecho de libertad de empresa) y que confiere a su titular un elenco de potestades o atribuciones admitidas por el ordenamiento jurídico que están destinadas a la organización de los factores productivos, en virtud de lo cual se halla facultado para impartir órdenes sobre la forma de ejecución del trabajo -y en un sentido estricto de las prestaciones laborales- en atención a los fines de la empresa y su necesidad de producción; teniendo como límites adicionales a la ley, la dignidad del trabajador así como también su capacidad física e intelectual (p.33).

Por lo tanto, en criterio de quien suscribe, en torno al debate de la tercerización laboral es *conditio sine qua non* aceptar que en el ámbito jurídico el patrono tiene derecho a organizar los factores productivos en atención a los fines de la empresa y su necesidad de producción. Ese derecho además encuentra su fuente en el contrato de trabajo y tiene –como se sostuvo- raigambre tanto en el factor económico como en el derecho a la libertad económica o de empresa.

1. Aproximación conceptual:

Prima facie, nuestra Constitución vigente refiere a la libertad económica o de empresa en su artículo 112 como aquel derecho por virtud del cual las personas pueden dedicarse a la actividad económica que estimen conveniente con las limitantes contenidas tanto en el texto constitucional como las que establezcan las leyes.

Por lo tanto, lo primero que cabe decir es que estamos ante la presencia de un derecho que –al menos- entre nosotros tiene raigambre constitucional. Lo segundo es que en efecto –y al igual como ocurre con otros derechos constitucionalmente reconocidos- no se trata de un derecho absoluto, pues acepta restricciones , por lo que reitero lo ya afirmado en otra ocasión: dichas

limitaciones van en razón al desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección al ambiente u otras de interés social.

En tercer lugar, esta cimentado en un derecho humano fundamental, cual es el derecho a la libertad que, como he sostenido también previo a la elaboración del presente ensayo, no es más que la elección o toma de decisiones que un sujeto ejecuta en forma relativamente independiente de factores externos. Por ende, estamos ante un derecho natural, inherente al ser humano por su simple condición de tal con todo y lo que ello implica a tenor de lo que será señalado en el acápite siguiente. Dicho en términos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia número 2641 de fecha primero de octubre de 2003 “La libertad económica es manifestación específica de la libertad general del ciudadano” y supone entrar, permanecer y salir del mercado, así como también el derecho a la explotación –según su autonomía privada- de la actividad lícita emprendida.

2. Naturaleza jurídica e implicaciones:

Si en el acápite precedente se afirmó que se trata de un derecho constitucionalmente reconocido y que además es expresión de la libertad general del ciudadano, entonces es coherente admitir que estamos ante la presencia de un derecho humano fundamental. Desde luego este aspecto puede discutirse con mayor o menor intensidad de argumento, fundamento y apoyo teórico, pero es –al menos criterio de quien suscribe- la conclusión ineludible a la cual conduce cualquier razonamiento serio sobre la materia.

Tal afirmación dispara en automático consecuencias típicas aplicables a los derechos humanos fundamentales; a saber: (i) la presunción de *autoaplicación* bajo el principio de irrevocabilidad, (ii) la interpretación a favor de la persona humana (principio *pro homine*), (iii) el principio de efectividad con el objeto de procurar el mayor grado de protección posible, (iv) el principio de

interdependencia, conexidad e integración interpretativa; y (v) su consideración como norma mínima o de orden público, entre otros.

Pero así como al poder del empresario de organizar el sistema de producción de bienes y servicios en forma libre y autónoma (para decirlo en términos de Palomeque y Álvarez 2001, pp. 703-704 en su obra intitulada 'Derecho del Trabajo') se le endosa el elenco de consecuencias antes descritas que procuran el desarrollo del derecho, también deviene en aplicable las restricciones propias en razón de la necesaria y armónica coexistencia con otros derechos humanos fundamentales.

Entre nosotros, Carballo ha sostenido por ejemplo en el año 2014 en su trabajo intitulado 'Los derechos fundamentales del trabajador como categoría jurídica' que habida cuenta la *fundamentalidad* de los derechos, su *fuerza normativa propia* impone tanto la *indisponibilidad legislativa* como la *garantía de tutela judicial efectiva*. Pero, adecuadamente añade que -en paralelo a lo anterior- el Estado Constitucional de Derecho supone que las normas jurídicas de restricción de derechos fundamentales deben sujetarse a criterios estándares materiales o sustanciales que tienen el propósito de erradicar toda manifestación de arbitrariedad; a saber: (i) licitud del fin perseguido, (ii) proporcionalidad de la restricción legal y; (iii) la intangibilidad del núcleo o contenido esencial; puntos sobre los que me he referido en extenso en mi libro antes mencionado y cuyas conclusiones doy aquí por reproducidas.

La doctrina más autorizada centra hoy el debate en torno a qué forma parte o no de ese núcleo esencial que corresponde al derecho a la libertad económica o de empresa, en un esfuerzo por desgajar y crear categorías sin precedentes. En muy apretada síntesis se identifica como parte del núcleo esencial el derecho a la igualdad de trato, el derecho de concurrir, permanecer y/o retirarse del mercado (esto último entre nosotros requeriría importantes precisiones a tenor de la normativa laboral vigente cuyo tratamiento excede el

objeto del presente ensayo), la iniciativa privada, el emprendimiento en actividades lícitas de su preferencia, creación y gestión de fuentes de trabajo; y el derecho a organizar los factores productivos sin injerencias en materia de organización empresarial y métodos de gestión. En tanto que desde la óptica de las restricciones, cómo he afirmado anteriormente, dichas limitaciones van en razón al desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección al ambiente u otras de interés social. Dicho en otras palabras, las restricciones se presentan en razón de coexistencia con otros derechos humanos fundamentales.

3. El problema de la proporcionalidad en materia de Derecho del Trabajo:

Dice con acierto Wilfredo Sanguineti que tras la marcha triunfal del test de proporcionalidad, coexiste una incompleta aplicación en el ámbito laboral la cual, identifica, está asociada a la dificultad de traslación habida cuenta variables tales como el principio de autonomía de la voluntad y la contraposición de intereses. Siendo sincero y coherente con lo que he expresado reiteradamente en mis columnas de opinión, ese es uno de los epicentros del debate actual del *Derecho del Trabajo*: la correcta lectura y delimitación de la intención de las partes (que tiene de un costado ese principio de autonomía de voluntad –de aplicación limitada por razones de tutelaje- y la contraposición de intereses natural en los actores laborales).

Con todo, el precitado autor menciona –refiriéndose al caso español- que la deconstrucción apunta al reconocimiento del carácter imprescindible precisamente cuando se trata de analizar las medidas empresariales que restringen los derechos fundamentales de los trabajadores, esto es, el estudio respecto de si la medida obedece a un interés legítimo del empleador, si es o no indispensable; y si existe o no otra forma menos restrictiva de satisfacer ese interés legítimo e indispensable. Hay que decir que si bien desde la óptica jurisprudencial nuestro sistema jurídico no ha sido precisamente fértil, la verdad

es que la doctrina si ha sido consistente y progresista en insistir sobre la necesidad de respetar los criterios formales y materiales para la restricción de derechos humanos fundamentales en aras de su coexistencia, aunque toque admitir que, por lo pronto, la proporcionalidad seguirá siendo un aspecto subjetivo y de difícil lectura en el ámbito del Derecho del Trabajo con importantes carencias en los juicios de ponderación.

II. Tercerización Laboral:

Corresponde en esta parte del ensayo abordar en estricto el examen de la tercerización laboral, pero partiendo de un par de premisas. La primera de ellas, es que no puede continuar utilizándose límites ni concepciones de antaño para analizar todas las particularidades presentes en las modernas formas de prestación de servicios. En efecto, es de común aceptación la expresión según la cual las relaciones de trabajo son *aceleradamente dinámicas*. Por lo tanto, los continuos y cada vez más veloces cambios en los procesos productivos, no pueden seguir siendo explicados con enfoques tradicionales que acompañaron el origen del Derecho del Trabajo ni tampoco con la inflexibilidad absoluta de su muy necesaria protección inicial.

En segundo orden, ya en este punto una dirección de análisis evidente, debe entenderse que la interpretación según la cual existe prohibición prácticamente absoluta de tercerización entre nosotros, no tiene asidero jurídico habida cuenta que más que una restricción al derecho a la libertad económica o de empresa, se erige como un vaciado de su contenido esencial y por lo tanto una negación de un derecho humano fundamental.

Esa construcción normativa que nos acompaña con punto de partida en la mala fe de uno de los sujetos contratantes y que por lo tanto aspira prohibir como regla y admitir como excepción la tercerización, más que un enfoque timorato o acomplejado, termina negando una realidad que desde hace bastante

tiempo reposa en el concepto de la división del trabajo, de la eficiencia organizativa y de la manifestación de las libertades empresariales con las restricciones y limitaciones propias de un contexto posterior a la noción clásica del fenómeno de la globalización. El rol del Derecho del Trabajo no es ni puede ser prohibir la tercerización laboral, sino el de resguardar los derechos humanos fundamentales de los trabajadores en ese territorio, garantizando la coexistencia de ambas expresiones. Tan sencillo y tan complejo como eso.

Digo más: siempre que la intención de uno de los sujetos contratantes consista en desconocer artificiosamente los derechos humanos fundamentales de los trabajadores –o pretender hacerlo- allí deberá estar presente el *principio protector o de tutela* con manifestación específica para albergar mecanismos que neutralicen y sancionen cualquier acción en dicha dirección. Pero, si en cambio se trata del genuino ejercicio de ese contenido esencial de la libertad económica o de empresa por virtud del cual el patrono o empleador organiza los factores productivos con autonomía y de métodos de gestión, su acción no ha de ser repelida. Es por eso que –como afirmé antes- uno de los epicentros del debate actual en torno al *Derecho del Trabajo* consiste precisamente en delimitar correctamente la intención de las partes, eso sí, con nuevos lentes y monturas.

1. Aproximación conceptual:

La doctrina más autorizada hace sesudos análisis en torno a si el término correcto es tercerización o en cambio cabe mejor hablar de triangulación de relaciones laborales, desconcentración productiva, externalización, subcontratación, etc. En honor a la verdad, cada expresión tiene sus diferencias e incluso un origen propio que, en algunos casos, está ligado a los esfuerzos de la Organización Internacional del Trabajo por instrumentar este espinoso tema.

Si el punto de partida consiste en que ninguna empresa es –ni tiene por que serlo- igualmente eficiente en todas las actividades que requiere llevar a cabo para la consecución de su objeto social, deviene entonces en legítimo definir *de manera autónoma* que es del núcleo del negocio. Por lo tanto, cuando se habla de tercerización -en muy apretada síntesis- se está haciendo mención al ejercicio soberano del derecho de la libertad económica o de empresa, en virtud del cual el patrono o empleador ha dispuesto lícita y autónomamente de la organización de los factores productivos con arreglo a la materialización de su objeto social bajo criterios de eficiencia, deslindando -en consecuencia- aquellas actividades que no llevará a cabo de forma directa.

2. Implicaciones prácticas:

No voy a recrear aquí los elementos objetivo, subjetivo y negocial a los ya que hizo mención el profesor Oscar Ermida Uriarte cuando estudió detenidamente el punto –pues obviamente considero están presentes en la definición anterior- ni tampoco pretendo extenderme en el examen respecto de las formas de externalización referidas por Oscar Hernández Álvarez en su ensayo sobre el tema en análisis (tradicionales, semitradicionales y modernas) a propósito de nuestro régimen jurídico laboral vigente.

Simplemente, corolario de la definición sostenida en el acápite precedente cabe decir que: (i) como regla –no como excepción- se trata del ejercicio lícito del poder de dirección inscrito como forma concreta de expresión del derecho a la libertad económica o de empresa, (ii) el patrono o empleador es el titular de este derecho, (iii) dicho sujeto lo ejerce de forma lícita y autónoma, por lo que cabe esperar limitaciones constitucionales, legales y restricciones con base en la coexistencia respecto de otros derechos humanos fundamentales; y (iv) que consiste en definir la organización de los factores productivos bajo los criterios de eficiencia que estime convenientes, con el propósito de llevar a cabo el objeto

social de la empresa y a tenor de lo cual puede deslindar aquellas actividades que no llevará a cabo de manera directa.

Por lo tanto, no se trata de un delito, en principio tampoco se trata de un concepto peyorativo y menos aun de algo que deba considerarse prohibido salvo expresa tolerancia de ley. Curiosamente, esta aproximación conceptual que propongo ha resultado exactamente opuesta al concepto del cual partió nuestro legislador, por lo que corresponde hacer un examen del régimen jurídico laboral vigente.

3. Exégesis del régimen jurídico laboral venezolano vigente:

Dada la naturaleza de ensayo que tiene el presente texto, me eximo de reproducir por completo el contenido de los artículos 47 y siguientes del Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras publicado en la Gaceta Oficial número 6.076 (extraordinario) de fecha siete (7) de mayo de 2012 (en lo sucesivo LOTTT). ¿Qué decir entonces?

En primer lugar que destaca de la errada técnica en la elaboración de normas, el deseo imperfecto de sus autores de definir cual diccionario elemental –y muchas veces no del todo preciso- cuanto término se atravesie. En este caso, la irresistible tentación dejó muy claro en el artículo 47 de la LOTTT que para nuestra legislación, tercerización es de forma acrobática y automática sinónimo de simulación o fraude, cuya fechoría es cometida por el patrono y que por regla tiene como propósito desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. En este punto usted como lector debe optar entre reír o dejar de leer el ensayo, así que tómese su tiempo y ejecute su decisión.

Para los que aun continúan leyendo estas reflexiones, toca preguntarnos con severidad ¿qué cabe esperar de una normativa que continuamente parte de la presunción de mala fe de uno de los sujetos contratantes y que en el tema *in*

comento prohíbe y define como sancionable, lo que en realidad ha debido ser expresión de un derecho humano fundamental?. Digo más: ¿no debió más bien la norma presumir la buena fe patronal, reafirmar este instituto como parte del derecho a la libertad económica o de empresa, delimitando los linderos para garantizar la coexistencia con los derechos humanos fundamentales de los trabajadores? ¿es de avanzada una norma cuando niega el ejercicio de un derecho por aplicación de otro, o lo es en cambio cuando amalgama ambos derechos para permitir compatibilidades?

En todo caso, la norma añade que además corresponde a la Administración del Trabajo o a la jurisdicción laboral –según incumba- establecer la *responsabilidad del patrono en caso de simulación o fraude a la ley*, que en concordancia con lo establecido en el artículo 535 de la LOTTT conlleva –*prima facie*- a la imposición de una multa entre 120 y 360 unidades tributarias (sin perjuicio de las consecuencias de la declaratoria de existencia de una relación laboral).

Desde luego que la tercerización con ánimo de fraude ha de ser castigada por todo régimen jurídico, ya que la intención del sujeto –de nuevo un problema del debate actual del Derecho del Trabajo- en este caso el patrono o empleador ha sido burlar la aplicación del régimen tuitivo del trabajo negando el ejercicio de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores, por lo que su acción ha de considerarse nula por ser contraria a la Constitución y las leyes. Pero, confundir tan complejo instituto como lo es la tercerización como una suerte de sinónimo automático de negación de existencia de relación laboral, es un triste desatino que empaña el desarrollo de nuestro régimen jurídico al tiempo que esclerosa las formas de organización productivas en pleno desarrollo del siglo XXI, retrocediéndonos conceptualmente a resistencias equiparables a las del maquinismo. Sin duda, habría sido de mayor utilidad invocar los principios del Derecho del Trabajo (verbigracia, el principio de la primacía de la realidad o de los hechos sobre la forma, el principio de intangibilidad, el principio de

irrenunciabilidad, la presunción de existencia de la relación de trabajo) delimitando la responsabilidad patronal en caso de inobservancia.

A renglón seguido, el artículo 48 de la LOTTT ratifica que la tercerización está prohibida. Ahí no hay mucho que interpretar, es una oración simple que se basta a sí misma y que luego cuenta con una tipificación de conductas proscritas por nuestro régimen jurídico caracterizadas por sus enormes grados de imprecisión y delimitación. Es una suerte de test anti-tercerización mal construido, o mejor dicho, de tipificación negativa mal precisada y además de categoría abierta (ex artículo 48.5) entre las que destacan las siguientes prohibiciones:

- (i) *contratar permanentemente obras o servicios dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo, que estén relacionados de manera directa con el proceso productivo; y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma.* Atención que aquí operan cuatro elementos – concurrentes en mi criterio habida cuenta la “y” como conjunción copulativa de adición- que han sido destacados en cursivas. Es decir, que por argumento en contrario si la contratación no es permanente, o si no se ejecuta dentro de las instalaciones de la empresa, o si no está relacionada de forma directa al proceso productivo; o, si su falta de ejecución no interrumpe el proceso productivo, entonces no es conducta reprochada por la LOTTT. No voy a caer en lo que dijo versus lo que quiso decir el autor de la norma: es lo que es y nuestro 48.1 de la LOTTT ha dejado esa “y” en la redacción, a tenor de lo cual se me antoja pensar que únicamente cuando están presentes los cuatro factores es que se cuenta con una conducta ilícita.

- (ii) La intermediación que continua el sendero restrictivo que tuvo origen con ocasión del híbrido reglamentista de las empresas de trabajo temporal, pero esta vez con un condicionante: la intermediación es ilícita –según el artículo 48.2- siempre que tenga por objeto evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del sujeto contratante. De nuevo, por argumento en contrario, si el objeto de la intermediación no tiene esa intención, ha de considerarse lícita con el ingrediente adicional que ahora es un instituto carente de regulación jurídica en la LOTTT.
- (iii) La creación patronal de entidades de trabajo con el propósito de evadir las obligaciones que tiene respecto de los trabajadores (esto de nuevo pone en relieve la importancia que cobra la intencionalidad de las partes en nuestra disciplina).
- (iv) Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil, lo que no es más que una triste y la vez desajustada forma de despachar la evolución jurisprudencial experimentada a partir de la sentencia de fecha trece de agosto de 2002 en el conocido caso de Mireya Beatriz Orta contra Fenaprodo, apoyada consistentemente por la doctrina nacional más autorizada en la materia y con avances importantes contenidos en la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo –entre otros instrumentos- y cuyo examen desborda las pretensiones del presente ensayo.
- (v) Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral, esto es, lo que se le ocurra imaginar al operador jurídico de turno bajo el periscopio de la presunción de mala fe patronal en la lectura de su intento de ejercicio autónomo de poder de dirección y por

tanto de organización de sus factores productivos con arreglo a las especificaciones sostenidas en el presente ensayo.

Ese mismo artículo se ensaña luego con la delimitación de los efectos, reductibles a: asumir todas las obligaciones derivadas de la relación laboral, la incorporación a la nómina directa y protección de inamovilidad hasta tanto esto último ocurra, siendo destacable que –en concordancia con lo anterior- la disposición transitoria Primera de la LOTTT otorgaba un plazo de tres años a partir de la promulgación de dicha Ley (no de su vigencia) para incorporar directamente a la nómina del sujeto contratante a los *trabajadores tercerizados* a la fecha–no para continuar contratándolos durante este tiempo que fue lo que buena parte quiso interpretar- reconociendo nuevamente su inamovilidad laboral, así como también la equiparación de beneficios (por principio de isonomía) con pretensión de efecto retroactivo al origen de los respectivos vínculos jurídicos.

Corolario de lo antes expuesto, puede decirse que en materia de tercerización, la LOTTT la concibe como sinónimo de simulación o fraude en cabeza del patrono, que por regla tiene como propósito desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. Por lo tanto, parte de una concepción peyorativa, presume la mala fe del sujeto contratante, desconoce su definición, naturaleza jurídica real así como también su respectivas implicaciones y restringe mediante infeliz tipificación prohibitiva lo que considera son sus formas de expresión.

Luego de esto, la norma instrumenta el régimen de contratistas en una fórmula bastante similar respecto de la LOTTT derogada, aclarando tras su delimitación jurídica y antes de referir a la *inherencia y conexidad*, que esta figura no se considera ni intermediaria ni tercerizadora, por lo que por mandato expreso legal su tratamiento jurídico –en principio- se encuentra excluido del presente ensayo, bastando afirmar que en aquellos casos en los que se utilice la figura de las contratistas con el propósito de cometer fraude a la ley y por tanto

eludir los efectos típicos de una relación de trabajo, se estaría ante un supuesto de tercerización, tal como lo recita el artículo 50 *in fine* de la LOTTT.

4. Críticas a las prácticas de la Administración del Trabajo:

Como quiera el punto de partida de la norma ha sido el antes expuesto, en la práctica y habida cuenta el cumplimiento del lapso establecido en la disposición transitoria Primera de la LOTTT, la Administración del Trabajo se ha constituido en una suerte de tribunal de la inquisición con un triste punto de partida como lo es la construcción de una lista de requerimientos para determinar si existe o no la satanizada tercerización anunciada en la tristemente célebre reunión en *Los Caracas*. En esa lista, presuntamente se encuentran ocho indicadores de tercerización, doce indicadores de un instrumento denominado de *dependencia o subordinación jurídica*; y finalmente, nueve indicadores de lo que llaman *ajenidad y remuneración*. Hay por tanto una suerte de fusión de concepción peyorativa con epicentro normativo en los artículos 47 y siguientes y una recreación discutible del test de laboralidad (mal aterrizado cabe decir).

Estos factores sumados a las directrices que rigen la política laboral en nuestro país (fuertemente influenciados por una concepción ideológica respecto de las relaciones de trabajo superada hace mucho por la historia de la humanidad) han causado estragos, muy especialmente en Región Central donde se encuentran buena parte de los restos fósiles de lo que alguna vez fue un pujante parque industrial. La arbitrariedad en la aplicación de dicha lista de indicadores, obligó prácticamente a la totalidad de las empresas inspeccionadas a asumir como nómina directa a cuanta persona prestaba servicios, aun en las propias modalidades que la LOTTT admitió como lícitas en su concepto trasnochado de tercerización. Todo ello en el deseo estadístico de engrandecer las cifras contenidas en la Memoria y Cuenta del Ministerio con competencia en

materia laboral que antes se publicaba con relativa frecuencia y que hoy brilla por su ausencia.

La situación de latencia persiste ante la espera de una nueva cruzada de la Administración del Trabajo y si bien, las inspecciones regulares no contienen en principio la evaluación de este factor, actualmente se sigue acumulando denuncias de este tipo con el propósito de documentar una futura oleada de efecto sensacionalista en el corto plazo, pero que en nada contribuye con el mantenimiento de las fuentes de trabajo existentes y; menos aun, con la generación de nuevos empleos.

Aunado a lo anterior, las inspecciones hasta la fecha realizadas, se han caracterizado –en su mayoría- por una ausencia importante de garantías constitucionales, muy especialmente en lo que al derecho a la defensa respecta, la correcta incorporación probatoria y su serena valoración, para entonces emitir un acto administrativo recurrible ante la jurisdicción competente y bajo el resguardo del debido proceso, presunción de inocencia y materialización garantista de la tutela judicial efectiva.

CONCLUSIONES

Corolario de lo sostenido en el presente ensayo tenemos que:

- (i) El debate jurídico en torno a la tercerización laboral está mal planteado si parte –como efecto ocurre en la mayoría de los casos- de un reconocimiento a regaña dientes de la posibilidad que tiene el empleador de organizar los factores productivos.
- (ii) El punto de partida en torno a la tercerización está íntimamente ligado a la noción de *Poder de Dirección*, a la organización de los factores productivos como facultad inscrita en él, a su vinculación

con la libertad económica o de empresa y; por tanto, el necesario debate en torno a su naturaleza jurídica, sus implicaciones y la impremitible coexistencia con los derechos humanos fundamentales de los trabajadores.

- (iii) En el debate de la tercerización laboral es *conditio sine qua non* aceptar que en el ámbito jurídico el patrono tiene derecho a organizar los factores productivos en atención a los fines de la empresa y su necesidad de producción.
- (iv) Ese derecho además encuentra su fuente en el contrato de trabajo y tiene –como se sostuvo- raigambre tanto en el factor económico como en el derecho a la libertad económica o de empresa, esto es, aquel derecho humano fundamental por virtud del cual las personas pueden dedicarse a la actividad económica que estimen conveniente con las limitantes contenidas tanto en el texto constitucional como las que establezcan las leyes.
- (v) Habida cuenta la naturaleza jurídica de la libertad económica o de empresa, deviene en aplicable: a) la presunción de *autoaplicación* bajo el principio de irrevocabilidad, b) la interpretación a favor de la persona humana (principio *pro homine*), c) el principio de efectividad con el objeto de procurar el mayor grado de protección posible, d) el principio de interdependencia, conexidad e integración interpretativa; y e) su consideración como norma mínima o de orden público, entre otros.
- (vi) Igualmente deviene en aplicable las restricciones propias en razón de la necesaria y armónica coexistencia con otros derechos humanos fundamentales, bajo criterios estándares formales y materiales, refiriendo estos últimos a: a) la licitud del fin

perseguido, b) proporcionalidad de la restricción legal y; c) la intangibilidad del núcleo o contenido esencial; puntos sobre los que me he referido en extenso en mi libro antes mencionado y cuyas conclusiones doy aquí por reproducidas.

- (vii) Cuando se habla de tercerización -en muy apretada síntesis- se está haciendo mención al ejercicio soberano del derecho de la libertad económica o de empresa, en virtud del cual el patrono o empleador ha dispuesto lícita y autónomamente de la organización de los factores productivos con arreglo a la materialización de su objeto social bajo criterios de eficiencia, deslindando -en consecuencia- aquellas actividades que no llevará a cabo de forma directa.
- (viii) Por lo tanto, la tercerización: a) como regla –no como excepción- constituye un ejercicio lícito del poder de dirección inscrito como forma concreta de expresión del derecho a la libertad económica o de empresa, b) el patrono o empleador es el titular de este derecho, c) dicho sujeto lo ejerce de forma lícita y autónoma, por lo que cabe esperar limitaciones constitucionales, legales y restricciones con base en la coexistencia respecto de otros derechos humanos fundamentales; y d) que consiste en definir la organización de los factores productivos bajo los criterios de eficiencia que estime convenientes, con el propósito de llevar a cabo el objeto social de la empresa y a tenor de lo cual puede deslindar aquellas actividades que no llevará a cabo de manera directa.
- (ix) Para nuestra legislación, tercerización es de forma acrobática y automática sinónimo de simulación o fraude, cuya fechoría es

cometida por el patrono y que por regla tiene como propósito desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

- (x) Desde luego que la tercerización con ánimo de fraude ha de ser castigada por todo régimen jurídico, ya que la intención del sujeto – de nuevo un problema del debate actual del Derecho del Trabajo- en este caso el patrono o empleador ha sido burlar la aplicación del régimen tuitivo del trabajo negando el ejercicio de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores, por lo que su acción ha de considerarse nula por ser contraria a la Constitución y las leyes.
- (xi) Habría sido de mayor utilidad invocar los principios del Derecho del Trabajo (verbigracia, el principio de la primacía de la realidad o de los hechos sobre la forma, el principio de intangibilidad, el principio de irrenunciabilidad, la presunción de existencia de la relación de trabajo) delimitando la responsabilidad patronal en caso de inobservancia (independientemente de lo que ya abona el artículo 535 de la LOTTT).
- (xii) El artículo 48 de la LOTTT amén de ratificar que la tercerización está prohibida, intenta –no con mucho éxito- enunciar una suerte tipificación de conductas patronales proscritas por el ordenamiento jurídico sobre la materia.
- (xiii) El primero de los tipos proscritos (artículo 48.1 de la LOTTT) implica la concurrencia de cuatro factores, por lo que si la contratación no es permanente, o si no se ejecuta dentro de las instalaciones de la empresa, o si no está relacionada de forma directa al proceso productivo; o, si su falta de ejecución no

interrumpe el proceso productivo, entonces no es conducta reprochada por la LOTTT.

- (xiv) La intermediación que continua el sendero restrictivo que tuvo origen con ocasión del híbrido reglamentista de las empresas de trabajo temporal, pero esta vez con un condicionante: la intermediación es ilícita –según el artículo 48.2- *siempre que tenga por objeto evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del sujeto contratante*. Por lo tanto, si el objeto de la intermediación no tiene esa intención, ha de considerarse lícita con el ingrediente adicional que ahora es un instituto carente de regulación jurídica en la LOTTT.
- (xv) Según la LOTTT, la creación patronal de entidades de trabajo con el propósito de evadir las obligaciones que tiene respecto de los trabajadores, así como también los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil también son consideradas prácticas patronales contrarias a la ley.
- (xvi) En aquellos casos en los que se utilice la figura de las contratistas con el propósito de cometer fraude a la ley y por tanto eludir los efectos típicos de una relación de trabajo, se estaría también ante un supuesto de tercerización prohibida por la ley.
- (xvii) Corolario de lo antes expuesto, puede decirse que en materia de tercerización, la LOTTT la concibe como sinónimo de simulación o fraude en cabeza del patrono, que por regla tiene como propósito desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. Por lo tanto, parte de una concepción peyorativa, presume la mala fe del sujeto contratante, desconoce su definición, naturaleza

jurídica real así como también su respectivas implicaciones y restringe mediante infeliz tipificación prohibitiva lo que considera son sus formas de expresión.