



TERCERIZACIÓN análisis comparativo

RICARDO A. CARBONELL C. – VENEZUELA
XXXV CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO
FINANCIERO
Sao Paulo, Brasil
22-23 septiembre 2016



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **CONCEPTOS**

La TERCERIZACIÓN no es un concepto unívoco. No existe uniformidad.

Los Países y sus legislaciones han abordado el tema de muchísimas formas.

Vamos asumir la TERCERIZACIÓN en su forma más amplia, vale decir, la contratación de personas naturales o jurídicas por parte de una EMPRESA para que realicen una labor o actividad, pero que no constituyan trabajadores ni empleados u obreros.

Nada de ello es nuevo.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **CONCEPTOS**

Desde la industrialización del mundo occidental ha sido constante la TERCERIZACIÓN.

Para ello se han aplicado y se aplican figuras jurídicas previstas en el DERECHO CIVIL como el arrendamiento de servicios.

Igualmente en el DERECHO MERCANTIL o COMERCIAL, encontramos contratos de AGENCIA, CONSESIONARIO, SUMINISTRO DE MERCANCIAS, DISTRIBUCIÓN, FRANQUICIAS, incluyendo entes societarios como SOCIEDADES EN COMANDITA, o no corporativas como CUENTAS EN PARTICIPACIÓN y CONSORCIO.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **CONCEPTOS**

Los autores llaman a la **TERCERIZACIÓN** como la **DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA**, que implican *la realización de actividades para empresas por parte de unidades más o menos independientes.*

Normalmente las sociedades han proyectado que *las actividades de una empresas son cumplidas por quienes la integran dentro de su ámbito organizacional.*



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **CONCEPTOS**

En virtud de lo expresado anteriormente se hablan de la **SUBCONTRATACIÓN**, la **INTERMEDIACIÓN**, la **EXTERIORIZACIÓN**, el **OUTSOURCING**, el **ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS u OBRAS**.

No debe confundirse con la **TERCIARIZACIÓN**. Esta supone la transferencia de actividades de una empresa industrial a una de servicios.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **CONCEPTOS**

Desde el punto de vista del DERECHO LABORAL, el asunto central se ha ubicado en que se piensa que la DESCENTRALIZACIÓN o la TERCERIZACIÓN ha nacido con la finalidad:

- ✓ *Defraudar los derechos y beneficios de los trabajadores.*
- ✓ *Reducir la capacidad de negociación de los trabajadores.*
- ✓ *Obstaculizar o impedir la formación de los sindicatos.*



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **CONCEPTOS**

En el análisis de las legislaciones laborales se observa permanentemente que tienen como finalidad de prohibir modalidades de contratación. El afán es adelantarse a las conocidas *arquitecturas jurídicas*.

En este sentido, se detectan una visión muchas veces parcializadas a favor de los sectores llamados menos favorecidos. Es una tendencia parcializada, y quizás no totalmente emprendedora.

Un ejemplo es Venezuela como se verá en esta exposición.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **CONCEPTOS**

En la revisión de situaciones contractuales, o bajo nuestro escrutinio, hay que tomar en cuenta cuatros elementos vitales:

- ✓ **AUTONOMÍA JURÍDICA**
- ✓ **AUTONOMÍA ECONÓMICA**
- ✓ **AUTONOMÍA DE RIESGO**
- ✓ **AUTONOMÍA OPERACIONAL**



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **CONCEPTOS**

Los países tienen realidades socioeconómicas muy diferentes, lo cual hace que sus comportamientos así como legislaciones lo cumplan de diversas formas.

Es importante que los países aborden sus acciones con decisión para promover e impulsar el desarrollo y progreso en sus actividades productivas y de mejoras sociales, para que su gente puedan participar activamente en la realización de sus expectativas.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **CONCEPTOS**

La globalización implica que los países no se queden paralizados en posición de letargo o de permanente queja.

Es preciso impulsar e impulsar el trabajo creador y productivo.

La libertad con responsabilidad tiene que ser el principio rector para el ejercicio de las actividades del hombre.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**

La **TERCERIZACIÓN** o **SUBCONTRATACIÓN** laboral pueden cumplirse de diversas formas, dependiendo de las actividades o sectores económicos de las empresas.

Las acciones del hombre son diferentes, no son uniformes. Abordar la acción de producir o de servir de una misma manera, es condenarnos a reglas arbitrarias y meramente formales.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**
 - ✓ *El suministro de mano de obra a través de un intermediario, siendo sus formas más tradicionales el contrato de equipos y el enganche por medio de un reclutador.*
 - ✓ *El suministro de mano de obra a través de una empresa de trabajo temporal o de servicios eventuales, la cooperativa de trabajadores (PERÚ), la entidad empleadora (CUBA) o los préstamos de mano de obra interempresas o entre empresas principales y subordinadas (CHILE).*



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- MODALIDADES DE CONTRATACIÓN
 - ✓ *El contrato de trabajo a domicilio, que quizás es la única forma de subcontratación de producción a la que numerosos países reconocen naturaleza laboral.*
 - ✓ *Existe la subcontratista, cuando ésta demuestra que tiene entidad o carácter jurídico, operativo o patrimonial para cumplir con lo contratado, por medio de los terceros.*
 - ✓ *La intermediación es la forma más simple de contratación pero no elude la responsabilidad.*



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

- ✓ *Existen legislaciones que disponen que los contratistas son empleadores en sentido estricto del término, cuando contratan obras o partes de obra en beneficio de otro para ejecutarlas por cuenta propia y sujeción a éste.*

Si lo ejecuten con sus propios elementos, equipos y asumiendo sus propios riesgos, la empresa beneficiaria no es responsable de los trabajadores de la empresa contratista.

Esto se aplica en las legislaciones de México, República Dominicana, Panamá, Guatemala, Costa Rica, Colombia.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**
 - ✓ *El Intermediario es toda persona que sin ser representante conocido del empleador, interviene por cuenta de este último en la contratación de los trabajadores.*
 - ✓ *En República Dominicana se establece que los jefes de equipos, cuando trabajan bajo la autoridad de un empleador, son a la vez intermediarios y trabajadores.*



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**
 - ✓ *Las empresas de trabajos temporales o de trabajos eventuales son legítimas y en muchas legislaciones se encuentran permitidas, y no constituyen instrumentos fraudulentos. Ejemplo: Argentina, Brasil, Colombia, Perú. Estas se encuentran reguladas por la convención 181 de la OIT. Normalmente están autorizadas para cubrir vacantes de manera transitoria o atender necesidades estacionales o tareas no permanentes.*



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

✓ *La cooperativa de trabajadores está permitida y regulada en PERÚ.*

Estas entidades son creadas para promover el empleo autónomo por intermedio de las cuales pueden cubrir hasta el 50% de la plantilla.

Es una modalidad novedosa. Lo importante que no constituya una ficción.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- MODALIDADES DE CONTRATACIÓN
 - ✓ *La entidad empleadora cubana. Las empresas extranjeras contratan a la ente estatal empleadora.*
 - ✓ *La empresa extranjera le paga a la entidad empleadora, y ésta a su vez le paga a los trabajadores, conforme a las políticas del Estado cubano*



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **VENEZUELA**

Se entiende por tercerización la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

Los órganos administrativos o judiciales con competencia en materia laboral, establecerán la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en caso de simulación o fraude laboral, conforme a la LOTT.

Artículo 47 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **VENEZUELA**

Queda prohibida la tercerización, por tanto no se permitirá:

1. La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma.

Artículo 48 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **VENEZUELA**

2. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral contratante.

3. Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras.

Artículo 48 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **VENEZUELA**

4. Los contratos o convenios fraudulentos destinadas a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil.

5. Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral

Artículo 48 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **VENEZUELA**

En los casos anteriores los patronos o patronas cumplirán con los trabajadores y trabajadoras todas las obligaciones derivadas de la relación laboral conforme a la LOTTT, e incorporarán a la nómina de la entidad del trabajo contratante principal a los trabajadores y trabajadoras tercerizados o tercerizadas, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo.

Artículo 48 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **VENEZUELA**

Son contratistas las personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encargan de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recursos propios, y con trabajadores o trabajadoras bajo su dependencia.

La contratista no se considerará intermediario o tercerizadora.

Artículo 49 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **VENEZUELA**

A los efectos de establecer la responsabilidad solidaria del ejecutor o ejecutora de la obra o beneficiario del servicio, se entiende por inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el o la contratante; y por conexa, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.

Artículo 50 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **VENEZUELA**

La responsabilidad del ejecutor o ejecutora de la obra o beneficiario del servicio se entiende hasta los trabajadores contratados o trabajadoras contratadas por subcontratistas, aún en el caso de que el o la contratista no esté autorizado o autorizada para subcontratar; y los trabajadores o trabajadoras referidos o referidas gozarán de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores empleados y trabajadoras empleadas en la obra o servicio.

Artículo 50 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **VENEZUELA**

Cuando un o una contratista realice habitualmente obras o servicios para una entidad de trabajo en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexas con la de la entidad de trabajo que se beneficie con ella.

Artículo 50 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **VENEZUELA**

Si se determina que la contratación de obras o servicios inherentes o conexos sirve al propósito de simular la relación laboral y cometer fraude a la LOTTT, se considerará tercerización.

Artículo 50 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **VENEZUELA**

El patrono o patrona incurso en hechos o actos de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral, se le impondrá una multa no menor del equivalente de 120 unidades tributarias, ni mayor del equivalente a 360 unidades tributarias.

1 UT = Bs 177 (US\$ 0,27)

120 UT = Bs 21.240 (US \$ 32,67); 360 UT = Bs 63.720 (US \$ 98,03)

Artículo 535 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **TEST**
- **Naturaleza Jurídica de la Contratista:** Persona Natural-Persona Jurídica
- **La contratista tiene sede física:** Si No
- **Monto del capital social de la contratista es suficiente para el cumplimiento del servicio contratado:** Suficiente Insuficiente



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- En el documento del contrato se evidencia que la forma de determinar el trabajo contratado es: Preciso Impreciso
- La contratista o sus trabajadores prestan servicio en las instalaciones de la EMPRESA: Si No
- La contratista o sus trabajadores tienen el mismo horario que los trabajadores de la EMPRESA: Si No



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

32

- Si la contratista es persona natural si la forma de efectuarse el pago del trabajo contratado es: Periodica Por cumplimiento de objetivos
- Quien supervisa a la contratista o a los trabajadores de la contratista:
La propia contratista LA EMPRESA
- La contratista presta el servicio con sus propios elementos: Si No



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- **LA EMPRESA suministra lo necesario para que la contratista cumpla el contrato:** Si No
- **Quién asume la pérdida por la inejecución del trabajo contratado:**
La contratista La EMPRESA
- **Existe exclusividad de servicio de la contratista para con la EMPRESA:**
Si No



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- La actividad de la contratista es inherente o con la actividad de la EMPRESA: Si No
- La actividad de la contratista es conexas con la de la EMPRESA: Si No
- Para la contratista, el pago realizado por la EMPRESA es su mayor fuente de lucro? Si No



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- Sin el servicio de la contratista, la operatividad de la EMPRESA se vería afectada? Si No

- Idénticas o similares actividades efectuadas por la contratista también las ejecutan trabajadores fijos de la nómina de la EMPRESA?

 Si No



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- COLOMBIA:

El 8 de abril de 2016 el gobierno expidió el Decreto 583, que reglamenta los aspectos generales de las investigaciones administrativas sancionatorias sobre tercerización laboral ilegal en Colombia.

Este Decreto, reglamentario del artículo 63 de la ley 1429 de 2010 (ley de formalización laboral) y del artículo 74 de la Ley 1753 de 2015 (ley que adoptó el plan de desarrollo), a juicio de la Escuela Nacional Sindical representa un retroceso en la materia, y va en contravía de lo que inicialmente se estipuló en el Plan de Acción Laboral (PAL) suscrito entre los gobiernos de Colombia y EEUU.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- COLOMBIA:

Según el análisis de la ENS, el Decreto 583 lo que en esencia hace es legalizar la tercerización laboral en todos los escenarios, incluso en aquellos que hasta la fecha estaban protegidos por la legislación laboral, es decir, en casos de actividades misionales y permanentes. Permite que las empresas deslinden responsabilidades directas de la relación laboral y las trasladen a terceros proveedores.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- PERÚ:

Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- PERÚ:

Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal. La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

40

- PERÚ:

Constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- PERÚ:

Los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

- PERÚ:

Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2o y 3o de la Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8o de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

43

- BIBLIOGRAFÍA:
 - Dr. Juan Rafael Infante Izaguirre, Mercantil C.A., Banco Universal
 - Estudio titulado ‘Descentralización, Subcontratación y Tercerización’, de los Dres. Oscar Ermida Uriarte y Natalia Colotuzzo; Oficina Internacional del Trabajo, 2009.
 - Cuadernos de Integración Andina, N° 20, La Subcontratación Laboral; Consejo Consultivo Laboral Andino, 2007.



TERCERIZACIÓN XXXV COLADE 2016

44

Muchas gracias,

Ricardo A. Carbonell Cornejo

iusdata@gmail.com

@iusdata

www.iusdata.com