



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho del Trabajo

**REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DEL
TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS.**

Trabajo Especial presentado para optar al Título de
Especialista en Derecho del Trabajo.

Autora: Diana Padilla Quintero C.I. 18.553.709

Tutor: Juan García Vara.

Caracas, Enero de 2016.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por darme la vida y permitirme haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional. A mi querida abuela, quien influyo en mi formación desde pequeña para ser una persona exitosa, de buenos hábitos, sentimientos y valores, para ti que siempre me has acompañado desde el lugar donde te encuentras, ocupando un lugar privilegiado en mi corazón. A mi madre, por sus valiosos consejos, por ser mi ejemplo a seguir y por su apoyo incondicional. A mi hermana quien ha demostrado que las metas se pueden cumplir cuando se persiguen con valor y fortaleza. Para ti hermana a quien tanto extraño. A mis adorados sobrinos y ahijadas, a quienes les espera un largo camino de vida, lleno de esperanzas y oportunidades. A mi compañero de vida Jorge Siónchez, quien a través de los años ha sabido apoyarme para continuar y nunca renunciar.

*“La dicha de la vida consiste en tener siempre algo que hacer,
alguien a quien amar y alguna cosa que esperar”.*

Thomas Chalmers

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por protegerme durante todo mi camino, guiarme y darme las fuerzas para superar obstáculos y dificultades a lo largo de toda mi vida.

Muy especialmente agradezco a mi madre por todo el esfuerzo empleado para ofrecerme una vida llena de oportunidades. Por ti soy quien quiero ser.

Agradezco también la confianza y el apoyo brindado de Jorge Sióncnez, quien sin duda me ha demostrado su incondicional amor.

A toda la Familia y amigos que han estado pendientes en la culminación de este proyecto y ha seguido mi carrera profesional de cerca.

A mi tutor de Tesis, por depositar su confianza en el trabajo, por su paciencia y valiosa dirección. Gracias por apoyarme en la realización de la tesis y conclusión de la misma.

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho del Trabajo

REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS.

Autora: Padilla Quintero Diana
Tutor: Juan García Vara
Fecha: Marzo 2015

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad realizar un análisis teórico documental de la regulación de la tercerización en el Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Para ello, se establecieron los siguientes objetivos específicos que delimitan el área de investigación: a) Analizar la naturaleza jurídica de la tercerización en el marco de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; b) Generar un instrumento didáctico que sirva como modelo para que nos permita esclarecer si una determinada modalidad de ejecución de obras o prestación de servicios constituye una expresión de tercerización, bajo el concepto de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Las interrogantes que se plantearon en la investigación fueron las siguientes: ¿Cuál era el tratamiento de esta actividad antes de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras?, ¿Qué debe entenderse por tercerización?, ¿Cómo es regulada la tercerización en la legislación venezolana?, ¿La tercerización implica siempre fraude a la ley y simulación laboral?, ¿Qué tipo de relaciones jurídicas pueden configurarse entre la empresa principal y un tercero?, ¿Cuándo estamos en presencia de una empresa tercerizada?. El tipo de Investigación fue documental, fundamentada en el análisis de las principales fuentes bibliográficas, legislativas y jurisprudenciales nacionales y extranjeras que regulan la materia. Finalmente, las principales conclusiones.

Palabras Claves: Tercerización, Subcontratación, Simulación, Fraude a la Ley.

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho del Trabajo

**REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DEL
TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS.**

Autora: Padilla Quintero Diana
Tutor: Juan García Vara
Fecha: Marzo 2015

SUMMARY

This research aims to make a theoretical analysis documentary regulation of outsourcing in the Decree with rank and force of Organic Labor Law, Workers and Workers. To do this, the following specific objectives that define the area of research were established: a) Analyze the legal nature of outsourcing within the framework of the Organic Labor Law, Workers and Workers; b) Generate a teaching tool to serve as a model to allow us to clarify whether a particular form of execution of works or services is an expression of outsourcing, under the concept of the Organic Labor Law, Workers and Workers. The questions raised in the investigation were the following: What was the treatment of this activity before the Labor Law, Workers and Workers ?, What is meant by outsourcing ?, How is regulated outsourcing Venezuelan law ?, outsourcing always involves fraud law and labor simulation ?, What kind of legal relationships can we set between the parent company and a third ?, When we are dealing with an outsourced company ?. The research was documentary, based on the analysis of the main bibliographic, legislative and jurisprudential domestic and foreign sources governing the matter. Finally, the main conclusions.

keywords: Outsourcing, Subcontracting, Simulation, Fraud Law

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA -----	2
AGRADECIMIENTO -----	3
RESUMEN -----	4
ÍNDICE GENERAL -----	6
INTRODUCCIÓN -----	8
<u>CAPITULO I. DE LA INVESTIGACIÓN.</u>	
1.1 Planteamiento del Problema.-----	10
1.2 Justificación del objeto de estudio.-----	12
1.3 Objetivos de la Investigación -----	14
1.3.1 Objetivo General -----	14
1.3.2 Objetivos Específicos. -----	14
1.4 Preguntas de la Investigación. -----	14
<u>CAPÍTULO II. MARCO METODOLÓGICO.</u> -----	15
<u>CAPÍTULO III. MARCO TEÓRICO REFERENCIAL.</u>	
3.1 Antecedentes a la Tercerización. -----	16
3.2 Definición de Tercerización. -----	18
3.3 Noción de Entidad de Trabajo. -----	20
3.4 Definición de Patrono.-----	22
3.4.1 Sustitución de Patrono -----	23
3.4.2 Grupo de Entidad de Trabajo -----	25
3.5 Definición de Trabajador.-----	27

CAPÍTULO IV. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN: REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS.

4.1 Breves Notas al fallido Convenio Internacional del Trabajo sobre la Subcontratación. -----	30
4.2 Referencia a la Recomendación Nro. 198 de la Organización Internacional del trabajo sobre la relación de trabajo. -----	32
4.3 Definición Legal de la Tercerización. -----	36
4.4 Del Contratista e Intermediario en el Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley Orgánica de Trabajo, Los Trabajadores y Trabajadoras. -----	46
4.4.1 Del Contratista -----	46
4.4.2 Cuando una Obra es Conexa e Inherente según la LOTTT -----	50
4.4.3 Del Intermediario -----	53
4.5 Órganos competentes para determinar la responsabilidad de quienes incurran en Simulación o Fraude Laboral. -----	56
4.6 Vigencia de la Tercerización en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo los Trabajadores y Trabajadoras. -----	63
4.7 Obligaciones y Consecuencias que impone la regulación de la Tercerización en la LOTTT. -----	65

CAPÍTULO V. <u>DERECHO COMPARADO.</u> Regulación de la Tercerización en Perú. Tratamiento Jurídico. -----	67
--	-----------

CAPÍTULO VI. <u>PROPUESTA.</u> Modelo para la identificación de la tercerización. Propuesta de Test de indicio de tercerización. -----	72
---	-----------

CONCLUSIONES -----	78
---------------------------	-----------

RECOMENDACIONES -----	80
------------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA -----	82
---------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

Los cambios económicos, tecnológicos y de estrategias productivas que se han suscitado en los últimos años, han hecho que aparezcan nuevas formas de organización de la producción y del trabajo. Estas formas de organización empresariales han acogido a nivel mundial distintas denominaciones, siendo las más comunes: descentralización, externalización, exteriorización del empleo, subcontratación, Outsourcing, tercerización y desconcentración productiva, las cuales han generado “relaciones laborales triangulares” (por ejemplo, entre la empresa principal, el subcontratista y el trabajador o entre la empresa usuaria, la empresa suministradora y el trabajador), todas ellas utilizadas con el propósito de contratar servicios de un tercero para la producción de la empresa. Sin embargo, el uso indebido de estas figuras por parte de las compañías, en desmejora y desprotección laboral de los trabajadores, ha traído como consecuencia, por parte de algunos países, la regulación de las mismas.

En Venezuela, el estudio de la tercerización laboral se ha constituido en uno de los temas de mayor interés a raíz de la promulgación del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en lo adelante LOTT, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 6.076 en fecha 7 de mayo de 2012, en virtud de que incorpora un concepto de tercerización, vale decir, la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación del trabajo; reconociendo y permitiendo al mismo tiempo la figura del Contratista, es decir, las personas que mediante contratos se encarguen de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recursos y con trabajadores bajo su dependencia.

El presente trabajo de investigación tiene por finalidad analizar e identificar, bajo la legislación laboral vigente, cuándo estamos en presencia de una empresa tercerizada de cara al proceso social trabajo. Para este propósito en el capítulo II, partiremos de los antecedentes de esta figura en la Legislación Venezolana y seguidamente en el Marco Teórico Referencial se desarrollará la definición de la tercerización, la del patrono y las distintas formas en que éste se presenta frente al trabajador (sustitución de patrono, grupo de entidad de Trabajo, contratista e intermediario) y la definición del Trabajador, adaptados todos a la LOTTT.

En el capítulo IV se analizará la definición legal de la tercerización en Venezuela, haciendo breves referencias al fallido convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la subcontratación, y a la Recomendación Nro. 198 sobre la relación de trabajo, aceptada expresamente por Venezuela; posteriormente se analizará la figura del contratista e intermediario, para dibujar un panorama complejo de la legislación venezolana acerca del tema y con ello pretender generar un instrumento que nos permita esclarecer si una determinada modalidad de ejecución de obras o prestación de servicios constituye una expresión de tercerización bajo el concepto establecido en la LOTTT.

Igualmente, analizaremos del derecho comparado la normativa de Perú, en especial el tratamiento que dicho país ha venido dando a ésta figura, y cómo su doctrina ha abordado el tema.

Finalmente, obtendremos un material que sintetice de forma práctica y didáctica la perspectiva laboral del nuevo régimen de contratación de servicios externos en las empresas.

CAPITULO I

DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La figura de Tercerización no ha sido definida en el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), y una de las tantas dificultades de comprensión que presenta esta figura radica en la variedad de sentidos con que dicha expresión es utilizada. A pesar de ello, la mayoría de los países ha utilizado esta expresión como externalización de actividades de la empresa, como apunta Germay Sánchez: “una forma especial de organización y división del trabajo en función de la cual la empresa principal se reserva una ocupación central o esencial, y todos los servicios periféricos, no esenciales o secundarios son encomendados a otras empresas especializadas en cada una de las actividades”.¹

Sin embargo, La tercerización laboral en Venezuela, no aparece definida en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras como externalización de actividades propiamente, sino como una ilegalidad, vale decir, como fraude a la ley o simulación laboral, calificándola como una conducta atípica y prohibiéndose expresamente.

Este concepto de tercerización contemplado en la ley sustantiva laboral venezolana, ha dado lugar a una serie de opiniones encontradas y a debates

¹Germay Rodolfo Sánchez Gil: *Tercerización para grandes negocios*. Evento presentado por Level (3) y DebaTIC. 29 de noviembre de 2012. Presentación disponible en la web: <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2013/11723a10.pdf>

entre los distintos factores involucrados, sobre el alcance exacto de su contenido, las instituciones que abarca y las consecuencias que comporta para los involucrados en dichas relaciones, que la doctrina ha catalogado como triangulares.

Esta afirmación, es planteada por el Profesor Juan Carlos Pro-Rísquez cuando en su ensayo sobre La Tercerización y la Subcontratación en el marco de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras señala que diversos sectores han interpretado el concepto de tercerización de diversas maneras, en este sentido indica: “Los Diversos sectores han elegido interpretar a la par de la prohibición de tercerización, una eliminación de la subcontratación laboral; estableciendo que cualquier situación en la cual exista una prestación de servicio por un ente contratado fuera del seno de la unidad de trabajo, bajo cualquier forma de contratación distinta del régimen del derecho del trabajo; está proscrita en el ordenamiento jurídico venezolano. Otros opinan que dicha prohibición no se extiende a la figura de la subcontratación laboral la cual se encuentra plenamente vigente y está totalmente permitida en Venezuela”.²

De esta manera, el tratamiento de la tercerización en la LOTTT, arroja algunas dudas sobre su alcance y sobre la licitud de cualquier modalidad de contratación con un tercero que implique la presencia de sus trabajadores en los centros de trabajo del beneficiario. De tal forma, se hace necesario analizar la figura de la tercerización bajo el marco de la vigente LOTTT con el objeto de dilucidar la verdadera naturaleza jurídica de la misma y poder distinguir o esclarecer cuándo una determinada modalidad de ejecución de obras o prestación de servicios constituye una expresión de tercerización bajo el concepto establecido en dicha Ley.

² Juan Carlos Pro-Risquez: *La Tercerización y la Subcontratación en el marco de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (“LOTTT”)*, Pág. 3 y 4. (2013).

1.2 JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Como apunta el Profesor Luis Oquendo Rotondaro: “El tema de la empresa o entidad de trabajo, surge como una universalidad de bienes dirigidos por unas o varias personas naturales o jurídicas, orientados hacia un resultado específico cuyos fines establecen distintas formas de organización de la actividad empresarial. Es esa capacidad y posición de organizar la que sirve para determinar si estamos o no en presencia de la figura patronal en cualquiera de sus formas de presentación.”³

El presente trabajo, es de suma importancia porque nos permitirá situarnos en la figura patronal en cualquiera de sus formas, vale decir, grupo de entidad de trabajo, unidad jurídico económica, sustitución de patrono, intermediario y contratista, para analizar bajo cuáles supuestos nos hallamos en presencia de una empresa tercerizada, de conformidad al concepto propuesto en la LOTTT, a los fines de evitar la sanción indemnizatoria administrativa o judicial que prevé esta legislación.

Desde un punto de vista teórico, podrá acrecentar el alcance o desarrollo de conceptos y definiciones que con su aplicación en el ámbito del Derecho Laboral ayudaría a profundizar conocimientos acerca de la tercerización en Venezuela, permitiendo que las conclusiones emanadas del análisis del tema sean de necesario seguimiento por los actores sociales involucrados.

Asimismo, desde el punto de vista metodológico, podrá utilizarse como antecedentes a otras investigaciones similares para profundizar lo ya existente y servir de soporte teórico en lo concerniente a la figura de la tercerización.

³ Luis Oquendo Rotondaro: *Identidad entre el concepto de empresa, patrono, grupo de empresas, unidad jurídico-económica, patrono, sustituido e intermediario*. Revista derecho del trabajo/ fundación Universitas Nro. 2. (2006). Resumen del autor.

Por último, desde el punto de vista práctico, la presente investigación ofrecerá un instrumento que pueda ser utilizado por las empresas, trabajadores, instituciones y tratadistas como mecanismo que nos permita identificar si alguna modalidad de ejecución de obras o prestación de servicios constituye una expresión de tercerización bajo la noción de fraude o simulación laboral o, por el contrato, constituye una expresión de contratación, figura no prohibida en la Ley sustantiva laboral.

1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1 Objetivo General:

Analizar la Regulación de la Tercerización en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

1.3.2 Objetivos Específicos:

1. Analizar la Definición legal de la Tercerización en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

2. Generar un instrumento didáctico que sirva como modelo para que nos permita esclarecer si una determinada modalidad de ejecución de obras o prestación de servicios constituye una expresión de tercerización, bajo el concepto de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

1.4 PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.

¿Cuál era el tratamiento de esta actividad antes de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras?

¿Qué debe entenderse por tercerización?

¿Cómo es regulada la tercerización en la legislación venezolana?

¿La tercerización implica siempre fraude a la ley y simulación laboral?

¿Qué tipo de relaciones jurídicas pueden configurarse entre la empresa principal y un tercero?

¿Cuándo estamos en presencia de una empresa tercerizada?

CAPITULO II

MARCO METODOLÓGICO

La presente Investigación es de tipo documental por cuanto consiste en el análisis de la tercerización en el ordenamiento jurídico venezolano, específicamente bajo el marco de la LOTTT. Para ello, se consultaron diversos textos jurídicos, doctrinas de diversos autores, jurisprudencia nacional y extranjera.

Bernal (2006, p.100), plantea que la investigación de este tipo, permite el conocimiento previo o bien el soporte documental, vinculante al tema de estudio, conociéndose los antecedentes y los autores quienes han escrito sobre la materia. En efecto, este proyecto refiere una modalidad documental, por cuanto establece el marco teórico conceptual fundamentado en el análisis de las doctrinas actuales.

Como método utilizaremos un enfoque cualitativo. Señala Roberto Hernández Sampieri que la investigación se define como; “un conjunto de procesos sistemáticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno. Durante el siglo XX, dos enfoques emergieron para realizar la investigación: el enfoque cuantitativo y el enfoque cualitativo.

Los dos enfoques constituyen un proceso que a su vez, integra diversos procesos. El enfoque cuantitativo es secuencial y probatorio. Cada etapa precede a la siguiente y no podemos “brincar o eludir” pasos, aunque desde luego, podemos redefinir alguna fase. El proceso cualitativo es “en espiral” o circular, donde las etapas a realizar interactúan entre sí y no siguen una secuencia rigurosa.”⁴

⁴ Hernández Sampieri Roberto: *Metodología de la Investigación*, Ediciones Mc Graw Hill, Quinta edición, Pág. 20. 2010.

CAPITULO III

ANTECEDENTES Y MARCO TEORICO

3.1 ANTECEDENTES A LA TERCERIZACIÓN.

“En América Latina, la regulación jurídica de las relaciones triangulares ha pasado por tres etapas bien diferenciadas. La primera se caracterizó por profundizar las restricciones patronales en el uso de estas figuras y reforzar las responsabilidades tanto de quien contrataba al trabajador como de quien recibía el servicio. En casi todas las legislaciones se prohibieron las agencias lucrativas de colocación de trabajadores, que pueden ser consideradas antecedentes de las Empresas Temporales de Trabajo (ETT). En este periodo se Construyó un Derecho del Trabajo de fuerte carácter protector. En la segunda Etapa se abren las puertas para un uso ilimitado de esas figuras, pues se permite el funcionamiento de las Empresas Temporales de Trabajo (ETT) y se facilita la utilización de las cooperativas de trabajo asociado para escapar del ámbito de aplicación de la legislación y se disminuyen las responsabilidades patronales. Este es el período de la flexibilización laboral. El derecho del Trabajo incorpora entre sus objetivos la productividad, competitividad y la generación de empleo. En la Tercera Fase denominada entre garantismo y flexibilidad se comienza a retroceder en la flexibilización y se recuperan espacios para la protección. En los últimos años varias legislaciones empiezan a poner límites a las formas de tercerización o externalización, además las reformas vuelven a limitar las contrataciones temporales o por tiempo determinado con lo que se trata de frenar la expansión de la externalización de actividades.”⁵

⁵Consuelo Iranzo y Jacqueline Richter: *La subcontratación laboral. Bomba de tiempo a la paz social*. Cuaderno de Integración Andina, Nro.20 la subcontratación laboral-análisis y perspectivas. Pág. 163-166. Diciembre 2007.

En el Período Garantista, primeros veinte años del siglo XX, se comienzan a dictar las leyes laborales en América Latina. Es justamente para satisfacer las necesidades de los nuevos modelos de producción que dos formas típicas de triangulación laboral comienzan a surgir. La primera colocación de Trabajadores, en donde los abusos que se cometían con las ofertas de trabajo produjeron como consecuencia a que fuese prohibida. También los intermediarios clásicos fueron regulados, desde sus inicios fue visto con mucho recelo por la legislación laboral. Los procesos de industrialización y los sectores de exportación también requerían de la construcción de ciertas obras y de la prestación de ciertos servicios, ello generó un espacio importante para el desarrollo de las contratistas. La legislación de la época miro la figura con menor recelo, su uso se consideró de forma lícita de organización de trabajo por parte de las empresas, pero siempre se pensó que el empresario principal debía tener cierta responsabilidad. En la década de los años treinta, los códigos y leyes laborales regulan con mucho más detalle el uso de estas figuras. El recelo inicial se profundiza y las restricciones se acrecientas, se reforzaron las responsabilidades del intermediario frente a los trabajadores, aunque nunca se llegó a considerar patrono principal. Las relaciones laborales triangulares contaron con un marco restrictivo hasta la década de los setenta.

En la etapa de Flexibilización, a inicios de los años ochenta, la salida a la crisis económica que se defendía en esos momentos se fundamentaba en una visión neoliberal, aplicable no sólo a las relaciones laborales. Por ello, se propugna una reestructuración del estado, una reestructuración productiva que se impulsó fundamentalmente con una flexibilización basada en la reducción de los costos laborales. Empieza a ser promovida la subcontratación laboral. Esta nueva forma de organización requería una nueva institución laboral, que le posibilite reducir y ampliar las plantillas de trabajadores con absoluta libertad. Las primeras modificaciones se

efectuaron en la década de los setenta y las realizaban gobiernos militares, materia de intermediarios y contratistas se eliminaron las restricciones posibilitando su uso ilimitado en ambas figuras; la década de los noventa fue sin duda la de flexibilización laboral. Los países que han conservado su legislación garantista no han logrado que estas modalidades no se utilicen.

En la situación actual entre el período garantista y de flexibilización; diversas razones han confluído para que una contrarreforma de carácter garantista comience a aparecer en las regiones. En Venezuela, la flexibilización avanzó en la reforma de 1997, aunque se redujo la flexibilización salarial. En 1999, es altamente garantista y llegó incluso a penalizar el fraude a la ley laboral, lo que incluye el uso de intermediaciones fraudulentas. En el año 2001, se reformó la ley de cooperativas. Hasta ese momento la legislación del país consideraba que el asociado que preste servicios personales a la cooperativa era un trabajador de ésta, en cambio la reforma establece que los asociados no se rigen por la legislación laboral, también la reforma posibilita la subcontratación a través de cooperativa. Actualmente, con la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras se establece el carácter prohibitivo de la tercerización en fraude a la ley, permitiendo al mismo tiempo la figura del contratista.

3.2 DEFINICION DE LA TERCERIZACIÓN.

La figura de tercerización no ha sido definida en el diccionario de la Real Academia Española, y una de las tantas dificultades de comprensión que presenta esta figura radica en la variedad de sentidos con que dicha expresión es utilizada.

Existen diversas opiniones sobre la terminología en relación con la tercerización/Subcontratación. Frecuentemente se han utilizado expresiones en un sentido demasiado amplio, con lo cual estos conceptos se entrecruzan

e intercambian. Asimismo, se recurre a una variedad de sinónimos para el mismo concepto.

Para Oscar Ermida Uriarte y Álvaro Orsatti, el concepto de tercerización se refiere “a la aparición de un tercero, es decir, la nueva empresa, que entra en relación con la empresa que externaliza y los trabajadores de ambas. Las actividades o funciones trasladadas también han sido definidas como “encargadas”, “derivadas” o “concedidas” al tercero”⁶

Para Oscar Ermida Uriarte y Natalia Colotuzzo, En un sentido más amplio, la tercerización puede ser entendida como la transferencia o la contratación externa de cualquier tipo de actividad, en este sentido señalan lo siguiente: “Actividades que anteriormente eran desarrolladas internamente, dentro de la estructura de la empresa, se externalizan, o sea, pasan a ser realizadas en el exterior de la empresa, por terceros. Por otro lado, puede darse también una tercerización cuando determinados trabajos son transferidos de las industrias manufactureras a las de servicios. La tercerización siempre supone una transferencia de actividades del sector industrial o secundario al sector terciario o de servicios”⁷

Para Luis Bueno Rodríguez y Matteo Dean “introducir el concepto de Outsourcing/Tercerización es necesario previamente considerar otros con los que tiene alguna vinculación. En primer lugar, los de Descentralización o Desconcentración productiva, que se ubican en la órbita de la organización de la producción, de la estructura de la empresa y de las relaciones de ésta

⁶ Oscar Ermida Uriarte y Álvaro Orsatti. *Estrategia Sindical hacia Trabajadores Tercerizados*. (2009) Pág. 2-3 disponible en la página web: http://white.oit.org.pe/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/gtas/gtas_aportes/asesores/gtas_libro2010-ermida.pdf

⁷ Oscar Ermida y Natalia Colotuzzo; *descentralización, tercerización, subcontratación*. primera edición 2009. publicación de la oficina internacional del trabajo, lima. pág. 13 disponible en la web: http://white.lim.ilo.org/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/publicaciones/documentos/estudio_descentralizacion_tercerizacion_subcontratacion.pdf

con otras empresas. Se refieren a las políticas empresariales por las cuales una empresa, manteniendo la unidad, da más autonomía a sus secciones. Ello puede ir junto a la estrategia de división de una empresa original en varias, incluyendo el uso de formas jurídicas diversas: empresas de servicios, franquicias, contratos de asistencia, contratos de colaboración, etc.”⁸

De las definiciones otorgadas por los autores antes mencionados, podemos indicar que la tercerización es entendida por muchos, como el resultado de un proceso, en el cual actividades que en principio se prestan bajo una organización empresarial única o unificada, terminan siendo efectuadas por terceros.

3.3 NOCION DE ENTIDAD DE TRABAJO

En la derogada Ley Orgánica del Trabajo del año 1997, específicamente en el artículo 16, se estableció como espacios de materialización o concreción de la relación laboral, las nociones de empresa, establecimiento, explotación y faena produciéndose para cada una de ellas la definición correspondiente.

En este sentido, para los fines de la legislación del Trabajo se entendía por empresa: la unidad de producción de bienes o de servicios constituida para realizar una actividad económica con fines de lucro; por establecimiento: la reunión de medios materiales y de un personal permanente que trabaja, en general, en un mismo lugar, en una misma tarea, y que está sometido a una dirección técnica común, tenga o no fines de lucro; por explotación: toda combinación de factores de la producción sin personería jurídica propia ni organización permanente, que busca satisfacer necesidades y cuyas operaciones se refieren a un mismo centro de actividad

⁸ Luis Bueno Rodríguez y Matteo Dean: *OUTSOURCING, Respuesta desde los Trabajadores. En Cuaderno de Investigación 008*. Pág. 13. México DF.

económica; por faena: toda actividad que envuelva la prestación del trabajo en cualesquiera condiciones.

Estas nociones, constituyen lo que conocemos como unidades de producción, que se encuentran mediados por una relación jurídica, los trabajadores y los empleadores.

Con la vigente LOTT, el legislador sustituyó estas nociones, para otorgarles un significado más amplio y genérico, a lo que denominaría Entidades de Trabajo, que vendría siendo en realidad todas aquellas nociones en su conjunto (empresa, establecimiento, explotación y faena).

En este sentido el artículo 45 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, establece en cinco numerales lo que debe entenderse por entidad de trabajo.

Dicha noción comprende, el espacio material en la que se combinan los factores de la producción para generar los bienes y servicios que sirven a la satisfacción de las necesidades de los seres humanos, lo que en realidad viene siendo un cúmulo de cosas que comprende materiales, derecho de autor, bienes, trabajador quien le da vida y permite la marcha del proceso, como un ciclo.

La definición que al respecto aporta Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, sobre Entidad, “Es lo que integra la esencia o forma de una cosa. Ser o ente. Valor o trascendencia de las cosas. Colectividad, institución, establecimiento, agrupación o empresa”. Por consiguiente, la sustitución denominativa es lo de menos, pues, como se evidencia, en el artículo 45 de la LOTT, se cambia el término, pero, al final, la redacción de la norma contiene las definiciones de empresa, establecimiento, explotación o faena.

Por otra parte, el mismo autor en su compendio de Derecho Laboral establece que en el sentido económico específico, la empresa se define como la unidad de producción o de cambio basada en el capital y que persigue la obtención de beneficios, mediante la explotación de la riqueza; de la publicidad, del crédito o del cualquier otro medio. En consideración más jurídica, pero teniendo en cuenta los elementos económicos que la sustentan y mueven, la empresa se delinea como organización lucrativa, sea de carácter privado, que persigue la obtención de un lucro para los socios o los accionistas; sea de carácter público, que se propone realizar un servicio público o cumplir otra finalidad beneficiosa para el interés general.⁹

3.4 DEFINICIÓN DE PATRONO.

La definición de patrono persigue definir quién es la persona natural o jurídica responsable de las cargas y obligaciones de una relación laboral, es decir, quien es la persona que contrata empleados para la ejecución de algún determinado servicio o actividad y por ende el responsable de dicha ejecución.

“El patrono aparece corrientemente identificado por la exigencia y el cumplimiento de sus más notables derechos y obligaciones. Se identifica con la persona física que contrata a los trabajadores, organiza y fiscaliza el trabajo diario, ejerce el poder de mando y de disciplina que le confiere la subordinación; facilita la materia prima, las herramientas, el local y, en general, lo necesario para que el empleado u obrero preste el servicio

⁹ Guillermo Cabanellas, citado por Iván Alí Miranda Rendón: *Sustitución de Patrono, transferencia del trabajador y la Unidad económica*. Algunas precisiones conceptuales. Pág. 2 del artículo. Disponible en la web: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RUVM/1/uvm_2003_1_115-147.pdf

convenido; finalmente, el patrono luce dibujado como la persona que recibe y dispone del trabajo ejecutado, asumiendo el riesgo de la empresa”.¹⁰

Actualmente la LOTTT define el patrono en el artículo 40 de la siguiente manera:

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

Complementando lo anterior el artículo 41 de la LOTTT, establece el Representante del patrono o de la patrona.

“Artículo 41. A los efectos de esta Ley, se considera representante del patrono o de la patrona toda persona natural que en nombre y por cuenta de éste ejerza funciones jerárquicas de dirección o administración o que lo represente ante terceros o terceras.

Los directores, directoras, gerentes, administradores, administradoras, jefes o jefas de relaciones industriales, jefes o jefas de personal, capitanes o capitanas de buques o aeronaves, liquidadores, liquidadoras, depositarios, depositarias y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración se considerarán representantes del patrono o de la patrona aunque no tengan poder de representación, y obligarán a su representado o representada para todos los fines derivados de la relación de trabajo...”

¹⁰ Rafael J. Alfonso Guzmán. Nueva didáctica del Derecho de Trabajo. Editorial Melvin, Pág. 91. (2001).

3.4.1 SUSTITUCION DE PATRONO.

“Existe sustitución de patronos cuando el propietario o poseedor de una empresa, establecimiento, explotación o faena, trasmite sus derechos a otra persona natural o jurídica, que continúa la misma actividad económica o, al menos, la prosigue sin alteraciones esenciales. En sentido amplio, se realiza el supuesto legal cuando, sin solución de continuidad en la actividad de la empresa, el nuevo titular de su propiedad o posesión la explota como patrono”¹¹

Esta figura está contemplada en los artículos 66, 67 y 68 de la LOTTT, mediante los cuales se define la figura en comento, se establece las excepciones a la sustitución y se determina los efectos y la solidaridad entre los patronos. Para que exista sustitución de patrono, es importante que la empresa continúe realizando las mismas actividades de antes.

La figura en estudio se caracteriza, pues, por la permanencia de la fuente de trabajo, dedicada a la misma actividad y persigue la protección del débil jurídico, a saber, los derechos de los trabajadores, quienes podrán reclamarlos tanto al antiguo patrono como al nuevo patrono. El patrono sustituido responderá únicamente por cinco (5) años de las deudas laborales que se generaron hasta el momento de la sustitución.

En este sentido, concertado *intuito personae*, el contrato de trabajo, nos señala Manuel Alonso García, “no admite sino por excepción, y en casos muy contados, la sustitución de las personas. Cuando el empresario toma una persona a su servicio, tiene en cuenta muy especialmente sus condiciones, sus antecedentes, su conducta y todos los elementos que integran su individualidad o su personalidad. Pero debe admitirse, sin embargo, que el elemento personal interesa menos al empleado, quien al

¹¹Rafael J. Alfonso Guzmán: citado por Iván Ali Miranda, ob cit. Pág. 4

contratar sus servicios tiene en cuenta más la empresa, como ente impersonal que como persona del patrón. La evolución industrial y comercial, por lo demás, justifica de más en más esta diferenciación.”¹²

Esta cesión no es necesariamente total, basta con que alguna parte de la unidad económica de la producción se transfiera, siempre y cuando sea una parte autónoma e independiente, para que opera la sustitución de patrono, es decir esta se puede configurar bien sea con la transferencia total o parcial de la empresa, que resulta totalmente diferente a la situación contemplada en el artículo 32 del reglamento de la LOT, cuando se hace referencia a la transferencia o cesión del trabajador.

3.4.2 GRUPO DE ENTIDADES DE TRABAJO.

El Grupo de Empresas es el conjunto de unidades productivas económicas que, presuponen la existencia de personas jurídicas diferentes, pero conectadas económicamente, con patrimonio y capacidad procesal propios o relacionados, con dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o con accionistas comunes con poder decisorio, que usan símbolos o logos que dan apariencia de conexión de Unidad Económica.

“Siendo que al comprobarse estos supuestos sobre el grupo de empresas surge la responsabilidad solidaria, frente a los derechos laborales del trabajador, que en todo caso, como es afirmado por la doctrina española, la carga de la prueba corresponde a quien quiere disfrutar de los efectos jurídicos laborales atribuidos al Grupo de Empresas en cuanto a la responsabilidad solidaria se refiere, por cuanto el juez, no puede, condenar a una empresa distinta de la unida con un vínculo contractual con su trabajador que éste le haya prestado sus servicios derivado del contrato de trabajo, porque ello violentaría el derecho constitucional del derecho a la defensa y al

¹² Manuel, Alonso García: citado por Iván Ali Miranda, ob cit. Pág. 5

debido proceso. A menos que, el demandante alegue y pruebe la Unidad Económica, por cuanto su efecto jurídico laboral es claro (responsabilidad solidaria laboral), pero que aún, cumpliéndose todos los requisitos establecidos en el bloque jurídico (ordenamiento jurídico sustantivo laboral, doctrina y jurisprudencia), la misma es una presunción que admite prueba en contrario, por lo tanto, corresponde la carga de su prueba a quien la alega”.¹³

El artículo 21 del reglamento precisa el alcance de la noción de grupo de empresas en el perímetro de nuestro ordenamiento jurídico laboral. La referida institución encuentra su antecedente legislativo en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo, según el cual “la determinación definitiva de los beneficios de una empresa se hará atendiendo al concepto de *unidad económica* de la misma, aun en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas u organizada en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales lleve contabilidad separada”. Antes del Reglamento de 1999, no existía detalladamente la figura del Grupo de Empresas sin embargo, la jurisprudencia venía tocando el punto en algunas sentencias.

Actualmente, La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras incorpora el concepto de Grupo de entidad de trabajo en su artículo 46 y el cual no había sido desarrollo en la ley anterior, otorgándole por ende carácter legal.

En dicho artículo, se detallan los supuestos mediante los cuales se consideran, salvo prueba en contrario, la existencia del grupo de entidades de trabajo, los cuales habían sido previamente desarrollados en algunas sentencias y de manera exacta en el reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. La consecuencia Jurídica del grupo de entidad de trabajo, es en

¹³ Iván Alí Mirabal Rendón ob cit. Pág. 23

efecto como se afirma en la Ley, la solidaridad del grupo respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores y trabajadoras.

Por otra parte Manuel Alonso Brito, señalaba “por otro lado, no se afirma expresamente que también opere este principio como sustento de la isonomía de condiciones de trabajo entre los trabajadores de los patronos que integran el grupo. Respecto a esta extensión de los mismos beneficios para los trabajadores que prestan sus servicios en el grupo de empresas, cierto sector de la doctrina es proclive a su afirmación como uno de los efectos de la figura en estudio”.¹⁴ No obstante, para el autor “esta tesis no sería procedente en nuestro país, toda vez que tal efecto no quedó expresamente contemplado”¹⁵

En nuestra opinión, al igual como afirma el autor en comentario, la tesis de la extensión de los beneficios laborales no está contemplada en el reglamento para su aplicación y actualmente su regulación en la LOTTT, tampoco quedó expresamente estipulado, razón por la cual no debe ser una consecuencia aplicable al grupo de entidad de trabajo. La Sala de Casación Social del TSJ se ha pronunciado en tal sentido, negando la posibilidad de extender las condiciones de la contratación colectiva a todos los trabajadores del mismo grupo, pues considera que cada empresa del grupo tiene sus respectivas condiciones de trabajo.

3.5 DEFINICIÓN DE TRABAJADOR.

“La otra parte en el contrato de trabajo, que ejecuta personalmente obras o servicios de cualquier clase por cuenta del patrono, por una

¹⁴ Al respecto, la posición de Jaime Martínez es la de afirmar que la isonomía de las condiciones de trabajo es uno de los efectos notables del grupo de empresas. cita ALONSO BRITO, Manuel: Comentarios sobre el Grupo de Empresas y el Trabajador Internacional en la Legislación y Jurisprudencia Venezolanas. En: *Doctrina Comentada del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social*. Caracas, Colección Eventos Nro. 6 (2002) pág. 105-106. (citado por Iván Alí Mirabal Rendón ob cit. Pág. 28)

¹⁵ Alonso Brito, Manuel. citado por Iván Alí Mirabal Rendón ob cit. Pág. 28

remuneración, es el trabajador. De este modo, el trabajador es la figura jurídica contrapuesta a la de su empleador, que realiza su actividad por cuenta propia”.¹⁶

La LOTTT en su artículo 35 y 36 define al trabajador dependiente y no dependiente.

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

Artículo 36. Trabajador o trabajadora no dependiente o por cuenta propia es aquel o aquella que en el ejercicio de la actividad que realiza en el proceso social de trabajo, no depende de patrono alguno o patrona alguna.

Los trabajadores y trabajadoras no dependientes o por cuenta propia están protegidos por la Seguridad Social.”

En este sentido, la LOTTT modifica la noción de trabajador, eliminando de la definición el elemento ajenidad (por cuenta ajena) y realiza dos clasificaciones (trabajador dependiente y no dependiente) eliminando por la tanto la figura del trabajador de confianza, obrero y empleado (solo utiliza el término obrero en el artículo 6, y el de empleado en las disposiciones sustantiva 50 y 146). Adicional, queda establecido el principio de la primacía de la realidad en calificación de cargos, estableciendo que la calificación de un trabajador como de dirección o de inspección, dependerá de la naturaleza real de las labores que ejecuta, independientemente de la denominación que haya sido convenida por las partes.

¹⁶ Rafael J. Alfonso Guzmán: Nueva Didáctica Op. Cit; Pág. 94

CAPITULO IV

REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN EN EL DECRETO CON RANGO Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS.

Antes de entrar en detalle sobre la regulación de la Tercerización en la legislación laboral venezolana, es importante que analicemos de manera muy breve la regulación de este tema en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, siendo las bases y antecedentes a la regulación venezolana. En este sentido, cabe precisar que la Organización Internacional del Trabajo tiene cuatro antecedentes en materia de regulación del Outsourcing los cuales son: El Convenio 177 sobre Trabajo a Domicilio (1996); el Convenio 181 sobre Agencias de Empleo Privado (1997); el fallido Convenio Internacional del Trabajo sobre la Subcontratación y la Recomendación 198 sobre Relación de Trabajo. El Tercero marco el inicio de un primer intento por contrarrestar una tendencia creciente a sustituir el contrato de trabajo por contratos de otra naturaleza con miras a evadir la protección laboral que dispensa el Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo.

“En este sentido, el tema de la tercerización ha sido discutido indirectamente en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde 1997 (85a Reunión), cuando se abordó lo referente al “trabajo en régimen de subcontratación”; disertación que continuó en las Conferencias de 1998 (86a) y 2003 (91a) sin que se pudiera lograr un convenio o recomendación que permitiera a los países miembros identificar las situaciones necesitadas de protección y los mecanismos adecuados para separar esas situaciones jurídicas en las que se encuentran inmersos los trabajadores. El principal objetivo seguido por la Organización era evitar que se recurriera a estas modalidades contractuales con la finalidad de negar

derechos a los trabajadores o de eludir el cumplimiento de obligaciones establecidas por la normativa laboral o de seguridad social.

Si bien la Organización Internacional del Trabajo (OIT) durante el período comprendido entre 1998 y 2003, persistió en su objetivo sobre el tema, lo hizo con una visión más general lo que facilitó que en el año 2006 la 95ª Conferencia aprobara la Recomendación Nro. 198 sobre la relación de trabajo que acentúa la necesidad de protección de todos los trabajadores, postula el principio de primacía de la realidad sobre las formas independientemente de la calificación jurídica que las partes hagan de la relación que las vincula, así como ratifica la necesidad de luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, y promueve la eliminación de las disposiciones nacionales que supongan incentivos al uso de formas encubiertas de relación de trabajo.” (Ermida y Colotuzzo, 2009 ob. cit)

A continuación haremos algunas referencias al fallido Convenio Internacional del Trabajo sobre la Subcontratación y a La Recomendación Nro. 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la relación de trabajo del año 2006.

4.1 BREVES NOTAS AL FALLIDO CONVENIO INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE LA SUBCONTRATACIÓN.

En lo que respecta al Convenio que trato de promulgar la Organización Internacional del Trabajo sobre trabajo en régimen de subcontratación, surgieron varias vicisitudes en la confección del proyecto que provoco el fracaso del mismo, en este aspecto Ameglio sostiene que “las causas que explican esta situación son principalmente dos: a) aspectos idiomáticos relacionados con la expresión “trabajo en régimen de subcontratación” que tiene significados distintos, particularmente en francés y en inglés; y b) aún

en países con sistemas jurídicos similares, el alcance de esta expresión difiere según la legislación interna aplicable en los mismos”.¹⁷

Ese fracaso puso sin duda en evidencia las grandes dificultades que habían relacionadas con la definición de la expresión trabajo en régimen de subcontratación y la complejidad del fenómeno mismo.

Siguiendo a Ameglio sobre la reseña histórica del convenio: La Organización Internacional del Trabajo en tres reuniones examinó informes sobre la legislación y la práctica relativas al trabajo en régimen de subcontratación en distintos países y sectores económicos, decidiendo focalizar la investigación en 20 países de distintas regiones del mundo, a los efectos de contar con un estudio comparado que resultara suficientemente representativo. El grupo de los empleadores señaló que el trabajo en régimen de subcontratación no era un tema adecuado para la adopción de un convenio debido a la variedad de enfoques nacionales y de la existencia de modalidades en que participan trabajadores que no son empleados. Asimismo, se sostuvo que su regulación sería una injerencia en contratos comerciales lo que repercutiría en forma negativa en la actividad económica y la creación de empleos, otra objeción presentada era que el convenio crearía una tercera categoría de trabajadores, no bien definida, entre los trabajadores dependiente y los independientes, con un estatuto protector inferior al de los trabajadores dependiente. A pesar de ello, al final de la segunda discusión los empleadores reconocieron que existía una serie de cuestiones vinculadas al tema del trabajo en subcontratación que reclamaba una mayor atención, aun cuando no hubieran sido detectadas en su totalidad. Por su parte, el grupo de los trabajadores sostuvo la necesidad de seguir trabajando en la concreción de un convenio que reafirmara los valores subyacentes en la relación de trabajo, y que en aquellos casos en que los

¹⁷Ameglio, Eduardo: citado por Ermidia Uriarte y Natalia Colotuzzo ob cit pág. 31.

trabajadores no controlan las condiciones de su trabajo debe existir una normativa que proteja laboralmente esas situaciones.¹⁸

Ha habido por ende un fuerte debate entre estos dos sectores sobre el tema en comento, que terminó porque este intento de regular el tema a nivel internacional no fuera posible; ciertamente no hubo un acuerdo para definir la expresión “subcontratación”.

La resolución de la comisión, que significativamente no menciona la palabra subcontratación ni menos aún se asomaba la palabra tercerización, invita al Consejo de Administración a tomar medidas para que este proceso se complete en un plazo no mayor de cuatro años. En definitiva, no fue posible arribar a una definición del trabajo prestado en régimen de subcontratación.

No obstante, si bien es cierto en 1997 no se logró que el instrumento se convirtiera en un Convenio abierto a la ratificación de los Estados Miembros según la Constitución de la OIT, siete años después la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Recomendación 198 de la OIT sobre relación de trabajo (2006).

4.2 REFERENCIA A LA RECOMENDACIÓN NRO. 198 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO (2006)

Explican Castillo y Orsatti, “que a partir de mediados de la década de los noventa, la Organización Internacional del Trabajo decide adoptar medidas para contrarrestar los efectos de la creciente tendencia a sustituir el contrato de trabajo por contratos de otra naturaleza que tienen por finalidad evadir la protección que otorga el Convenio Internacional del trabajo Nro. 158

¹⁸AMEGLIO, Eduardo: ob cit; anterior Pág. 32

sobre la terminación de la relación de trabajo y las demás normas laborales.”¹⁹

“El principal objetivo seguido por la Organización era evitar, o al menos obstaculizar, que se recurriera a estas modalidades contractuales con la finalidad de negar derechos a los trabajadores o de eludir el cumplimiento de obligaciones establecidas por la normativa laboral o de seguridad social.

Por lo tanto, los subcontratistas deberían: a) registrarse ante la autoridad competente u obtener una autorización de ella demostrando su capacidad de cumplimiento de las obligaciones respecto de los trabajadores; b) asumir de forma solidaria con el intermediario y la empresa usuaria, la responsabilidad de cumplir las obligaciones contraídas con dichos trabajadores; c) adoptar medidas adecuadas a los efectos de prevenir accidentes de trabajo; d) afrontar el pago de servicios y cotizaciones de seguridad social; e) adoptar medidas que posibiliten la negociación colectiva y la constitución de sindicatos; f) cumplir las normas laborales; y g) abstenerse de aplicar prácticas discriminatorias a los trabajadores.”²⁰

La aprobación del convenio no se llevó a cabo debido a varias ideas encontradas sobre el tema y a las oposiciones del sector empleador y de varios gobiernos, sin embargo la organización persistiendo en su objetivo, encontró enlazar el tema de una forma más general, lo que facilitó que en el año 2006 en la 95 Conferencia se aprobara la Recomendación Nro. 198 sobre la relación de trabajo, cuya votación a pesar de tratarse de una recomendación, estuvo bastante dividida, lo que revelaba una vez más la complejidad del tema.

¹⁹ Castillo, Gerardo; y Orsatti, Álvaro; citado por Ermidia Uriarte y Natalia Colotuzzo ob cit Pág. 35

²⁰ Oscar Ermidia, Uriarte; Descentralización, Tercerización, Subcontratación. Primera Edición 2009. Publicación de la Oficina Internacional del Trabajo, Lima. Pág. 36

La recomendación 198 subraya la necesidad de protección de todos los trabajadores, postula el principio de primacía de la realidad y consecuentemente, de la indiferencia de la calificación jurídica que las partes hagan del negocio que las vincula, así como ratifica la necesidad de luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, y promueve la eliminación de las disposiciones nacionales que supongan incentivos al uso de formas encubiertas de relación de trabajo, todo lo cual es de indiscutible y provechosa aplicación a las relaciones triangulares.

Algunas de los puntos que más debemos resaltar del contenido de la recomendación son los siguientes:

a) Postula el principio de la primacía de la realidad. Desde esta perspectiva, la Recomendación pone en primer plano una característica doctrinaria de la relación de trabajo que es la conocida como teoría del “contrato realidad”. Es decir, independientemente de lo postulado en un documento al que se le llame contrato individual de contrato o no existiendo ese contrato escrito, en caso de conflicto priva la realidad de las relaciones de trabajo en todos sus componentes: salario, condiciones de trabajo, lugar de prestación de los servicios, subordinación, etc.

b) Postula la indiferencia de la calificación jurídica. Esto implica que el contrato individual de trabajo tendrá esa calidad dependiendo de la realidad de las relaciones laborales que regule, no de la naturaleza jurídica que se le haya dado en el contrato. Por ejemplo, en algunos casos para abstraer idealmente al contrato individual de trabajo de las regulaciones de la Ley del Trabajo se le denomina “contrato de prestación de servicios”, “contrato de consultoría”, entre otras; pero, teniendo una de las partes la calidad de trabajador o trabajadora y la otra la de empleador (a). Es decir, el primero está sometido a un salario, al cumplimiento de horarios y jornadas y a la subordinación técnica y administrativa; por lo tanto, su categoría será la de

trabajador o trabajadora –no importa cómo se le denomine dentro del contrato– y el otro, el empleador o empleadora.

c) Ratifica la necesidad de luchar en contra de las relaciones de trabajo encubiertas. Este es un reto para los Estados miembros de la OIT que suscribieron la Recomendación. Les compete actualizar y modernizar la normativa que regula las relaciones de trabajo ya que en la actualidad éstas han sobrepasado los límites y regulaciones impuestas por códigos de trabajo provenientes de las décadas de los sesenta y setenta. Las relaciones de trabajo hoy día son relaciones del siglo XXI que trascienden el espíritu tutelador y protector que caracteriza a las normas laborales de los siglos XIX y XX. Empero, muchos códigos sobreviven con esas disposiciones, pretendiendo proteger al trabajo, mientras la realidad ha sobrepasado lo dispuesto en la normativa. Además a los Estados les corresponde volverse eficientes en la administración del trabajo, activando las inspectorías laborales para prevenir y remediar las deficiencias en el cumplimiento de la ley.

Para los sindicatos el desafío es de estudio, creación y propuestas. Es decir la eliminación de la pasividad, no ser ajenos a la realidad cambiante y movilizar sus potencialidades creativas, proponiendo a las instancias competentes la actualización de las normas laborales, y para los sectores empresariales el reto debe ser combinar la productividad con beneficios.

Las relaciones de trabajo continuarán encubiertas en tanto el Estado no accione para regularizar la situación de las personas trabajadoras que se encuentran en esta situación de vulnerabilidad respecto a sus derechos.

d) Promueve la eliminación de las disposiciones nacionales que supongan incentivos al uso de formas encubiertas de relación de trabajo.

Estos elementos referidos en conjunto, aportan elementos para la superación de los aspectos negativos que la legislación y la práctica permiten a la actividad de externalización y tercerización del trabajo y que han ocasionado excesos en las relaciones de trabajo a los cuales se ha sometido y aún somete en muchos casos a las personas que laboran para las empresas intervinientes en el fenómeno.

Adicionalmente, “así como la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, el test de laboralidad o dependencia de Arturo S. Bronstein y a las incorporaciones a esa tesis por la Sala de Casación Social, coadyuvan en el interés de descubrir la simulación de una relación de trabajo, también puede utilizarse para lo contrario, esto es, desvirtuar la forma aparente de una relación de trabajo. La tesis de la primacía de la realidad o de los hechos sobre las formas o apariencias no puede interpretarse únicamente para su aplicación cuando se trata de desvirtuar el ocultamiento de una prestación de servicios subordinados, sino también cuando se pretende esconder una prestación no laboral con la apariencia de una relación de trabajo”.²¹

Una vez analizado la regulación del tema que nos ocupa a nivel internacional, específicamente los convenios que ha desarrollado o intentado desarrollar la Organización Internacional del Trabajo, entraremos en materia sobre la regulación de la tercerización en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, comenzando con el alcance y contenido de la definición legal que nos proporciona esta Ley sobre la Tercerización.

²¹ Juan García Vara, *Existencia de una relación por prestación de servicios- Prioridad de la realidad de los hechos*, Pág. 14

4.3 DEFINICIÓN LEGAL DE TERCERIZACIÓN.

La exposición de motivo del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras nos adelanta una definición de la Tercerización destacándose expresamente su prohibición, más adelante esta idea es consagrada en el contenido del Artículo 47 de esa misma Ley, el cual estipula lo siguiente:

“Artículo 47. A los efectos de esta Ley se entiende por tercerización la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. Los órganos administrativos o judiciales con competencia en materia laboral, establecerán la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en caso de simulación o fraude laboral, conforme a esta Ley.”

Del contenido del Artículo anteriormente transcrito, se observa que la figura bajo estudio es definida legalmente como una ilegalidad vale decir; como fraude a la ley o simulación laboral, calificándose como una conducta atípica y prohibiéndose expresamente.

De esta manera, siendo que los conceptos de simulación laboral y fraude a la ley son implementados para definir la figura bajo estudio, es necesario el análisis y desarrollo de dichas figuras para entender el alcance de la definición.

En este sentido, la Simulación en el ámbito de las relaciones de trabajo, “...supone el acto o serie de actos ejecutados por el patrono con la finalidad

de ocultar la verdadera naturaleza del vínculo jurídico que mantiene con el trabajador, atribuyéndole los caracteres propios de otro...”²²; y

El Fraude a la Ley, consiste en “...uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica, amparados en otra norma dictada con distinta finalidad, en este caso no se trata de encubrir la realidad como acontece en la simulación, sino que refiere a actos reales que se ajustan prima facie, a lo dispuesto por ciertas normas jurídicas, aun cuando en transgresión de lo dispuesto en otra u otras...”²³

En efecto, según MUÑOZ SABATÉ²⁴ “la simulación equivale a una alteración *artificial y voluntaria*, en tanto que en el error o la violencia, esa patología del consentimiento deviene *real y forzada*...”*Asimismo*; FERRARA, citado por MUÑOZ SABATÉ establece: “que son tres los requisitos del negocio simulado:

- I) Una declaración deliberadamente disconforme con la intención.
- II) Concertada de acuerdo entre las partes.
- III) Para engañar a terceras personas.”

En este mismo orden, es conveniente citar al Profesor Oscar Hernández cuando expone lo siguiente: “...Se ha señalado que la calificación mercantil o civil establecida para ocultar la verdadera naturaleza laboral de la relación jurídica, no constituye un acto de simulación en la acepción que este vocablo tiene en el derecho común pues no se trata, como lo señala acertadamente Rafael Alfonzo Guzmán en su citada obra de un acto voluntariamente simulado, mediante el cual las partes declaran una

²² Carballo Mena, cesar agosto: Derecho Laboral Venezolano: ensayos. UCAB, Caracas, Pág. 171. 2000.

²³ Muñoz SABATÉ, *la prueba de la simulación*. Edit. Hispano Europea, España 1972.

²⁴ Muñoz SABATÉ, ob. Cit; anterior. Pág. 129

voluntad aparente y ficticia que oculta un negocio verdadero, el cual corresponde a su voluntad real no declarada, de naturaleza secreta o confidencial. En efecto cuando un patrono, a fin de burlar la legislación laboral, impone a un trabajador dependiente la firma de un contrato mediante el cual declara la existencia de una relación autónoma civil o mercantil, no puede decirse que existe una voluntariedad para la realización de un acto simulado -el civil o mercantil- ocultando un acto secreto -el laboral- que corresponde a la verdadera pero confidencial voluntad de las partes. Por el contrario, en este caso se trata de la imposición de la voluntad de una de las partes, el patrono, que prevalido de su situación de superioridad frente a la hiposuficiencia económica de la otra, el trabajador, hace que éste acepte dar a la relación laboral que vincula a ambos, una calificación distinta que permite eludir las limitaciones y costos que para el patrono supone la legislación laboral. Es por ello, que parece más adecuado calificar tales situaciones como casos de fraude a la ley, entendiendo por tal al conjunto de “maniobras” o procedimientos tendientes a eludir en forma indirecta, la aplicación de una ley imperativa.²⁵ (Subrayado propio).

El término simulación en el derecho del trabajo está referido al encubrimiento de la relación de trabajo. Para Carballo, la simulación es atribuible al patrono, es decir, ésta es concebida e impuesta unilateralmente por el patrono al trabajador, utilizando para ello su poder de negociación derivado de su desigual capacidad económica. Según Escriche, citado por Cabanellas (ob. Cit.), el objeto de la simulación consiste en engañar, por ello se encuentra comprendida en el nombre general de fraude, del cual no se diferencia sino como especie del género, de lo que se infiere que la simulación es una especie de fraude. Resultando que para la simulación se

²⁵ Hernández Álvarez, Óscar. “*La prestación de trabajo en condiciones de fraude o simulación. Consideraciones generales y propuestas para una reforma de la legislación laboral venezolana.*” En Estudios Laborales en Homenaje a Rafael Alfonso Guzmán. Tomo I. Pág. 141 UCV. 1ª Edición Caracas, 1986.

precisa el concurso de muchas personas de acuerdo para engañar; mientras que en el fraude, éste se comete por uno solo de los contratantes contra el otro.

En este contexto, es menester reafirmar que los conceptos simulación y fraude aluden a dos ideas completamente distintas, exactamente dos términos contrapuestos, cuando el legislador señala que la tercerización es una simulación o fraude, está señalando que para que haya tercerización es necesario el engaño atribuible al patrono hacia el trabajador con un propósito específico de fraude, que no es más que la intención de burlar la legislación laboral.

Ante esta situación cabe preguntarse si la tercerización ha sido implementada como el género o si por el contrario viene siendo una especie de la simulación o fraude a la ley, tomando en cuenta que la constitución de 1999, estipula de forma general y bastante amplia la prohibición de todo negocio fraudulento, de la forma que de seguida se transcribe:

“Artículo 94: (*Omissis*) 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.”

Es decir, que en Venezuela la Constitución vigente (CRBV), establece precedentes a la prohibición de tercerización que ahora fue incluida en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) por primera vez. En efecto, la Carta Magna no solamente reconoce que el Estado dará protección al hecho social trabajo, sino que establece una serie de principios o garantías para asegurar el cumplimiento de esa obligación; a saber, en su artículo 89 numeral 1) establece que ninguna ley podrá alterar la

intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales y que en las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias, lo que se ha denominado el principio de la primacía de la realidad sobre las formas. También señala entre otros de sus principios, la irrenunciabilidad de los derechos laborales, declarando expresamente que es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos. Otro de los principios fundamentales consagrados en esa norma, es el principio in dubio pro operario, según el cual cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador, señalando también que todo acto del patrono o patrona contrario a esa Constitución es nulo y no genera efecto alguno y por supuesto en el Artículo 94 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) anteriormente transcrito que hace referencia a la figura del intermediario o contratista y a la simulación o fraude con la intención de desconocer o desaplicar la legislación laboral.

Es decir, la nueva LOTTT articula lo que ya estaba prohibido; lo realmente novedoso es definir la simulación y fraude como tercerización.

Ahora bien, no sólo en la Constitución estaba prohibido ambas conductas; sino también, ya lo estaba en la derogada Ley del Trabajo, en sus artículos 15, 39, 65 y 66 por los derechos contractuales, solo que no se le daba el nombre de tercerización.

En todo caso, independientemente de la forma ¿género o especie?, a la cual hemos aludido sobre el concepto de tercerización con relación a los casos de simulación y fraude a la Ley, es importante resaltar que la definición en sí que ofrece la legislación laboral sobre tercerización está directamente dirigida a la intencionalidad de las partes (simular o defraudar) y no a los

elementos reales, materiales o sustanciales que la describen y que nos permita reconocer su existencia.

Como afirma Juan Carlos Pro Rísquez,²⁶ acudiendo a una interpretación literal y sistemática:

“Se trata, de una disposición que caracteriza al instituto, no con la realización de determinados elementos, sino con base al fin perseguido por sus autores, esto es, su existencia depende de la pretensión de obtener que el prestador del servicio pierda la condición de trabajador y surja –a través de la simulación o fraude– una situación jurídica diferente, la de tercerización. Desde el punto de vista normativo, el fraude requiere, entre otros elementos, la intención del sujeto activo de defraudar al sujeto pasivo de la relación, es decir, el deseo de obtener una ventaja económica del engaño de la víctima.

Es decir que de acuerdo con la ley, la voz *tercerización* tiene una connotación negativa: al utilizarla se debe automáticamente asociarlo con “simulación” y “fraude”, expresiones entre las cuales no puede predicarse la sinonimia. La ley sustantiva laboral pareciera asimilar la noción de tercerización al concepto de fraude, es decir, cuando quiere imprimirle a la relación laboral, en perjuicio de los trabajadores, un carácter civil o mercantil (artículo 48.4) y no cuando derive otras motivaciones, por ejemplo, la optimización de un proceso...”

Partiendo de la afirmación del Prof. Juan Carlos Pro Rísquez, el término tercerización tal y como lo define el citado Artículo 47 de la Nueva Ley Orgánica del Trabajo (LOTTT), intrínsecamente supone un propósito

²⁶ Juan Carlos Pro Rísquez, ob cit; anterior. Pág. 8

negativo o intencionalidad, que sería mala fe o maniobra intencional por parte del patrono para eludir las obligaciones que derivan de la contratación directa de trabajadores como sería el pago de los beneficios laborales (salario, prestaciones sociales, vacaciones, entre otros). No basta el supuesto de hecho, sino que es indispensable que exista simulación o engaño y el fraude, o la intención de burlar los parámetros legales.

Si nos detenemos en los numerales del artículo 48 de la ley *iusdem*, como supuestos de hechos que se consideran tercerización, observamos que todos esos supuestos son situaciones o casos puntuales de fraude y de simulación laboral.

“Artículo 48. 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”

Aun cuando el ánimo de simulación o fraude no se encuentra previsto expresamente en el supuesto consagrado en este numeral, resulta esencial a toda manifestación de tercerización, por un lado se deduce de la propia definición de tercerización que proporciona el artículo 47 de la ley *iusdem* y por otro al declararse la licitud del régimen de contratistas en actividades inherentes y conexas en el artículo 50 de la LOTT.

2) La contratación de los trabajadores a través de intermediarios para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante;

3) Las entidades de trabajo creadas por el patrono para evadir sus obligaciones con los trabajadores;

4) Contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias de derecho civil o mercantil;

5) Cualquier otra simulación o fraude laboral...”

En síntesis, la Tercerización de acuerdo a la Legislación laboral vigente supone la ejecución de obras o la prestación de servicios a través de un tercero, con ánimo de simular o ánimo fraudulento con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. Concepto que no se asemeja de ningún modo a la subcontratación, pues resulta lícito la modalidad del contratista, ya que si bien se trata de un tercero que ejecuta obras o presta servicios en beneficio del contratante, incluso inherentes o conexos con la actividad productiva de éste, en este supuesto no existe el carácter o ánimo de simular o ánimo fraudulento.

El propósito de sancionar a la figura denominada tercerización, es evitar que se configuren una serie de elementos que conlleve desvincular una relación directa frente a los trabajadores, no obstante, a que ya existía esa disposición constitucional que hace mención a la responsabilidad de los patronos por simulación o fraude, en el país algunos empleadores tanto del sector público como privado han venido utilizando otras formas de relaciones jurídicas distintas a la relación de trabajo, a través de la subcontratación, la utilización de trabajadores autónomos, la intermediación laboral y el suministro de mano de obra temporal a través de otras empresas

Para María Gabriela Mujica “...La contratación de supuestos trabajadores autónomos en simulación de la relación laboral, también es tercerización laboral, práctica que tiene por finalidad menoscabarle al trabajador sus derechos laborales sujetándoles a la autonomía de la voluntad del empleador a través de contratos de tipo civil o mercantil. Un ejemplo de

este tipo de contratación lo constituye la de los servicios de limpieza o mantenimiento de instalaciones dentro de algunos Ministerios y empresas del Estado como por ejemplo en Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) y en la Corporación Eléctrica Nacional (CORPOELEC) hoy Empresa Eléctrica Socialista, que se hace contratando trabajadores a través de Asociaciones Cooperativas.

Con esas prácticas de tercerización en Venezuela, de alguna manera se está precarizando el empleo y suprimiéndole derechos y beneficios económicos a los trabajadores, además que se pudiera estar confundiendo la relación contractual laboral con una relación comercial o civil, impactando negativamente a los trabajadores incursos en esa situación, a quienes se les vulneran sus derechos laborales, sin embargo debe entenderse que no toda actividad que involucre a un tercero (como el contratista) se considera fraude o simulación laboral...²⁷

Ante esto, la doctrina y la jurisprudencia patria ya había ideado un mecanismo para combatir la simulación mediante tres principios como lo son: irrenunciabilidad, presunción de relación laboral y de primacía de la realidad. De este modo aunque las partes hayan convenido darle al negocio jurídico una calificación distinta a la de una relación laboral, si está reúne todos los elementos típicos del contrato de trabajo, se mantendrá la naturaleza de la relación laboral por encima de la apariencia de un negocio jurídico diferente.

²⁷ Maria Gabriela Mujica Zapata. *Tercerización laboral: Práctica Prohibida en la Ley Orgánica de Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras*. Observatorio Laboral Revista Venezolana Vol. 7, Nº 13, Pág. 77 y ss. Carabobo. enero-junio, 2014.

4.4 DEL CONTRATISTA E INTERMEDIARIO EN EL MARCO DEL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS.

En otro orden y siendo como se explicó anteriormente, que la tercerización no se asemeja en ningún sentido a la subcontratación es necesario explicar en qué consiste la figura del contratista y cómo ha quedado desarrollado su alcance en la vigente LOTT, para no confundir ambos conceptos.

4.4.1 CONTRATISTA.

La figura del contratista, según Rafael Alfonso Guzmán “fue incluida en la Ley venezolana en atención a su reiterado empleo en la industria petrolera del país, en particular en el ramo de los servicios técnicos: investigaciones sismográficas, cementación de pozos, medición de la resistencia del subsuelo, construcción de oleoductos, carreteras y otros servicios que requieren equipo y personal especializado. La sistemática evasión de responsabilidades por parte de empresas usuarias de contratistas, forzó al legislador a establecer la responsabilidad solidaria de quienes utilizan los servicios de esas personas naturales o jurídicas, en lo concerniente al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley del Trabajo “siempre que la obra contratada sea inherente o conexas con la actividad a que se dedica la persona a quien se presta el servicio”.²⁸

Esta figura, es contemplada en la LOTT en el artículo 49 el cual señala lo siguiente:

“Artículo 49. Son contratistas las personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encargan de ejecutar obras o servicios con sus

²⁸Rafael, Alfonso Guzmán. *Ob. Cit.*, Nueva didáctica del Derecho del Trabajo. Pág.107

propios elementos o recursos propios, y con trabajadores y trabajadoras bajo su dependencia.

La contratista no se considerará intermediario o tercerizadora.”

En complemento de lo anterior el artículo 50 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, señala que se entiende por obra inherente o conexas.

“Artículo 50. 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 conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.

La responsabilidad del ejecutor o ejecutora de la obra o beneficiario del servicio se extiende hasta los trabajadores contratados y trabajadoras contratadas por subcontratistas, aun en el caso de que él 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.

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.

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 esta Ley, se considerará tercerización...”

Los artículos en comento, señalan cuando estamos en presencia de un contratista y estipula algunos rasgos esenciales de dicha figura:

- a) Elementos o recursos propios.
- b) Trabajadores bajo dependencia; y
- c) Sin ánimo de simular y sin ánimo fraudulento.

En sintonía con la definición legal, Un contratista es la persona natural o jurídica contratada por otra organización o particular para la realización de alguna actividad. Estos trabajos pueden representar la totalidad de la obra, o bien partes de ella, divididas de acuerdo con su especialidad, territorialidad, horario, u otras causas. Un contratista es responsable de proporcionar todos los materiales, equipo y la mano de obra necesarios para la construcción del proyecto, para ello, es común que el contratista se apoye en otras personas u organizaciones para que realicen determinado tipo de trabajos, los contratistas no se consideran intermediarios de acuerdo a definición fundamentada en el artículo 49 la LOTTT, anteriormente citado.

“Siendo así, lo inherente no puede interpretarse como identidad de tareas, ni de métodos técnicos de procedimiento, ni de herramientas o materias primas, ni de recursos humanos o financieros, sino como cualidad de los que forma parte indispensable de un único proceso productivo, para lograr determinado fin económico. (...) conexidad es relación íntima entre dos actividades de idéntica o de diferente naturaleza, o que se produzcan una derivada de la otra. Pero esa relación íntima ha de ser, indispensablemente,

constante, como la necesidad que de ese servicio del contratista tiene la actividad permanente del contratante.”²⁹

Es por ello que sostenemos que la subcontratación laboral, no es asimilable a la figura de tercerización prohibida por la LOTTT, ya que, si bien es cierto que la subcontratación es uno de los casos de relaciones triangulares surgidas de la evolución de los métodos de producción, la misma no es asimilable a la tercerización según su definición legal, ya que para que fueran asimilables, debe existir a la par de un tercero realizando labores en favor a la unidad productiva, un fraude o simulación de parte del patrono, para desvirtuar, desconocer, u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

De esta manera, en la medida en que las contratistas, sean de las definidas en el artículo 49 de la LOTTT, esto es, que preste sus servicios a la Compañía con sus propios elementos consideramos que es legal la contratación de personal a través de las contratistas.

4.4.2 CUÁNDO UNA OBRA ES INHERENTE O CONEXA SEGÚN LA LOTTT:

A efectos de entender cuándo una obra es inherente o conexa es necesario remitirnos al artículo 50 de LOTTT que hace mención a los elementos que establecen la inherencia y conexidad de la obra y estipula la responsabilidad solidaria entre quien presta el servicio y lo recibe.

En este sentido el Artículo 50 LOTTT estipula lo siguiente:

“A los efectos de establecer la responsabilidad solidaria del ejecutor o ejecutora de la obra o beneficiario del servicio, se entiende por

²⁹ Rafael, Alfonso Guzmán: *La Inherencia y la conexidad de actividades en el Derecho Laboral venezolano*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Nro. 85 Universidad Central de Venezuela. Pág. 156. Caracas (1992).

inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el o la contratante; y por conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.

La responsabilidad del ejecutor o ejecutora de la obra o beneficiario del servicio se extiende hasta los trabajadores contratados y trabajadoras contratadas por subcontratistas, aun 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.

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.

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 esta Ley, se considerará tercerización.”

La Redacción del artículo anteriormente transcrito, permanece casi igual a la redacción establecida en los artículos 55, 56 y 57 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo, salvo que en ésta se estipula (en sintonía con la definición de tercerización) que se considerará tercerización a la contratación de obras inherentes o conexas cuyo propósito este orientado a simular la relación laboral y cometer fraude a la Ley y elimina o excluye la presunción de inherencia y conexidad para las actividades mineras y de hidrocarburos que si estaba contenida en el último aparte del Artículo 55 de la Ley Orgánica del Trabajo derogada (LOT).

De esta forma se mantiene la presunción inherencia y conexidad cuando la contratante representa la mayor o única fuente de ingresos para la contratista y la extensión de la responsabilidad solidaria hasta los trabajadores contratados y trabajadoras contratadas por subcontratistas.

Igualmente con el objeto de entender los elementos que llegan a determinar cuándo una obra es inherente o conexas es menester hacer referencia al artículo 23 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT) actualmente vigente en todo aquello que no contradiga el contenido de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) y hasta que no se dicte otro Reglamento que lo derogue expresamente, por cuanto dicho artículo desarrolla lo que debe entenderse por actividades inherentes y conexas de la manera que sigue:

Artículo 23: Se entenderá que las obras o servicios ejecutado por el o la contratista son inherentes o gozan de la misma naturaleza de la actividad propia del contratante, cuando constituyan de manera permanente una fase indispensable del proceso productivo desarrollado por éste, de tal forma que sin su cumplimiento no le sería posible satisfacer su objeto. Se entenderá que las obras o servicios ejecutados por el o la contratista son conexas con la actividad propia del contratante, cuando:

- a) Estuvieren íntimamente vinculados,
- b) Su ejecución o prestación se produzca como una consecuencia de la actividad de éste; y
- c) Revistieren carácter permanente.

Parágrafo Único (Presunción):

Cuando un contratista realice habitualmente obras o servicios para un contratante, en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá inherente o conexas con la actividad propia de éste, salvo prueba en contrario.”

En este sentido, se establece que las actividades son inherentes o gozan de la misma naturaleza de la actividad propia de la contratante, cuando constituyen de manera permanente una fase indispensable del proceso productivo desarrollado, de forma que sin su cumplimiento no le sería posible satisfacer su objeto.

Igualmente, indica que las obras o servicios ejecutados por el contratista son conexas con la actividad del contratante cuando: 1) Están

íntimamente vinculados; 2) Su ejecución o prestación se produce como una consecuencia de la actividad de la contratista; y, 3) Revisten carácter permanente.

Para aclarar el sentido exacto de las expresiones “inherencia” y “conexidad”, es preciso atender a la vinculación que puede existir entre el objeto jurídico de la actividad del contratante y del contratista, además de la relación aparente entre las obras o servicios aisladamente considerados. Entonces, para determinar si hay la inherencia o conexidad entre las actividades del contratista y contratante de la obra o servicios, no basta con que el contratista preste un servicio para el contratante, sino que deben cumplirse concurrentemente los siguientes tres (3) requisitos:

1.- Relación íntima entre la obra ejecutada o el servicio prestado por el contratista y la actividad que constituye el objeto jurídico principal del beneficiario. **2.-** Relación de causalidad, es decir, que la actividad del contratista se produzca como consecuencia de la actividad productiva desplegada por el beneficiario, y **3.-** Permanencia o coexistencia, esto es, que la obra ejecutada o el servicio prestado por el contratista se desarrolle conjuntamente con la actividad productiva del beneficiario.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia Nro. 0879 de fecha 25 de mayo de 2006, (Caso Roque Rodríguez Veloz & ENVIRONMENTAL 1. 2. 3. SOLUTIONS DE VENEZUELA, C.A. (ESVENCA), también discriminó los elementos que determinan de igual manera la conexidad e inherencia, y en tal sentido en dicha sentencia expone: “...Las normas que anteceden, contemplan la presunción de que la actividad que realiza la contratista es inherente o conexa con la que realiza el beneficiario contratante. Tales presunciones tienen carácter relativo, por lo que admiten prueba en contrario –ex artículo 22 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo-. Para que la presunción opere, debe coexistir la

permanencia o continuidad del contratista en la realización de obras para el contratante, la concurrencia de trabajadores del contratista junto con los del contratante en la ejecución del trabajo y por lo que respecta a la mayor fuente de lucro, ésta debe consistir en la percepción regular, no accidental, de ingresos en un volumen tal que represente efectivamente el mayor monto de los ingresos globales...”³⁰

4.4.3 INTERMEDIARIO.

Es aquella persona natural o jurídica que media entre dos o más personas y utiliza medios ajenos para la ejecución de obras.

Intermediario, es toda persona que contrata los servicios de otra para ejecutar algún trabajo en beneficio de un patrono, quien desde luego, queda obligado por la gestión de aquél, siempre que lo hubiere autorizado expresamente para la gestión de que se trata, o hubiere recibido la obra ejecutada.³¹

El artículo 94 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estipula:

“Artículo 94. 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.” (...)

En este sentido, la Ley Orgánica de Trabajo derogada, establecía en los artículos 49 y 54 lo siguiente:

³⁰ Disponible en la Página web: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0879-250506-051627.htm>

³¹ Rafael Alfonso Guzmán, Ob Cit., Pág. 160

“Artículo 49: (*Omissis*) Cuando la explotación se efectúe mediante intermediario, tanto éste como la persona que se beneficia de esa explotación se considerarán patronos.”

“Artículo 54: 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...” (Subrayado propio).

Actualmente la LOTTT, elimina de su articulado la definición de intermediario estipulada en la ley derogada, anteriormente transcrito, sin embargo hace mención de la figura del intermediario en el concepto de contratista al señalar: “La contratista no se considerará intermediario o tercerizadora” y en el numeral 2 del artículo 48 de la ley *iusdem* al señalar: “Queda prohibida la tercerización, por tanto no se permitirá: (...) 2. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante.”

De lo anteriormente señalado, si bien la LOTTT elimina la definición del intermediario, reconoce dicha figura al señalar que el contratista no se considera intermediario y al no permitirse dicha figura cuando se utilice para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante.

Si tomamos en cuenta lo señalado en el artículo 54 de la ley derogada que estipula que los intermediarios gozarán de las mismas condiciones que los contratados directamente por el beneficiario, entonces no habría fraude o simulación para obstaculizar o negar la aplicación de la legislación laboral, en conclusión no cabría hablar de tercerización.

Una visión estricta e histórica se encuentra en De la Cueva, para quien la intermediación es un acto anterior a la formación de la relación de trabajo; es la actividad de una persona que entra en contacto con otra u otras para convenir con ellas en que se presenten en la empresa o establecimiento a prestar un trabajo; “el intermediario es un mandatario o gestor o agente de negocios, que obra por cuenta de otra persona”³²

En otra visión, que la autonomiza, “la figura del intermediario se confunde con la del verdadero empleador. El intermediario se obliga por sí mismo, aunque, en última instancia, su propia actividad sea destinada también a aquel para quien el trabajo se ejecuta. El intermediario o contratista está ligado al dueño de la tarea encomendada mediante una locación de obra; es, pues, un empresario y corre con los riesgos de su empresa, según la regla general en esta materia. A su turno, contrata con otras personas la ejecución total o parcial del trabajo de que se trata, y estas personas son locadores de servicios o trabajadores en sentido técnico estricto”³³

³² De la Cueva, Mario, *El nuevo Derecho mexicano del trabajo*, 19ª. edición, Porrúa, México 2003, p. 160-161. Citado por Ermidia Uriarte y Natalia Colotuzzo ob cit pág. 27

³³ Racciatti, Octavio Carlos; *Exteriorización del empleo y descentralización productiva: las relaciones de trabajo triangulares*, trabajo inédito, pág. 60. Citado por Ermidia Uriarte y Natalia Colotuzzo ob cit pág. 27

Entre las Diferencias entre contratista e intermediario, el primero ejecuta obras con medios propios y el segundo ejecuta obras con medios ajenos.

Lo referido a la contratación de trabajadores a través de intermediarios para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante, estipulado en el artículo 48 numeral 2, permite pensar la posibilidad de contratar trabajadores a través de este mecanismo, sin el propósito de evadir la legislación laboral, por una parte. Por la otra, fue excluido del texto legal el concepto de *intermediario*, por lo que puede pensarse que los así contratados son trabajadores del beneficiario.

4.5 ÓRGANOS COMPETENTES PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD QUE CORRESPONDA A LOS PATRONOS O PATRONAS EN CASO DE SIMULACIÓN O FRAUDE LABORAL.

El artículo 47 de la LOTTT, señala cuáles son los órganos competentes para determinar la responsabilidad de los patronos que incurran en hechos que configuren simulación o fraude en la tercerización de la siguiente manera:

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

El artículo en comento de forma general otorga competencia tanto para los órganos administrativos representado por las inspectorías del trabajo como para los órganos judiciales representados por los Tribunales del Trabajo, que a su vez se dividen en: Tribunales de Primera Instancia entre los que se hayan los de Sustanciación, Mediación y Ejecución y también los

de Juicio; los Tribunales Superiores del Trabajo que conocen en Segunda Instancia y el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social.

Ahora bien, siendo que la LOTTT otorga la competencia para ambos órganos surge la inquietud respecto a ¿Cuándo compete a la Inspectoría del Trabajo y cuándo compete a los Tribunales del Trabajo determinar la responsabilidad de los patronos en caso de simulación y fraude? por cuanto la Ley no aclara al respecto; sin embargo en la práctica judicial ya se han interpuesto por ante los Tribunales del Trabajo demandas de acción mero declarativa de continuidad de la relación laboral y restitución de todos los derechos laborales (por tercerización), que aunque han sido declaradas inadmisibles por los Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, y confirmadas por el Tribunal Superior del Trabajo, en su parte motiva establecen criterios útiles para determinar cuál de los órganos es el competente, así tenemos por ejemplo, la sentencia dictada por el Tribunal Superior Primero de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida en fecha: 07 de Mayo de 2013, ASUNTO PRINCIPAL: LP21- S-2013-000004, ASUNTO: LP21- R-2013-000036 Demandante: LUIS AMADEO FLORES MONSALVE Demandada: COCA-COLA FEMSA DE VENEZUELA S.A (Antes PANAMCO de Venezuela, S.A.) en la que se indica lo siguiente:

“...No obstante a lo anterior, este Tribunal Superior, conforme a lo solicitado, procede a indicarle a la representación judicial del accionante, cuál sería el órgano que a criterio de esta Juez, le corresponde dilucidar este tipo de casos:

En este sentido, es de resaltar que el accionante indicó en el escrito de demanda, que el “vínculo actualmente está vigente”, y de acuerdo con los hechos narrados, se configura uno de los supuestos señalados en el artículo 47 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores, donde se desarrolla la denominada

“tercerización”, manifiesta que la empresa, le solicitó la renuncia, para que fungiera como “Distribuidor” de sus productos, en una determinada ruta, y contrató a la sociedad mercantil Distribuidora FHA C.A. (en la que el actor es accionista), pero, es él (accionante) quien ejecuta el trabajo de manera personal y permanente, cumpliendo todos los requisitos de un trabajador, como horario, uso de uniforme, es decir, subordinado y percibiendo una remuneración con las mismas características de cuando trabajaba directamente y figuraba en la nómina de la empresa, pero ahora, realiza esas mismas funciones a través de su compañía, es decir, labora bajo la figura de la tercerización.

En este orden, es de citar el artículo 47 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores, que define la “tercerización”, en los siguientes términos:

“(…) se entiende por tercerización la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. Los órganos administrativos o judiciales con competencia en materia laboral, establecerán la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en caso de simulación o fraude laboral, conforme a esta Ley” (Subrayado de este Tribunal Superior).

Así pues, entendida la tercerización, como la simulación o fraude para desvirtuar, desconocer u obstaculizar las condiciones propias de un trabajador, es importante reseñar, que esta innovadora figura, sólo se refiere a los casos supra indicados, que en efecto, perjudican al trabajador, al no otorgarle igualdad de beneficios laborales.

Ahora bien, en el presente caso, de acuerdo a los hechos narrados

por el accionante, la relación jurídica “se encuentra vigente”, por lo que se debe observar, para determinar cuál es el órgano [Administrativo o Judicial], lo siguiente:

1) Cuando se expresan circunstancias, que deben ser verificadas dentro de la “vigencia del vínculo”, se ha asentado que al existir la relación hay la posibilidad de que el empleador cumpla en forma voluntaria, e incorpore al trabajador tercerizado en la nómina de la entidad de trabajo contratante principal, conforme a la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores (en un lapso no mayor de tres años, contados a partir de la data 7 de mayo de 2012); por ende, corresponde al trabajador en caso de negativa, acudir ante los órganos administrativos (Inspectoría del Trabajo) a fin de sustanciar, verificar o resolver la situación para regularizar y adecuar en la realidad de los hechos esa relación laboral, con todos los beneficios de Ley.

2) Cuando se expongan situaciones, a verificar, al “término” de la relación jurídica, el órgano competente son los Tribunales del Trabajo, quienes decidirán en el mérito, la existencia o no de la tercerización, aplicando los efectos que produce el vínculo de trabajo, conforme lo establece el artículo 47 de la de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores, y de acuerdo a la competencia atribuida en la norma 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, donde se lee:

“Artículo 29. Los Tribunales del Trabajo son competentes para sustanciar y decidir:

1. Los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje;

2. Las solicitudes de calificación de despido o de reenganche, formuladas con base en la estabilidad laboral consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la legislación laboral;
3. Las solicitudes de amparo por violación o amenaza de violación de los derechos y garantías constitucionales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;
4. Los asuntos de carácter contencioso que se susciten con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, de las estipulaciones del contrato de trabajo y de la seguridad social; y
5. Los asuntos contenciosos del trabajo relacionados con los intereses colectivos o difusos”. (Subrayado de esta Alzada).

Conteste con lo anterior, en virtud, que la solicitud del actor obedece a la premisa de vigencia de la relación jurídica con la empresa COCA-COLA FEMSA de Venezuela S.A, considera ésta Alzada, que tal circunstancia constituye un factor determinante para establecer el proceder, concluyendo que, es el órgano administrativo, vale decir, la Inspectoría del Trabajo, a la que le corresponde conocer el asunto aquí planeado, por cuanto lo que se ventila es una situación de hecho, que debe verificar y tramitar, para que se dé cumplimiento a la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores, que indica:

“Primera: En un lapso no mayor de tres años a partir de la promulgación de ésta Ley, los patronos y patronas incursos en la norma que prohíbe la tercerización, se ajustarán a ella, y se incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal los trabajadores y trabajadoras tercerizados. Durante dicho lapso y hasta tanto sean incorporados efectivamente a la nómina de

la entidad de trabajo contratante principal, los trabajadores y trabajadoras objeto de tercerización gozarán de inamovilidad laboral, y disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores y trabajadoras contratados directamente por el patrono o patrona beneficiarios de sus servicios”.

Finalmente, considera esta Alzada, que el solicitante, pudiera encuadrar los hechos planteados, en alguno de los supuestos señalados en la ley sobre la tercerización, e introducir el correspondiente reclamo ante la Inspectoría del Trabajo, conforme al procedimiento pautado en el artículo 513 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores, relativo al Procedimiento para atender reclamos de trabajadores y trabajadoras

Advirtiéndole, que la actividad del órgano administrativo, es verificar los hechos y al constar las circunstancias que den certeza de estar frente a una tercerización, proceder a que el empleador en el tiempo concedido en la ley, se adecue a las normas laborales, esto no debe entenderse como un punto de “derecho” que deba debatirse en vía judicial, por tratarse de simplemente “hechos”, que son los que plantea el actor, como condiciones en la que presta los servicios...”³⁴

En este sentido, el trabajador puede exigir el cumplimiento de la obligación a través de los tribunales del trabajo o de la inspectoría del trabajo dependiendo del supuesto en que se trate, es decir si se refiere a una relación laboral vigente o una relación laboral que ya culminó.

Igualmente la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha catorce (14) de mayo del año dos mil catorce (2014),

³⁴ Sentencia disponible en la web: <http://merida.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/MAYO/1412-7-LP21-R-2013-000036-049.HTML>

decidió que el Poder Judicial tiene jurisdicción para conocer y decidir la solicitud de *“incorporación a su puesto de trabajo”*, y denuncia de tercerización que interpusiera el ciudadano **LUIS ENRIQUE DÁVILA**, contra las sociedades mercantiles **INDUSERVI, C.A.** y **PROCTER & GAMBLE INDUSTRIAL, S.A.** en los siguientes términos:

“... En virtud, que en el presente caso, se establecen discrepancias en las causas de cómo se extinguió la relación laboral que unía, al trabajador accionante y la sociedad mercantil Induservi, C.A., y la supuesta tercerización que alega el trabajador lo unía con la sociedad mercantil *“Procter And Gamble de Venezuela, C.A.”*, siendo que la mencionada figura de la tercerización es considerada como *“la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral”*.

Considera esta Sala que la determinación de tales aspectos requiere de un debate probatorio entre las partes para determinar la pretensión deducida en autos, por lo tanto le correspondería a los órganos jurisdiccionales conocer el presente caso controvertido, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva y la justicia material que propugna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Vid. Sentencias de esta Sala N° 01031 del 21 de octubre de 2010 y la N° 00193 del 12 de febrero de 2014)...”

“Dado que la competencia para imponer multas a los patronos por los incumplimientos a la normativa laboral la tiene el órgano administrativo, que es la Inspectoría del Trabajo conforme a lo señalado en el numeral 7 del Artículo 507 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) que señala: “Las Inspectorías del Trabajo tendrán las siguientes funciones: ... 7)Imponer las sanciones por incumplimiento a la Ley

y a la normativa laboral dentro de su jurisdicción territorial”; resulta lógico que sea esta misma instancia administrativa la que determine la responsabilidad del patrono que incurra en simulación o fraude laboral violando la normativa de prohibición a la tercerización.”³⁵

4.6 VIGENCIA DE LA TERCERIZACIÓN EN EL DECRETO CON RANGO Y FUERZA DE LEY ORGANICA DEL TRABAJO LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS.

La vigente LOTTT establece en el Título X, disposición Transitoria Primera a partir de qué momento comienza a regir la aplicación de la figura de la tercerización en los siguientes términos:

“Primera: En un lapso no mayor de tres años a partir de la promulgación de ésta Ley, los patronos y patronas incursos en la norma que prohíbe la tercerización, se ajustarán a ella, y se incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal los trabajadores y trabajadoras tercerizados. Durante dicho lapso y hasta tanto sean incorporados efectivamente a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal, los trabajadores y trabajadoras objeto de tercerización gozarán de inamovilidad laboral, y disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores y trabajadoras contratados directamente por el patrono o patrona beneficiarios de sus servicios”.

De conformidad a la disposición transitoria transcrita, se ha establecido un lapso no mayor de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la misma Ley, para que todos los patronos sin distinción que sean del sector privado o público, incursos en los supuestos de la norma que prohíbe la tercerización, reconozcan u otorguen a esos trabajadores tercerizados los mismos beneficios de los trabajadores de la contratante

³⁵ María Gabriela Mujica Zapata. Ob. Cit., Pág. 80 y ss.

principal y el disfrute de las mismas condiciones de trabajo, además que garantiza que gozarán de inamovilidad laboral durante dicho lapso.

Según lo que se interpreta del texto de la Ley, los tres (3) años se cuentan a partir de la promulgación de la Ley que es el acto por el cual el Poder Ejecutivo constata la existencia de una Ley y ordena su ejecución, lo cual ocurrió el 30 de Abril de 2012 y no a partir de la publicación en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela que se hizo el 07 de Mayo del 2013, que sería el acto formal que hace a la Ley del conocimiento público con la publicación en Gaceta Oficial, en acatamiento al promúlguese. Se consideró un error el usar la redacción de la Ley el término promulgación en vez de publicación, ya que en esa etapa de promulgación ni trabajadores ni patronos tenían total conocimiento respecto al texto de la Ley, por cuanto que es a partir de la publicación en la Gaceta Oficial que se hace del conocimiento y dominio público todo el texto legal, En todo caso para la presente fecha ya se encuentra vigente la figura de la tercerización con todas las obligaciones y consecuencias que dicha figura conlleva, para lo cual los patronos deben adecuarse.

4.7 OBLIGACIONES Y CONSECUENCIAS QUE IMPONE LA REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN EN LA LOTT

Obligaciones:

- Otorgar a los trabajadores tercerizados los mismos beneficios laborales (pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones entre otros) y condiciones de trabajo que reciben los trabajadores del beneficiario de los servicios, así como el cumplimiento de todas las obligaciones laborales, a partir de la publicación en Gaceta Oficial de la LOTT.

- Incorporar el personal tercerizado a la nómina del beneficiario de los servicios. De conformidad con lo previsto en la disposición transitoria primera de la LOTTT, los patronos tienen tres (3) años, desde la promulgación de la LOTTT, para incorporar al personal tercerizado.
- Reconocer la Inamovilidad laboral para el personal tercerizado, hasta tanto sea incorporado en la nómina del beneficiario de los servicios. Esto significa que los trabajadores tercerizados pueden ampararse por ante el Ministerio del Trabajo si no se les respeta su derecho a ser incorporados a la nómina y se les despide.

Consecuencias:

- Sanción pecuniaria según el artículo 535 de la LOTTT que impone una multa no menor del equivalente de ciento veinte unidades tributarias, ni mayor del equivalente a trescientas sesenta unidades tributarias. La sanción antes señalada se aplicará al patrono que incurra en infracción a la normativa que prohíbe la tercerización, es decir aquel patrono que cometa fraude o simulación de la relación de trabajo e incurra en los hechos prohibidos señalados en el Artículo 48 de la LOTTT.
- Negativa o revocatoria de la solvencia laboral conforme a lo establecido en el Artículo 553 de la LOTTT que señala: “A los patronos o patronas que incumplan las obligaciones que le impone esta ley, les será negada o revocada la solvencia laboral según lo establecido en la ley correspondiente”.
- Sanción de carácter penal: en caso de Incumplimiento al pago de la multa, los representantes del patrono podrían ser sujetos a pena de arresto entre diez (10) y noventa (90) días, para lo cual el Inspector o Inspectora del Trabajo solicitará la intervención del Ministerio Público a fin del ejercicio de la acción penal correspondiente.

La competencia para imponer la sanción la tiene la Inspectoría del Trabajo de la localidad de conformidad con el procedimiento para la imposición de sanciones previsto en el Artículo 547 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT). En todos los casos de Reclamos por incumplimiento de la legislación laboral, la Inspectoría del Trabajo debe tomar en cuenta la definición de tercerización prevista en el citado Artículo 47 de la LOTTT y analizar aisladamente los supuestos de simulación o fraude prohibidos en el Artículo 48 eiusdem, para poder considerar si los patronos que subcontratan servicios incumplen con la normativa sobre tercerización.

En este sentido, las sanciones se le imponen al patrono y pueden ser de carácter pecuniario, de carácter general como la negación y suspensión de la Solvencia Laboral y de carácter penal.

CAPITULO V
DERECHO COMPARADO.
REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN EN PERÚ.

Para el análisis del derecho comparado sobre la figura de la Tercerización, nos ubicamos en la legislación de Perú debido a que ha tratado el tema en una Ley Especial Nro. 29.245 sobre la Tercerización, ampliada posteriormente en el Decreto Legislativo Nro. 1038 y en el Reglamento de la Ley Nro. 29.245 identificado como Decreto supremo Nro. 006-2008- 2/09/2008, razón por la cual dicha legislación, nos aporta distintos elementos que nos ayudará a entender el significado y alcance de la figura bajo estudio.

En Perú, en materia de constitución y objeto social, hay una regulación diferenciada según se trate de empresas o cooperativas. Las empresas pueden crearse para brindar exclusiva o conjuntamente servicios temporales, complementarios o especializados. Las cooperativas, por el contrario, deben crearse con el único fin de prestar servicios: a) temporales, o b) complementarios o especializados, sin poder desarrollar simultáneamente ambas actividades. Sin perjuicio de ello, las empresas de servicios deberán acreditar un capital suscrito y pagado no menor al valor de 45 unidades impositivas tributarias o su equivalente en certificados de aportaciones al momento de su constitución. Asimismo, como requisito previo a su funcionamiento, deberán inscribirse en el Registro a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde actuará la entidad. También se establece un límite cuantitativo respecto al personal contratado vía intermediación.

Cuando se trate de una hipótesis de intermediación laboral temporal, el personal destacado no podrá exceder el veinte por ciento del total de

trabajadores que tengan vínculo laboral directo con la empresa usuaria. Si se incumpliera dicho límite se entenderá que la relación laboral se ha trabado con la empresa usuaria. Por otra parte, la regulación sobre intermediación laboral permite recurrir a ella sólo cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización (artículo 2 de la Ley N° 27.626), agregando a continuación que “los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa.”

La infracción a los supuestos de intermediación laboral establecidos en la ley, debidamente comprobados a través de un procedimiento de inspección, determinará que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria (artículo 5). Asimismo, el artículo 4 de la Ley N° 29.245 establece que, en aquellos contratos donde el personal de la empresa tercerizadora es quien efectúa el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben verse afectados 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. Asimismo, dispone no solo que tal circunstancia debe constar por escrito en el contrato sino que, además, debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.

En Perú la Ley Nro. 29.245 resulta innovadora al aportar, en su artículo 2º, la definición de tercerización, técnica que hasta ahora no se había utilizado en el ordenamiento jurídico de dicho país. La mencionada disposición establece: “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.” Luego de lo cual dispone que sean 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. Por último, se establece que la aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

Cabe precisar que el artículo 3 hace una enunciación no limitativa de servicios que deben ser reputados como servicios tercerizados, a saber: los contratos de gerencia y de obra, los procesos de tercerización externa, y aquellos contratos en virtud de los cuales un tercero asume una parte integral del proceso productivo.

Perú dispone de dos mecanismos de protección de los derechos laborales en las relaciones de intermediación: la responsabilidad solidaria y la carta fianza bancaria. El artículo 24 de la Ley N° 27.626 establece que las entidades dedicadas a la intermediación laboral, cuando suscriban los contratos respectivos, deberán conceder una fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados. El reglamento establece dos tipos de fianza: a nombre del Ministerio de Trabajo o a nombre de la empresa usuaria.

Asimismo, en su artículo 25 dicha ley consagra un mecanismo de responsabilidad solidaria de la empresa usuaria respecto de los derechos laborales de origen legal o colectivo, que opera únicamente en el supuesto que la fianza otorgada resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales correspondientes a los trabajadores que prestan servicios en régimen de intermediación por el tiempo que trabajen en la empresa usuaria.

Por su parte, el artículo 9 de la Ley N° 29.245 establece la responsabilidad de la empresa principal al disponer que, en aquellos casos en que ésta contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora, es solidariamente responsable por el pago de los beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengadas mientras el trabajador se encontró desplazado. Resulta relevante señalar que la norma establece un plazo durante el cual se extiende la responsabilidad, fijado en un año contado a partir de la finalización del desplazamiento del trabajador.

El reglamento de la ley Nro. 29245 y del decreto legislativo Nro. 1038, que regulan los servicios de tercerización, Decreto Supremo Nro. 006-2008-tr 12/09/2008, define a la empresa tercerizadora de la siguiente manera "... empresa que lleva a cabo el servicio u obra contratado por la empresa principal, a través de sus propios trabajadores, quienes se encuentran bajo su exclusiva subordinación. Son consideradas como empresas tercerizadoras, tanto las empresas contratistas como las subcontratistas..."

Igualmente la Figura de la tercerización es definida de la forma que sigue: " Es una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma."

En un análisis general de derecho comparado sobre la tercerización, se encuentra que habitualmente se permite tercerizar, es decir, la tercerización está dentro del ámbito de validez jurídica. Generalmente, la tercerización es aceptada:

- En la industria de la construcción, por razones técnicas;

- En los servicios transitorios, aun cuando sean parte de la actividad principal.

- Es el caso de una secretaria que tiene licencia por maternidad.

Por el contrario, en varias legislaciones se aclara que no es posible la tercerización de las actividades principales, normales y específicas de la empresa.

En varias normativas, se introduce el criterio de la responsabilidad solidaria respecto de los créditos del trabajador tercerizado, para atender no sólo a las condiciones laborales inferiores, y para enfrentar las menores posibilidades de cobrar los créditos, cuando el empleador es insolvente.

Esta responsabilidad solidaria se aplica entonces al usuario verdadero, es decir, el empleador principal, aun cuando las dos empresas sean jurídicamente independientes. En la legislación de Perú, suele haber también un lugar para la acción estatal, al requerirse el registro de las empresas subsidiarias.

CAPITULO VI

MODELO PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN.

Como se indicó en el capítulo anterior, el concepto legal de tercerización proporcionado por la vigente ley del trabajo, se limita únicamente a la intencionalidad de las partes y no a los elementos reales, materiales o sustanciales que la describen que nos permita reconocer su existencia y los supuestos contemplados en el artículo 48 se refieren a casos que configuran mero desarrollos de situaciones de fraude y simulación.

En consecuencia la tercerización la vamos a identificar sólo cuando exista presencia de simulación y fraude con el propósito de desvirtuar, desconoce u obstaculizar la legislación laboral, fuera de este supuesto no podemos estar en presencia de una tercerización y en consecuencia aplicar la sanción administrativa que dispone la ley.

Ahora bien, cuándo estamos en presencia de una simulación y fraude bajo tales propósitos, la doctrina y la jurisprudencia patria ya nos habían proporcionado distintos mecanismos, a saber: la irrenunciabilidad del derecho, la primacía de la realidad sobre las formas y la presunción de la relación laboral.

La Jurisprudencia sostuvo el criterio del test de laboralidad, para conocer cuando verdaderamente existe una relación laboral o cuando en realidad se trata de otra relación distinta, de otra naturaleza, como sería, por caso, la civil o mercantil, en la Sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 13 de agosto de 2002, *Caso Mireya Beatriz Orta de Silva vs. FEDERACIÓN NACIONAL DE PROFESIONALES DE LA DOCENCIA-COLEGIO DE PROFESORES DE VENEZUELA (FENAPRODO-CPV)* se señala:

“... Sin ser exhaustiva, una lista de los criterios, o indicios, que pueden determinar el carácter laboral o no de una relación entre quien ejecuta un trabajo o presta un servicio y quien lo recibe fue propuesta en el proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que la Conferencia de la OIT examinó en 1997 y 1998:

- a) Forma de determinar el trabajo (...)
- b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo (...)
- c) Forma de efectuarse el pago (...)
- d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario (...)
- e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria;

f) Otros: (...) asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio, la regularidad del trabajo (...) la exclusividad o no para la usuaria (...).” (Arturo S. Bronstein, *Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo*, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas-Venezuela 6-8 de mayo de 2002. Pág. 22).

Ahora, abundando en los arriba presentados, esta Sala incorpora los criterios que a continuación se exponen:

- a) La naturaleza jurídica del pretendido patrono.
- b) De tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc.

c) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio.

d) La naturaleza y quantum de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar;

e) Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena...”

Para el Profesor Juan Carlos Pro,³⁶ de acuerdo al criterio reiterado de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia si la actividad es ejecutada por diversas personas; si el contratado asume los riesgos, responsabilidades, costos y frutos de su negocio; si cumple con obligaciones fiscales y laborales que corresponden a una sociedad mercantil, entre otras; quedaría desvirtuada de ese modo la prestación personal del servicio, subordinación, dependencia personal, propias de las relaciones de trabajo. Caso contrario, estaremos ante una verdadera relación de carácter laboral con independencia del trato o denominación que las partes decidan darle. Para el propio autor, si el tema ya había sido dilucidado, se pregunta ¿para qué presumir entonces la simulación o fraude en una figura cuya necesidad no era requerida?

ELEMENTOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE LA TERCERIZACION.

Sobre el tema, el Profesor César Augusto Carballo Mena señala que podría resultar útil, a los fines de esclarecer si una determinada modalidad de prestación de servicios constituye una expresión de tercerización aplicar

³⁶Juan Carlos Pro Rísquez: ob cit; anterior.

una especie de test de indicio de tercerización.³⁷ Entre los elementos o criterios a considerar para dicho test se señalan los siguientes:

1.- Elementos y Recursos Propios: Se refiere a la titularidad de los materiales, equipamiento o recursos que deben ser necesarios utilizar para la ejecución de la obra. Cuando el tercero ejecuta el trabajo con sus propios recursos económicos, técnicos y humanos para otras personas naturales o jurídicas, constituye un indicio contrario a la tercerización.

2.- Asunción de Riesgos: Cuando el tercero obra en su propio nombre, por cuenta propia y asume todos los riesgos, responsabilidades, costos y frutos de su negocio, realiza su propia inversión de capital. Constituye un indicio en contra de la tercerización, toda vez que no se configura uno de los elementos indispensable de la relación laboral, como lo es el trabajo por cuenta ajena, sino que por el contrario asume todos los riesgos de su negocio y trabaja para él.

3.- Organización autónoma del proceso productivo: Se refiere a la capacidad de organizar la actividad de manera independiente y sin injerencia de la entidad de trabajo contratante, según Carballo Mena: el contratado, efectivamente ostenta el poder de combinar autónomamente los factores de la producción para alcanzar el resultado comprometido, robusteciendo la autonomía funcional del tercero frente al contratante. Verificado este supuesto constituirá un indicio en contra de la tercerización.

4.- El volumen de ingresos generados por el contratista por cada servicio: Si su ingreso o retribución del servicio se limita a compensar los gastos en que hubiera incurrido por la ejecución de la obra correspondiéndole apenas una ganancia análoga a la que percibe quien

³⁷Cesar Augusto Carballo Mena. *Breves Comentarios en torno al Régimen de tercerización en la Ley Orgánica del Trabajo*, los Trabajadores y las Trabajadoras. Jornadas LOTT UCAB Magaly Vásquez (Coordinadora), Caracas 2013. Pág. 169

presta servicios en condiciones de trabajo, constituirá un indicio favorable a la tercerización.

5.- Antecedente Laboral: Se refiere a verificar si el tercero preste servicio al contratante bajo relación de dependencia, es decir, bajo una relación laboral y luego presta el mismo servicio en análogas condiciones mediante una contratación civil o mercantil, dicho elemento constituirá un indicio favorable a la tercerización.

6.- Pluralidad de Clientes: si el tercero ejecuta servicio para varias entidades de trabajo independientes entre sí, constituirá un indicio en contra de la tercerización porque pierde la autonomía funcional de aquél. En cambio, si sólo labora permanentemente para una entidad de trabajo específica, recibiendo de esta su única fuente de lucro, se considerará un indicio favorable a la tercerización.

7.- Principio de Isonomía: La Isonomía se basa en la aplicación de igual trabajo – igual salario; en razón de lo cual puede ser entendida como la obligación de extender o uniformar las condiciones de trabajo para aquellos que ostentan el mismo puesto o cargo en el trabajo, desarrollan labores idénticas y en condiciones igualmente idénticas. Mismas condiciones laborales. El artículo 55 de la Ley Orgánica del Trabajo estipulaba la regla de la extensión de las condiciones de trabajo al preceptuar: “... los trabajadores intermediarios gozarán de las mismas condiciones laborales...”

Lo que busca la redacción de esta norma es que no se defraude al trabajador, en consecuencia cuando al trabajador contratado como tercero se le garantiza exactamente los mismos beneficios que los contratados directamente, no se está buscando desaplicar la legislación laboral y en consecuencia no se materializa un fraude a la Ley o simulación laboral por lo que constituiría un indicio en contra de la tercerización entendida de acuerdo

a la definición dada por la Ley Laboral, es decir; simulación o fraude a la Ley para obstaculizar o desaplicar la legislación laboral.

8.- Identidad temporal, espacial y material: Si la obra, servicio o actividad son de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, se ejecuta o presta dentro de las instalaciones de ésta y se relaciona directamente con el proceso productivo de la contratante, constituirá un indicio favorable a la tercerización de acuerdo al numeral 1 del artículo 48. Claro está que como se dijo anteriormente este es un elemento que constituye indicio pero que además debe constatarse que se está actuando con ánimo de simular o ánimo fraudulento con el propósito de desaplicar la legislación laboral de conformidad a la definición de tercerización, razón por la cual este indicio debe corroborarse con el elemento de Isonomía explicado anteriormente.

Para cada caso concreto debemos verificar de qué forma se presentan estos elementos en la relación que se trate y con ello podremos saber ante qué tipo de figura no encontramos en presencia, si ante un contratista figura completamente permitida en la legislación laboral o si ante una tercerización conducta expresamente prohibida por la legislación laboral.

Adicional a estos elementos anteriormente enumerados debemos de tener en cuenta que para que exista tercerización tiene que estar presente en todo momento la intención de simular o de defraudar con el propósito de obstaculizar o desaplicar la legislación laboral.

CONCLUSIONES.

- El Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, define por primera vez la figura de la tercerización, fijando su atención en la intencionalidad de las partes y no a los elementos reales, materiales o sustanciales que la describen, al determinar que se entiende por tercerización toda simulación o fraude con el propósito de desvirtuar, desconocer, u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

- No puede haber tercerización sin la existencia de una simulación o fraude para evadir la legislación laboral, en consecuencia cuando estén presentes los elementos enumerados en el artículo 48 del Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, podremos hablar de una tercerización, bajo el marco de la legislación laboral vigente.

- La Tercerización difiere de la figura de la subcontratación, es decir aquellas personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encarguen de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recursos propios y con trabajadores bajo su dependencia. En consecuencia la figura del contratista es perfectamente legal y permitida por la legislación laboral.

- La finalidad de sancionar a la tercerización, es evitar que se configuren una serie de elementos que conlleve desvincular una relación directa frente a los trabajadores, sin embargo debe entenderse que no toda actividad que involucre a un tercero (como el contratista o intermediario) se considera fraude o simulación laboral.

- El contratista no es considerado como intermediario o tercerizador, ya que se requiere para este último la intención fraudulenta o de simulación.

- La legislación Laboral de Perú, analizada como referencia a la figura de la Tercerización laboral, dicha institución es considerada una contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que disponga de determinados elementos característicos a saber: 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, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio.

RECOMENDACIONES

- Aunque el Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, ha establecido una distinción legal entre tercerización (actividad prohibida) y la provisión de servicios por un contratista (que está permitido), para determinar si una empresa incurre en tercerización es necesario contar con factores y criterios de las autoridades laborales y los tribunales. Esperamos que el Reglamento del Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, incluya lineamientos específicos y criterios para analizar y determinar cuándo se incurre en tercerización, o cuando la actividad es realizada con la intención de defraudar o evadir las leyes laborales.

- Es importante determinar para cada caso en concreto cuando estamos en presencia de un contratista o tercerizador de conformidad a los elementos propuestos y desarrollados en el capítulo V de la presente investigación.

- Las compañías deben evaluar su cumplimiento con la ley. Si los servicios han sido subcontratados a terceros, las compañías deben determinar si el tercero califica como "contratista" dentro del concepto de la Ley, es necesario que las empresas hagan un estudio de sus procesos productivos, para determinar que contratistas que actualmente le presten servicios, pudieran ser consideradas eventualmente como casos de tercerización, a los fines de determinar los riesgos y realizar los correctivos que sean necesarios.

- Como el contratista y el beneficiario de los servicios pueden ser solidariamente responsables por las obligaciones laborales, las compañías también deben evaluar el impacto de tener que "absorber" los trabajadores

tercerizados (por la incorporación del personal del contratista en la nómina del beneficiario) en el caso que las autoridades laborales determinen que la tercerización ha ocurrido en violación de la Ley.

BIBLIOGRAFIA

Convenios, leyes y reglamentos.

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999
- Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, 2012
- Ley Orgánica del Trabajo, 1997
- Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, 2007
- Ley Nro. 29245, que regula los Servicios de Tercerización de junio de 2008 que rige en la República del Perú.
- Decreto Legislativo Nro. 1038 que que precisa los alcances de la Ley Nro. 29245. República de Perú. 24 Junio 2008.
- Reglamento de la Ley Nro. 29245 y del Decreto Legislativo Nro. 1038, que regulan los servicios de tercerización. Decreto supremo Nro. 006-2008-2/09/2008

Autores consultados:

- Alfonso Guzmán, Rafael. *La Inherencia y la Conexidad de actividades en el Derecho Laboral Venezolano*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nro. 85 UCV, Caracas. 1992.
- Alfonso Guzmán, Rafael. *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo*. Editorial Melvin, Caracas. 2001.
- Carballo Mena, César Augusto. *Introducción al estudio de la LOTTT*, Caracas. 2013.

- De la Cueva, Mario. *El nuevo Derecho mexicano del trabajo*, 19ª edición, Porrúa, México 2003.
- García Vara, Juan. Existencia de una relación laboral por prestación de servicio. Realidad sobre los hechos, Caracas.
- Hernández Álvarez, Óscar. *La prestación de trabajo en condiciones de fraude o simulación. Consideraciones generales y propuestas para una reforma de la legislación laboral venezolana*. En Estudios Laborales en Homenaje a Rafael Alfonso Guzmán. Tomo I. UCV. 1ª Edición Caracas, 1986.
- Hernández Sampieri, Roberto. Fernández Carlos y Baptista Pilar: *Metodología de la Investigación*, Ediciones Mc Graw Hill, Quinta edición, 2010.
- Iranzo Consuelo y Richter Jacqueline. *La subcontratación laboral. Bomba de tiempo a la paz social*. Cuaderno de Integración Andina, Nro.20 la subcontratación laboral-análisis y perspectivas. Diciembre 2007.
- Mujica Zapata, María Gabriela. *Tercerización laboral: Práctica Prohibida en la Ley Orgánica de Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras*. Observatorio Laboral Revista Venezolana Vol. 7.
- Muñoz Sabaté, *la prueba de la simulación*. Edit. Hispano Europea, España 1972.
- Pro-Risquez, Juan Carlos. *La Tercerización y la Subcontratación en el marco de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras ("LOTTT")*. 2013.
- Rodríguez Luis y Dean Matteo. *OUTSOURCING, Respuesta desde los Trabajadores*. Cuaderno de Investigación 008. México DF.

- Rotondaro, Luis Oquendo. *Identidad entre el Concepto de Empresa, Patrono, Grupo de Empresas, Unidad Jurídico Económica, Patrono Sustituto y Sustituido e Intermediario*. Revista de Universitas Nro. 2. 2006
- Vásquez Magaly (Coordinadora). *Jornadas LOTTT Evaluación del Primer año de vigencia*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. 2013.

Páginas web consultadas:

- Germa Rodolfo Sánchez Gil: Tercerización para grandes negocios. Evento presentado por Level (3) y DebaTIC. 29 de noviembre de 2012. (Consultado en Febrero 2014) Disponible en la web:

<http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2013/11723a10.pdf>

- Iván Alí Miranda Rendón: Sustitución de Patrono, transferencia del trabajador y la Unidad económica. Algunas precisiones conceptuales. (Consultado en Febrero 2014). Disponible en la web:

http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RUVM/1/uvm_2003_1_115-147.pdf

- Oscar Ermida Uriarte y Álvaro Orsatti. *Estrategia Sindical hacia Trabajadores Tercerizados*. (2009). (Consultado en Febrero 2014). Disponible en la página web:

http://white.oit.org.pe/proyectoactrav/pry_ria_06_m03_spa/gtas/gtas_aportes/asesores/gtas_libro2010-ermida.pdf

- Oscar Ermidia y Natalia Coteluzzo; *descentralización, tercerización, subcontratación*. Primera edición 2009. Publicación de la oficina internacional del trabajo, lima. (Consultado en Febrero 2014). Disponible en la web:

http://white.lim.ilo.org/proyectoactrav/pry_ria_06_m03_spa/publicaciones/documentos/estudio_descentralizacion_tercerizacion_subcontratacion.pdf