

Derecho y Sociedad

11

*Estudios sobre
la LOTT*

María del Rosario Bernardoni

Manuel Díaz Mujica

Juan García Vara

Luis Alfredo Hernández Merlanti

Francisco Javier Marín Boscán

Juan Carlos Pró-Rísquez

Aurora Celina Salcedo Medina

Flavia Ysabel Zarins Wilding

Kathleen Barrios

Noviembre

2012



Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad Monteávila

Derecho
y Sociedad
*11 Estudios
sobre la
LOTTT*

Noviembre 2012

Derecho y Sociedad

Editorial

Carlos García Soto

Las prestaciones sociales en Venezuela, ¿fin de la historia?

María del Rosario Bernardoni

Consecuencias de la supresión legal de las categorías de obrero y empleado, respecto al ámbito de aplicación personal de las convenciones colectivas de trabajo

Manuel Díaz Mujica

La estabilidad y la inamovilidad. Su aplicación

Juan García Vara

La tercerización prohibida en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras

Luis Alfredo Hernández Merlanti

La inspección del trabajo en Venezuela: Impacto de la nueva Ley del Trabajo

Francisco Javier Marín Boscán

La Tercerización y la Subcontratación en el marco de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (“LOTTT”)

Juan Carlos Pró-Rísquez

Relaciones Triangulares y Relaciones Ambiguas en la Legislación Laboral Venezolana

Aurora Celina Salcedo Medina

La suspensión de la relación de trabajo en la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras

Flavia Ysabel Zarins Wilding

La huella del Derecho en la Literatura

Kathleen Barrios

Colaboran en este número

María del Rosario Bernardoni

Doctora en Derecho y Profesora Titular de la Universidad del Zulia; Profesora de Instituciones de Derecho Laboral en la Universidad Monteávila. Ex Ministra del Trabajo; Miembro del Escritorio Jurídico Govea&Bernardoni.

Manuel Díaz Mujica

Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho del Trabajo. Despacho de Abogados Miembro de la Firma Internacional Baker & McKenzie, Socio.

Juan García Vara

Abogado UCV. Magister Scientiarum UCV. Profesor de Postgrado UCV. Estudios completos de doctorado UCV. Juez Superior del Trabajo (J). Autor de publicaciones y ensayos. Expositor en congresos, jornadas y talleres en materia laboral. Miembro del Colegio de Abogados del Distrito Capital. Miembro de diversos Institutos y Asociaciones nacionales e internacionales dedicados al Derecho del Trabajo.

Luis Alfredo Hernández Merlanti

Socio fundador de Grau García Hernández & Mónaco. Socio de la Unidad de Litigios y Derecho del Trabajo. Abogado UCAB 1989. Especialista en Derecho Procesal UCAB 1995. Profesor de Teoría General de la Prueba UCAB y Técnica Probatoria Avanzada Post-Grado UCAB.

Francisco Javier Marín Boscán

Maestría y Doctorado en Derecho del Trabajo (LUZ). Diploma en Derecho Internacional y Comparado del Trabajo (UNAM). Experto Latinoamericano en Relaciones de Trabajo (OIT, Centro de Turín y Universidades de Bolonia y Castilla La Mancha). Profesor en pregrado y posgrado de LUZ. Investigador en el Centro de Investigaciones y Estudios Laborales (CIELDA-LUZ) acreditado en el PEII. Miembro de la Asociación Venezolana de Abogados Laboralistas (AVAL) y de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Autor del libro: “Curso de Procedimiento Laboral Venezolano” y de artículos en revistas y medios electrónicos. El presente trabajo ha sido concluido en febrero 8 de 2013.

Juan Carlos Pró-Rísquez

Universidad Central de Venezuela, Abogado, mención magna cum laude. Doctorado en Ciencias, Mención: Derecho, con distinción honorífica. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Jefe de la referida Cátedra. Southern Methodist University, Maestría en Derecho (LLM).

Aurora Celina Salcedo Medina

Abogado en ejercicio (UC). Magíster en Administración del Trabajo y Relaciones Laborales (UC). Formación en Derecho de Familia y del Niño (UCAB). Formación en Docencia para la Educación Superior (UC). Formación en Bioética (Redbioética – UNESCO – Argentina). Cursante del Programa Doctorado en Ciencias Sociales Mención Trabajo (UC). Docente Ordinario de Pregrado (UC). Docente de Posgrado Especialización en Derecho Procesal del Trabajo (UAM) Directora del Escritorio Jurídico MS Abogados.

Flavia Ysabel Zarins Wilding

Abogado (1998), Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Procesal Civil, Universidad Católica Andrés Bello (pendiente la presentación de trabajo de grado). Profesora de Derecho del Trabajo I en la Universidad Católica Andrés Bello desde el año 2010. Jefe de Cátedra de Derecho del Trabajo I de la Universidad Católica Andrés Bello desde el año 2012.

Kathleen Barrios

Estudiante de 3° año de Derecho de la Universidad Monteávila.

Derecho y Sociedad

**REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA**

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

derechoysociedad@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 - Fax: (+58 212) 232.5623

Web: www.uma.edu.ve

CONSEJO EDITORIAL

Carlos García Soto

Director

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA

Eugenio Hernández-Bretón

Decano

Carlos García Soto

Director

Geraldine Cardozo Ríos

Secretaria

CONSEJO ASESOR DE DERECHO Y SOCIEDAD

María Bernardoni de Govea

Marcos Carrillo

Résmil Chacón

Rafael J. Chavero G.

Faustino Flamarique

José Antonio Gámez Escalona

Ricardo Henríquez La Roche

Paul Leizaola

Enrique Pérez Olivares †

Pedro A. Rengel N.

Aristides Rengel Romberg

Daniela Urosa Maggi

Vicente Villavicencio Mendoza

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY

ISSN: 1317-2778

Diagramación: Ediciones Paredes

Departamento de Promoción y Desarrollo Institucional,

Universidad Monteávila

CONTENIDO

Editorial.....	15
----------------	----

DERECHO

Las Prestaciones Sociales en Venezuela, ¿Fin de la Historia? María del Rosario Bernardoni.....	19
---	----

I. INTRODUCCIÓN.....	19
----------------------	----

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	20
------------------------------------	----

III. LA REFORMA DE LA LOT DE 19 DE JUNIO DE 1997.....	23
---	----

IV. NATURALEZA JURÍDICA E IMPORTANCIA SOCIAL.....	25
---	----

V. EL PLURAL “PRESTACIONES SOCIALES”.....	27
---	----

VI. EL RÉGIMEN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES EN EL DLOTTT (ARTS. 122 Y 141 Y SIGS.).....	28
--	----

6.1. Recálculo al finalizar la relación laboral.....	29
--	----

6.2. ¿Pago de las prestaciones sociales en base al último salario?.....	29
---	----

6.3. Administración del capital de prestaciones sociales.....	30
---	----

6.4. La indemnización en caso de despido injustificado.....	31
---	----

6.5. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales.....	31
--	----

6.6. Utilización del capital del trabajador antes de la finalización de la relación laboral.....	32
---	----

VII. LOS PASIVOS LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO.....	32
--	----

7.1. Ámbito de los Pasivos Laborales.....	32
---	----

7.2. El Fondo de Ahorro Nacional de la Clase Obrera.....	33
--	----

VIII. CONCLUSIONES.....	35
-------------------------	----

Consecuencias de la supresión legal de las categorías de obrero y empleado, respecto al ámbito de aplicación personal de las convenciones colectivas de trabajo Manuel Díaz Mujica.....	37
--	----

I. INTRODUCCIÓN.....	37
----------------------	----

II. MARCO NORMATIVO.....	39
--------------------------	----

III. ALGUNOS COMENTARIOS.....	41
-------------------------------	----

IV. CONDICIONES DE TRABAJO DIFERENTES SEGÚN LA CATEGORÍA PROFESIONAL.....	43
--	----

ÍNDICE

V.	ALGUNAS DECISIONES JUDICIALES DE IMPORTANCIA	45
VI.	CONCLUSIONES.	51
La estabilidad y la inamovilidad. Su aplicación Juan García Vara		53
I.	INTRODUCCIÓN	53
II.	ESTABILIDAD	55
	2.1 Objeto de la institución de la estabilidad.	56
	2.2. Cumplimiento de la decisión que ordena continuar la relación de trabajo.	58
	2.3. ¿Hay cumplimiento por equivalente?	58
	2.4. Diferencias entre el procedimiento de estabilidad establecido en la LOPT y el previsto en la LOTT	60
III.	INAMOVILIDAD.	60
	3.1 Autorización para proceder al despido del trabajador.	61
	3.1.1. Diferencias entre el procedimiento de inamovilidad contemplado en la LOT y el establecido en la LOTT	62
	3.1.2. Separación temporal del cargo por razones de violencia y peligro, sin esperar la autorización del funcionario adminis- trativo del trabajo	63
	3.2 Autorización para proceder a la desmejora de las condiciones de trabajo o al traslado	64
	3.3. Reenganche	64
	3.3.1 Procedimiento para el reenganche	65
	3.3.2 Sanciones por el desacato u obstaculización	66
IV.	CONCLUSIONES.	66
La tercerización prohibida en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras Luis Alfredo Hernández Merlanti		69
I.	INTRODUCCIÓN A LA TEMÁTICA	69
II.	SUPUESTOS DE TERCERIZACIÓN PROHIBIDA.	73
	2.1. Primer supuesto. Tercerización genérica	75
	2.2. Segundo supuesto. La Intermediación	77
	2.3. Tercer supuesto. La contratación a través de entidades de trabajo	78
	2.4. Cuarto supuesto. Utilización fraudulenta de figuras contractuales del derecho común	81
	2.5. Quinto supuesto. Cualquier otra forma de simulación o fraude.	88
III.	CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA TERCERIZACIÓN PROHIBIDA	84

ÍNDICE

IV. LA TERCERIZACIÓN PROHIBIDA NO SUPONE EL FIN DE LA FIGURA DE LOS CONTRATISTAS.	87
La inspección del trabajo en Venezuela: Impacto de la nueva Ley del Trabajo Francisco Javier Marín Boscán.	89
I. INTRODUCCIÓN	89
II. PUNTO PREVIO: LA NUEVA LEY DEL TRABAJO EN VENEZUELA, LA LOTTT	92
III. LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO LABORAL EN VENEZUELA	93
IV. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO EN LA GARANTÍA DE ADECUADAS CONDICIONES DE TRABAJO PARA LA ARMONÍA Y EL TRABAJO DECENTE	95
V. REFERENTES EN LA NORMATIVA NACIONAL Y LA CONTRIBUCIÓN DE LA NUEVA LEY DEL TRABAJO (LOTTT) A LA EFICACIA DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO	98
VI. CONCLUSIONES.	102
BIBLIOGRAFÍA	103
La Tercerización y la Subcontratación en el marco de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (“LOTTT”) Juan Carlos Pró-Rísquez.	107
I. INTRODUCCIÓN	108
II. LA DESCONCENTRACIÓN PRODUCTIVA	110
III. LA TERCERIZACIÓN EN LA LOTTT.	112
IV. DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.	117
V. LA SUBCONTRATACIÓN Y EL CONTRATISTA EN LA LOTTT.	119
5.1. Consecuencias derivadas de la utilización de Contratistas que ejecuten actividades inherentes o conexas a la del beneficiario	120
VI. LA DETERMINACIÓN DE TERCERIZACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS	124
6.1. Órgano Competente	124
6.2. Consecuencias de la determinación de tercerización	128
VII. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA TERCERIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO.	129
VIII. CONCLUSIONES.	132

Relaciones Triangulares y Relaciones Ambiguas
en la Legislación Laboral Venezolana
Aurora Celina Salcedo Medina 135

I. INTRODUCCIÓN 135

II. RELACIONES TRIANGULARES Y RELACIONES AMBIGUAS
EN LA LEGISLACIÓN LABORAL VENEZOLANA. 136

2.1 Relaciones de Trabajo Bilaterales 136

2.2 Relaciones de Trabajo Triangulares 137

2.3 Relaciones De Trabajo Encubiertas, Disfrazadas o Ambiguas 138

2.4 Test de Laboralidad. 142

2.5 Tercerización Prohibida en la Nueva LOTTT. 144

III. REFLEXIÓN FINAL 147

La suspensión de la relación de trabajo en la Ley Orgánica
del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras
Flavia Ysabel Zarins Wilding 149

I. INTRODUCCIÓN 150

II. DEFINICIÓN Y NOTAS CARACTERÍSTICAS 150

III. SUSPENSIONES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO 152

3.1. Enunciación legal taxativa o enunciativa 152

3.2. Causas de suspensión 153

IV. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO. 167

4.1. Suspensión de las obligaciones fundamentales
del contrato de trabajo 167

4.2. Cómputo del tiempo de suspensión en la antigüedad
del trabajador. 168

4.3. Obligaciones que deben cumplirse durante la suspensión. 169

V. LA REINCORPORACIÓN AL TRABAJO 170

VI. CONCLUSIONES. 171

La Huella del Derecho en la Literatura
Kathleen Barrios 173

I. INTRODUCCIÓN 173

II. UNA RELACIÓN SINALAGMÁTICA: DERECHO Y LITERATURA. 174

III. LA REALIDAD ENTRE DERECHO Y LA SOCIEDAD 178

IV. CONCLUSIÓN 185

V. BIBLIOGRAFÍA. 186

EDITORIAL

Este número 11 de *Derecho y Sociedad* se ha dedicado monográficamente a la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.076 extraordinario del 7 de mayo de 2012. La Ley vino a derogar la Ley Orgánica del Trabajo que estaba vigente desde 1997.

Una de las Leyes más importantes para la sociedad es, a no dudarlo, la Ley del Trabajo, que viene a regular esa actividad principalísima de las personas, que tantas consecuencias tiene en el ámbito personal y familiar, como en el social, económico y político.

Por ello, el contenido de una Ley del Trabajo no es inocuo para las personas y para la sociedad en la cual se dicta. La orientación de las normas laborales pueden configurar en uno u otro sentido el bienestar de los ciudadanos. Una Ley Laboral puede ocasionar consecuencias negativas para personas específicas y para la sociedad en su conjunto, pero también puede contribuir al crecimiento de esa sociedad.

Las instituciones fundamentales del Derecho del Trabajo se han mantenido bajo el esquema de la nueva Ley, como no podía sino ser. Los cambios puntuales que contiene, sin embargo, han generado preocupación. Desde *Derecho y Sociedad* hemos querido dar un lugar para el estudio científico de tales reformas en el régimen laboral venezolano.

Carlos García Soto
Director

Derecho

La tercerización prohibida en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras

Luis Alfredo Hernández Merlanti¹

SUMARIO: I. Introducción a la temática. II. Supuestos de tercerización prohibida: 2.1. Primer supuesto. Tercerización genérica. 2.2. Segundo supuesto. La intermediación. 2.3. Tercer supuesto. La contratación a través de entidades de trabajo. 2.4. Cuarto supuesto. Utilización fraudulenta de figuras contractuales del derecho común. 2.5. Quinto supuesto. Cualquier otra forma de simulación o fraude. III. Consecuencias jurídicas de la tercerización prohibida. IV. La tercerización prohibida no supone el fin de la figura de los contratistas

I. INTRODUCCIÓN A LA TEMÁTICA

Durante finales de 2011 y principios del 2012, nuestro país estuvo siguiendo muy detenidamente el avance y progreso de una muy prometida reforma de la legislación laboral y más concretamente de la Ley Orgánica del Trabajo (“LOT”).²

Cabe recordar, en un primer término, que el numeral 3 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (“CRBV”) ordenaba de manera expresa a la Asamblea Nacional una reforma de la LOT, enfocada principalmente a la creación de un nuevo régimen de prestaciones sociales, el lapso de prescripción para iniciar las acciones laborales y la jornada de trabajo.³

¹ Socio fundador de Grau García Hernández & Mónaco. Socio de la Unidad de Litigios y Derecho del Trabajo. Abogado UCAB 1989. Especialista en Derecho Procesal UCAB 1995. Profesor de Teoría General de la Prueba UCAB y Técnica Probatoria Avanzada Post-Grado UCAB.

² Gaceta Oficial N° 5.152 Extraordinario del 19 de junio de 1997.

³ Dicha norma expresa lo siguiente: “Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará: ... (omissis) ... 3. Mediante la reforma de la Ley Orgánica

Desde el nacimiento del Texto Fundamental, muchas fueron las noticias publicadas en los distintos medios de comunicación social, impresos y audiovisuales, en lo que concernía a esta modificación prometida y que efectivamente se inició en el seno de la Asamblea Nacional. Se llegó incluso, entendemos que alrededor de 2003, a aprobarse en primera discusión una modificación de la LOT. La modificación no sólo estaba referida a los tres (3) aspectos básicos indicados en la Disposición Transitoria de la CRBV, sino que se trataba de una reforma que abarcaba a otras instituciones de la LOT.

Sin embargo, los diversos actores que pasaron por la Asamblea Nacional nunca alcanzaron el necesario acuerdo para aprobar en segunda discusión la reforma ordenada por la CRBV. La modificación estuvo en ese sentido detenida por doce (12) años.

Como consecuencia de esa parálisis del cuerpo legislativo nacional, el Presidente de la República, en alocución realizada el 11 de diciembre de 2011 en el Teatro Municipal de la ciudad de Caracas, anunció inesperadamente para nosotros la creación de una Comisión Presidencial que estaría dirigida a realizar consultas populares que contribuyeran a la redacción de la nueva LOT. El Presidente de la República prometió, además, que haciendo uso de las facultades especiales que le fueron otorgadas por la Asamblea Nacional⁴, promulgaría el día 1º de mayo de 2012 la tan esperada reforma de la LOT.

Efectivamente, mediante Decreto N° 8.661 del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial Número 39.818 del 12 de diciembre de 2012, nació la denominada “COMISIÓN PRESIDENCIAL PARA LA CREACIÓN Y REDACCIÓN DE LA NUEVA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO”.⁵ De acuerdo a dicho Decreto, la Comisión tenía, entre otras

del Trabajo, un nuevo régimen para el derecho a prestaciones sociales consagrado en el artículo 92 de esta Constitución, el cual integrará el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el último salario devengado, estableciendo un lapso para su prescripción de diez años. Durante este lapso, mientras entre en vigencia la reforma de la ley seguirá aplicándose de forma transitoria el régimen de la prestación de antigüedad establecido en la Ley Orgánica del Trabajo vigente. Asimismo, contemplará un conjunto de normas integrales que regulen la jornada laboral y propendan a su disminución progresiva, en los términos previstos en los acuerdos y convenios de la Organización Internacional del Trabajo suscritos por la República.”

⁴ El Presidente de la República fue autorizado por la Asamblea Nacional mediante Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se delegan, en Consejo de Ministros. Esta Ley fue publicada en la Gaceta Oficial N° 6.009 del 17 de diciembre de 2010.

⁵ Muy curiosamente este Decreto tiene fecha 6 de diciembre de 2011, es decir, que fue dictado antes del anuncio Presidencial.

atribuciones, la de revisar la situación actual de las prestaciones sociales, el régimen de descanso, jornada laboral, período de prueba, tercerización, etc.⁶

Entendemos que como consecuencia de las labores y actividades desplegadas por la Comisión, el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, en un acto especial del 30 de abril de 2012 y transmitido en cadena nacional de medios de comunicación social, firmó el Decreto N° 8.938 a través del cual se realizó la reforma integral de la LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS (“LOTTT”).

Debido al carácter orgánico de dicho cuerpo normativo, el Presidente de la República ordenó su remisión a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se pronunció favorablemente acerca de tal carácter mediante decisión número 562 del 4 de mayo de 2012.⁷

⁶ A texto expreso, el artículo 3 del Decreto estableció a favor de la Comisión las siguientes atribuciones: “1. La elaboración de las normas de organización y funcionamiento de la Comisión; 2. Formular y recomendar las políticas y lineamientos en material laboral, a ser implementado en el texto normativo de la futura Ley Orgánica del Trabajo; 3. Proponer y fomentar la participación popular en la discusión de las propuestas a ser incorporadas en el nuevo texto normativo; 4. Incorporar a los gremios, instituciones públicas y privadas, universidades y población en general en la presentación de propuestas para el nuevo texto normativo laboral; 5. Elaborar un cronograma de trabajo para la presentación de un proyecto definitivo que abarque todos los ámbitos del derecho laboral; 6. Revisar la situación actual de las prestaciones sociales, régimen de descanso, jornada laboral, estabilidad y periodo de prueba, tercerización, sindicalización y convenciones colectivas, así como cualquier otra área del régimen laboral que sea necesaria adecuar a los paradigmas de un Estado Social de Derecho y de Justicia, a la par de proponer la incorporación de nuevas instituciones sociales que dignifiquen la condición del trabajo como un hecho social; 7. Codificar toda la normativa venezolana relacionada con el derecho del trabajo, a objeto de abarcar en el nuevo instrumento normativo, a ser implementado por le Ejecutivo Nacional, todos los ámbitos del trabajo como hecho social; 8. Informan mensualmente al Presidente de la República Bolivariana de Venezuela sobre las actividades desarrolladas por la Comisión, mediante un informe de resultados; 9. Las demás que le sean asignadas por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela.”

⁷ La decisión comentada estableció textualmente lo siguiente: “En ese orden de ideas, luego de analizar los fundamentos teóricos anotados, y sin que ello constituya pronunciamiento sobre la constitucionalidad del contenido de la normativa sometida a consideración de esta Sala Constitucional por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, con base en las anteriores consideraciones, este Máximo Tribunal se pronuncia, conforme a lo previsto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el cardinal 9 del artículo 1 de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan y en el artículo 25.14 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de declarar la constitucionalidad del carácter orgánico del “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras”, y así se declara.”

El texto definitivo del Decreto contentivo de la LOTTT fue conocido finalmente una vez publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.076 del 7 de mayo de 2012.

No queremos opinar sobre si era o no posible que el Presidente de la República se atribuyera la facultad para dictar la LOTTT, puesto que ello no es materia específica de este trabajo.

Lo cierto es que la LOTTT hizo una reforma profunda a las distintas instituciones que regulaba la LOT y que ameritarán de un severo estudio por parte de la doctrina nacional y un concienzudo análisis por parte de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, quien será –en definitivas– quien impondrá los criterios interpretativos necesarios en relación a las instituciones modificadas y creadas por la LOTTT. Lamentablemente y al menos para la fecha de elaboración de este ensayo no ha sido dictado un Reglamento de la LOTTT⁸, texto que entenderíamos permitiría aclarar las innumerables lagunas y desarrollar, como era debido, las instituciones creadas en el nuevo texto normativo.

De entre todo lo modificado e incluido en la LOTTT, nos ha llamado poderosamente la atención lo concerniente a la figura de la *tercerización* y los supuestos de prohibición de ésta. Era ya de conocimiento público que la reforma de la LOT incluiría disposiciones relativas a la tercerización y los casos en que ella quedaba prohibida, a tal punto que ya el Decreto que creó la Comisión Presidencial para la Creación y Redacción de la nueva Ley Orgánica del Trabajo le instruía a prever normas reguladoras de la tercerización.

Fue así que precisamente, en el Capítulo V del Título I de la LOTTT, se incluyeron los dispositivos técnicos de la tercerización.

La tercerización es definida, conforme al artículo 47 de la LOTTT, como “... *la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.*”

En un principio se temió que la LOTTT estuviere prohibiendo de manera expresa cualquier tipo de contratación entre particulares, dirigida a la prestación de servicios particulares, lo que entra dentro de la noción

⁸ Para la fecha de culminación de este artículo, sólo ha sido dictado el Decreto del Presidente de la República Nro. 44, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.157 del 30 de abril de 2013, que contiene el REGLAMENTO PARCIAL DEL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS, SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO. Este Reglamento no regula en modo alguno las disposiciones relativas a la tercerización prohibida y se limitó a prever disposiciones sobre la jornada y el tiempo en el trabajo.

del *contratista*. Sin embargo, la novedad de la tercerización es que ella constituye un modo de vulnerar los derechos que corresponden a los trabajadores, mediante simulación o fraude como requisitos fundamentales de ella.⁹ Por ello, no cualquier tipo de contratación de terceros encuadra dentro de la figura de la tercerización, por cuanto ella –se reitera– requiere de la simulación o fraude.

Ya la propia Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia había ratificado en múltiples decisiones el principio de primacía de la realidad sobre las formas jurídicas, estableciendo aquellos supuestos en los que se perfilaba la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, no obstante que las partes habían elegido formas jurídicas que le permitieran evadir las responsabilidades y consecuencia que establecía para los trabajadores la legislación del trabajo.

Para ello previó la aplicación del test de laboralidad o dependencia para aquellas situaciones que judicialmente ameritaran determinar la existencia o inexistencia de relaciones de trabajo. Ello, según nuestro parecer, generó resultados específicos y positivos.

Ahora bien, quizás el punto neurálgico de la tercerización se encuentra focalizado en los supuestos prohibidos y las consecuencias jurídicas que ello genera conforme a las previsiones de la LOTTT. A ellos nos dedicaremos en las secciones siguientes.

II. SUPUESTOS DE TERCERIZACIÓN PROHIBIDA

Ya hemos apuntado que la tercerización supone, conforme al espíritu de la LOTTT, simulación o fraude. Se trata de dos conceptos o instituciones que, aunque ambivalentes en el mundo del Derecho, presentan diferencias, no obstante que en ambas la consecuencia jurídica es la nulidad del negocio o acto jurídico.

Así, cuando hablamos de simulación normalmente la entendemos como una ficción de la realidad. El negocio celebrado tiene una apariencia distinta a la realidad, bien puesto que no existe en lo absoluto o bien porque pretende

⁹ Realmente la LOTTT no es innovadora en relación a la simulación o al fraude, puesto que ambos supuestos se encontraban prohibidos como tal, al menos en lo que concierne a la legislación laboral, en el artículo 94 de la CRBV que establece lo siguiente: “*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.*” Por otro lado, no debe olvidarse que la República Bolivariana de Venezuela ha suscrito diversas Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre la materia, mereciendo especial atención la número 198 del 15 de junio de 2006.

ocultar otro.¹⁰ Esta definición de simulación es plenamente trasladable al contrato de trabajo por cuanto éste constituye una confluencia de voluntad entre partes y, por ello, negocio jurídico al fin de cuentas.

Además, no puede olvidarse que para cierta parte de la doctrina¹¹ la simulación requiere de tres (3) requisitos en particular; a saber: (i) una declaración deliberadamente disconforme con la intención; (ii) concertada de acuerdo entre las partes; y, (iii) para engañar a terceras personas.

El fraude –el de la ley–, por su parte, supone la existencia de un acto que se apega al contenido de la norma, pero que es usado para un fin distinto al que ella prevé y que se encuentra prohibido.¹²

En la materia de Derecho del Trabajo, el fraude se encuentra proscrito como hemos dicho desde el propio Texto Fundamental. No es posible para el Constituyente ni para el legislador especial, la utilización de formas admitidas por la legislación que estén dirigidas a eludir las responsabilidades que el patrono debe asumir como consecuencia de la prestación personal de un servicio para subordinación y dependencia. Por ello y como veremos más adelante, la LOTTT prohíbe acertadamente toda forma que pueda considerarse como un fraude a la ley.

Como hemos visto, la simulación y el fraude constituyen los requisitos de la tercerización prohibida, pero no los únicos supuestos de ella.

Así, el artículo 48 de la LOTTT prevé cinco (5) supuestos específicos y genéricos de la tercerización prohibida. Dispone dicho dispositivo técnico lo siguiente:

“**Artículo 48.** Queda prohibida la tercerización, por tanto no se permitirá:

1. La contratación de entidad de trabajo¹³ 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.

¹⁰ Para el Diccionario de la Lengua Española, simulación es: “Alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato.”

¹¹ Cfr. MUÑOZ SABATÉ (80): *La prueba de la simulación*. Editorial Temis. Bogotá, pág. 116.

¹² Para mayor profundidad sobre el tema, se recomienda revisar la decisión de la Sala Constitucional número 908 del 4 de agosto de 2000, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, en el caso de Hans Gotterried Ebert Dreger y que puede ser consultada en el enlace de la web: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/908-040800-00-1722.htm>.

¹³ Cabe recordar que el término “entidad de trabajo” sustituye al término “empresa” que previó la LOT y sus antecesoras.

2. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante.
3. Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras.
4. Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil.
5. Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral.

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

Como se puede observar, la prohibición de tercerización está dirigida a evitar la utilización de mecanismos que pretenden sustraer de la normativa laboral a determinados “trabajadores” o evitar la *triangulación* de relaciones de trabajo mediante la interposición de personas jurídicas que precarizan las condiciones de trabajo y la garantía de pago de los pasivos laborales de algunos trabajadores.

La enumeración anterior de la norma pareciera ser en nuestro criterio de carácter enunciativo y no taxativo.¹⁴ No en vano, el quinto supuesto es de carácter genérico, permitiendo al intérprete de la norma encajar o subsumir en la noción general de simulación o fraude laboral, alguna situación particular.

Veamos, en todo caso, los primeros cuatro supuestos de la denominada tercerización prohibida.

2.1. Primer supuesto. Tercerización genérica

Este es quizás el supuesto de tercerización prohibida que ha generado el mayor número de interpretaciones en el foro y temor en las entidades de trabajo.

Como expresamos precedentemente, está prohibida:

- “1. La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones

¹⁴ En el mismo sentido apunta GARCÍA VARA, Juan. *Sustantivo Laboral en Venezuela*. Librería Jurídica Alvaro Nora. Caracas, 2012, pág. 120: “En nuestro criterio, los supuestos mencionados en la norma, no son taxativos, sino meramente enunciativos y cualquier otra circunstancia que pueda ubicarse dentro de la simulación o el fraude, para negarles a los trabajadores sus derechos laborales, coloca el hecho en la prohibición.”

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.”

Conforme a nuestro criterio e interpretando la norma, este supuesto de tercerización prohibida implica la coexistencia o concomitancia de cuatro (4) requisitos indispensables; a saber: (i) que las obras, servicios o actividades sean de carácter permanente; (ii) que se realicen dentro de las instalaciones de la contratante; (iii) que estén relacionadas directamente con el proceso productivo del contratante; y, (iv) que sin la ejecución se afectaría o interrumpirían las operaciones de la misma.

Es el caso, muy típico, en el que se contrata a una entidad de trabajo para realizar actividades que constituyan el objeto básico de la entidad de trabajo contratante para realizar, dentro de las instalaciones del beneficiario, una actividad que constituya parte del proceso productivo de manera permanente y sin cuya ejecución el ente contratante no podría realizar sus propias operaciones.

Por ejemplo, y sólo a título ilustrativo, podría encuadrar dentro de este supuesto normativo, el caso en el cual se contrate a un tercero la pintura de vehículos dentro de las instalaciones de una compañía ensambladora de manera permanente. En este caso, podría presumirse la existencia de un caso de tercerización prohibida, pero si tal contratación fuera realizada de manera *temporal*, para simplemente realizar pruebas para una nueva tecnología de pinturas, pensamos que no debería considerarse como un supuesto de tercerización prohibida.

Lo mismo podría suceder en diversos casos en que la contratación, no obstante sea de carácter *permanente y dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante*, no deberían encuadrar dentro del supuesto de tercerización prohibida. Así, la contratación de una sociedad mercantil dedicada a la vigilancia para el cuidado de las instalaciones de una industria que produce artículos de limpieza para el hogar o la contratación de una sociedad mercantil dedicada a la limpieza de instalaciones empresariales o industriales, no debe constituir un supuesto de tercerización prohibida. O, quizás también, la contratación de un concesionario para el suministro de comidas durante la jornada de trabajo, para cumplir con las obligaciones establecidas en la Ley de Alimentación de los Trabajadores y Trabajadoras.

Nótese que en tales situaciones, que a título ejemplificativo hemos señalado, ninguna de las actividades contratadas pareciera forma parte del

proceso productivo del receptor de las obras, actividades o servicios y que sin su ejecución se interrumpiría la operación básica del receptor del servicio. En dichos casos, la entidad de trabajo contratante tiene un objeto social radicalmente distinto a las obras, actividades o servicios de la contratada.

Mención especial nos merece el término proceso productivo que indica el numeral 1 del artículo 48 de la LOTTT que estamos analizando, ya que la LOTTT no prevé una definición de proceso productivo como tal.

No obstante ello, debemos recurrir a la definición general de dicha expresión, conforme la cual, entendemos por proceso productivo un conjunto de fases sucesivas para la creación de un producto, bien o servicio. Siendo ello así, será tercerización prohibida de conformidad con la LOTTT la contratación de alguna de las fases de producción que sean esenciales y permanentes para la elaboración de los productos o la prestación de un determinado servicio, y que sin ellas no pudiera tener lugar el cumplimiento del objeto de la entidad contratante.

No obstante, pensamos que se trata de una apreciación que deberá evaluarse en cada caso particular, teniendo en consideración: (i) la actividad desempeñada por el receptor o beneficiario de la obra o del servicio; (ii) las características del tercero (fecha de creación, naturaleza jurídica, su exclusividad o no en la prestación de servicios a favor de la entidad de trabajo contratante); y, (iii) el contrato celebrado entre las partes.

En todo caso, sostenemos que las circunstancias que permiten afirmar la existencia de una tercerización prohibida conforme a los términos del numeral 1 del artículo 48 de la LOTTT deban ser concomitantes o concurrentes.

Sin embargo, es muy importante señalar que será en definitivas la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, la que irá determinando y definiendo aquellos casos que encuadren dentro de los supuestos del numeral 1° del artículo 48 de la LOTTT.

2.2. Segundo supuesto. La Intermediación

La segunda circunstancia de tercerización prohibida que prevé el artículo 48 de la LOTTT es la contratación a través de intermediarios, dirigida a evadir obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante o beneficiario de la obra o servicio.

No se trata en modo alguno de un supuesto novedoso de la LOTTT, puesto que ya sus antecesoras regularon la figura del intermediario.

Curiosamente la LOTTT no define entre las personas del Derecho del Trabajo lo que debe entenderse como intermediario. Sin embargo, pensamos

que queda al menos incólume o como referencia conceptual la definición que establecía el artículo 54 de la LOT, conforme a la cual: “*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.*”

Como se puede observar, esta fórmula prohibida por la LOTT y su predecesora supone una especie de triangulación, conforme a la cual el intermediario o interpuesto funge como supuesto patrono del trabajador, pero es en definitiva el beneficiario de la obra o servicio quien resulta ser el verdadero patrono.

De ahí que, partiendo de la existencia de una relación de trabajo simulada bajo la figura de la intermediación, el artículo 54 de la LOT previó como consecuencia jurídica: “*El intermediario será responsable de las obligaciones que a favor de esos trabajadores se derivan de la Ley y de los contratos;*” Además: “*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.*”

Así mismo, pero ya en materia de salud e higiene en el trabajo, la LEY ORGÁNICA DE PREVENCIÓN, CONDICIONES Y MEDIO AMBIENTE (LOPCYMAT) regula la intermediación, estableciendo que los trabajadores empleados por el intermediario gozarán de los mismos derechos de protección en la materia que los trabajadores del beneficiario de la obra.¹⁵

Como resulta obvio, la intermediación supone siempre la mencionada triangulación que está dirigida a evadir las responsabilidades que tiene el beneficiario de la obra o servicio para con el trabajador.

2.3. Tercer supuesto. La contratación a través de entidades de trabajo

El tercero de los supuestos de tercerización prohibida se verifica cuando existen entidades de trabajo creadas por el patrono para evadir las obligaciones con los trabajadores.

Realmente este supuesto de la LOTT resulta poco claro y de ahí que sobre él puedan surgir –en nuestro criterio– varias interpretaciones.

Así, en un primer término, la creación de entidades de trabajo por parte de un patrono puede consistir en la constitución de personas jurídicas relacionadas o no, que sean las que celebren contratos de trabajo con uno o varios trabajadores, para evitar –por ejemplo– la aplicación de beneficios que el beneficiario de la obra o servicio confiere a sus propios trabajadores.

¹⁵ G.O. Nro. 38.236 del 26 de julio de 2005.

Se trata, sin mayores cortapisas, de la creación de diversas personas jurídicas que orbitan en el ámbito del verdadero patrono, pero son ellas quienes en definitivas, para diluir o evadir responsabilidades laborales, celebran contratos de trabajo con uno o varios trabajadores.

En este caso y entendiendo que ello es lo tutelado por la norma jurídica, podría pensarse en la existencia de un grupo de entidades de trabajo, en cuyo caso y a tenor del artículo 46 de la LOTT, los patronos integrantes de dicho grupo son solidariamente responsables entre sí de las obligaciones laborales que ellos hubieren contraído con sus trabajadores. Así mismo, es bueno advertir que en el caso de existencia de grupo de entidades de trabajo o empresas, la Sala de Casación Social ha venido ratificando su criterio en relación a la isonomía de beneficios para los trabajadores que conforman el grupo.¹⁶

Ahora bien, la indefinición del tercer supuesto de tercerización prohibida contenido en la norma también podría sugerir que el patrono constriña a los trabajadores para que éstos constituyan formalmente personas jurídicas para entablar, directamente con ellas, relaciones mercantiles, civiles o de cualquier índole, que eviten la aplicación del ordenamiento jurídico laboral para con el sustrato humano que conforman dichas sociedades.

Es el caso muy frecuente, ya debatido tanto en los Tribunales de Instancia como en el Máximo Tribunal de la República, de relaciones que se celebran

¹⁶ La más reciente decisión en materia de isonomía de beneficios laborales, la hemos encontrado en el caso de Gloria Esperanza Moreno y otros contra Pasquale Cifelli, sentencia N° 624 de la Sala de Casación Social de fecha 18 de junio de 2012, con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez, en la que se expresó: “*Con respecto a la aplicación de la convención colectiva de la empresa Creaciones Costa Verde C.A., es necesario aclarar que, si bien la parte demandada es una persona natural –el ciudadano Pasquale Cifelli Fiorelli–, ello se debe a que las dos empresas para las cuales se prestó el servicio –Creaciones Costa Verde C.A. y Ziccardi C.A.– fueron liquidadas, cesando en su actividad. Asimismo, el juez de la causa estableció la existencia de una unidad económica entre ellas, lo cual tiene relevancia a pesar de no haber sido demandadas de forma solidaria –por la circunstancia antes señalada–, toda vez que ello determina la aplicación de la convención colectiva de la empresa Creaciones Costa Verde C.A.; en este sentido, esta Sala reitera que: (...) para el trabajador que presta servicios a una empresa que forma parte de un grupo económico, debe considerarse que existe una sola relación de trabajo; esto tiene que ver con dos problemas fundamentales: la consideración del tiempo de servicios en caso de transferencia y la situación que se puede plantear cuando el trabajador preste servicio a dos o más empresas del grupo económico al mismo tiempo. Al existir un solo patrono, se colige que los trabajadores que prestan servicios para éste deben disfrutar de las mismas condiciones de trabajo, y en caso de que uno de ellos desempeñe la misma labor que otro trabajador que presta servicios en otra de las empresas del grupo, tendrá derecho a percibir idéntico salario (Sentencia N° 217 del 27 de febrero de 2007, caso: Rafael Eduardo Moreno Pastrán contra Telecomunicaciones Movilnet, C.A. y otra).”*

entre personas jurídicas (sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, civiles, asociaciones civiles, cooperativas e incluso sociedades de hecho), que pretenden ocultar la prestación personal de un servicio.

Este tipo de situaciones ya han sido resueltas, como indicamos anteriormente, por el Poder Judicial, aplicando en dichas situaciones el test de laboralidad para la determinación del eventual carácter laboral o no de una relación personal. Sin embargo y como se ha reconocido abundantemente, el tema es casuístico, razón por la cual se hace menester el análisis estricto de cada situación particular para determinar si se está o no en un supuesto de tercerización prohibida conforme al tercer caso que prevé el artículo 48 de la LOTTT.¹⁷

¹⁷ Una reciente decisión de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia calificó la laboralidad de la relación que mantenían los actores con una sociedad mercantil a través de una Cooperativa. Se trata de la decisión N° 1013 del 26 de septiembre de 2012, en el caso de Transporte Costa Linda, C.A., con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, en la que se indicó: *“Del análisis de las pruebas quedó demostrado que los actores Johnny Rafael Salas Padrino, Eduardo José Carmona, Luis Oscar Ulloa, José Marchan, Antonio Granadillo, Simón Blanco, Néstor Jesús Pinto y Álvaro Peña comenzaron a prestar servicios desde el 27-2-2005, el primero; 29-2-2005 el segundo; 27-2-2005 el tercero, cuarto y quinto; y el 5-1-2007 los tres últimos para la empresa Transporte Costa Linda, C.A., como choferes de transporte pesado, en forma personal y directa para la demandada hasta finales de 2005 cuando constituyeron la Cooperativa New Services, 642, R.L., fecha a partir de la cual continuaron prestando servicios en las mismas condiciones para la demandada; que las instrucciones eran impartidas por la demandada; que el salario se establecía por porcentaje del valor del flete de cada viaje realizado por el conductor correspondiente; que el servicio era prestado con los vehículos de la demandada; que la Cooperativa funcionaba dentro de las instalaciones de la demandada donde se llevaba el control, gestión y administración tanto de la Cooperativa como de la empresa; que la Cooperativa ha cumplido con todas las formalidades legales para su constitución y funcionamiento; y, que fue celebrado un contrato de servicios entre la Cooperativa y la demandada.*

Ahora bien, al haber admitido la demandada la prestación personal del servicio pero calificándola de naturaleza distinta a la laboral, corresponde a la Sala con el examen de las pruebas promovidas y evacuadas por ambas partes determinar si, en el caso concreto, la demandada logró desvirtuar la presunción de laboralidad a favor de los actores aplicando, para ello, los criterios que han sido señalados por la doctrina y que fueron ampliados por vía de jurisprudencia, por esta Sala, como es el denominado “test de dependencia o examen de indicios en los términos que siguen:

- a) Forma de determinar el trabajo: el servicio era prestado en forma personal por los actores conduciendo los vehículos de la demandada, en el horario establecido por ésta, siguiendo las instrucciones y directrices de la demandada.*
- b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo: la jornada y la forma de realizar el trabajo era establecida por la demandada y el salario se calculaba por porcentaje del valor del flete de cada viaje realizado por el conductor correspondiente.*
- c) Forma de efectuarse el pago: por depósito bancario en las cuentas de cada actor.*
- d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario: el trabajo personal era prestado por cada uno de los actores y la supervisión y control disciplinario la ejercía la demandada.*

2.4. Cuarto supuesto. Utilización fraudulenta de figuras contractuales del derecho común

El artículo 48 de la LOTTT prevé un cuarto supuesto conforme al cual queda prohibida la utilización de contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil. Es lo que hemos denominado nosotros particularmente como utilización fraudulenta de figuras contractuales del derecho común.

Tampoco es un supuesto innovador puesto que se asimila a lo señalado en el tercero de los supuestos de la norma por la Sala de Casación Social a través de la aplicación del test de laboralidad o dependencia. En efecto, nuestro Máximo Tribunal de la República ha venido sistemáticamente analizando todos y cada uno de aquellos casos en los cuales, existiendo la prestación personal de un servicio, se utilizan contratos típicos del derecho común con el objeto de evadir las responsabilidades que para el patrono prevé el ordenamiento jurídico laboral.

En estas situaciones, la aplicación del mencionado test de laboralidad o dependencia y el principio de primacía de la realidad sobre las formas jurídicas, ha sido la herramienta indispensable para considerar la existencia

e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria: los vehículos y ganchos eran propiedad de la demandada.

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: La demandada era quien asumía los costos y la responsabilidad de la mercancía transportada a los destinos establecidos. La remuneración de cada actor dependía de la cantidad y duración de los viajes realizados.

Otros criterios utilizados por la Sala:

a) Naturaleza jurídica del pretendido patrono. La demandada es una sociedad mercantil.

b) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación del servicio: Los vehículos eran propiedad de la demandada.

c) Naturaleza y cantidad de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar: la remuneración dependía de la cantidad de viajes y de la duración de los mismos.

En consecuencia, de acuerdo con los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales y conservación de la relación laboral, previstos en el ordinal 1° del artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 9° literal c) y d) del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, así como la contestación de la demanda y el análisis del material probatorio, concluye la Sala que, en el presente caso, habiendo quedado admitida la prestación del servicio personal anterior a la constitución de la Cooperativa y dado que la demandada no logró desvirtuar la presunción de la existencia de un vínculo de trabajo a partir de la constitución de la Cooperativa, se entiende que la prestación de servicios de los actores continuó siendo de naturaleza laboral al no desvirtuarse los elementos propios de la relación de trabajo, tales como subordinación, ajenidad y salario.”

o no de una relación de trabajo entre partes. Se ha verificado la aplicación de dicho test, al menos en lo que concierne a este tercer supuesto, en los contratos de servicios, de cuentas en participación, de comisión, de mandato, de agencia, entre muchos otros que prevé el derecho común.

Nos permitimos en ese sentido, citar textualmente el fragmento de una sentencia de interés en la cual la Sala de Casación Social indicó:

“Ahora bien, esta Sala de Casación Social ha sostenido reiteradamente que resulta erróneo juzgar la naturaleza de una relación de prestación de servicios con fundamento sólo en lo que las partes hubiesen pactado en el contrato, pues el contrato de trabajo ha de ser entendido como un contrato realidad, esto significa que lo realmente importante no es lo que las partes abstractamente hayan establecido en el acuerdo, sino la realidad en la que se desarrolla la prestación del servicio, en otras palabras, en las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias principio consagrado en el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De no ser así, bastaría con oponer un contrato en el que se califique de mercantil, civil o de cualquier otra naturaleza la prestación de servicios para desvirtuar la presunción de laboralidad, lo cual es contrario al principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores.”¹⁸

En otra decisión estableció:

De la lectura íntegra del contrato de cuentas en participación suscrito entre las partes, observa la Sala que las partes establecieron que “*La sociedad*” aportaba el local comercial, los bienes muebles donde “*La participante*” realiza sus servicios a los clientes, el pago de los servicios públicos y el pago compartido de los impuestos municipales; mientras que “*La participante*” se obligaba a: resguardar el prestigio, nombre y reputación de la marca “*Sandro*”, prestar el oficio a plena satisfacción del cliente, cumplir el horario de atención al público, usar el uniforme asignado, no divulgar los secretos comerciales de la marca “*Sandro*”, no competir deslealmente, adquirir únicamente de “*La sociedad*” los productos requeridos para el servicio de manicurista, otorgar un depósito mensual de cien mil bolívares (Bs. 100.000,00) a efectos de garantizar el uso adecuado de los bienes muebles –mesa y silla– asignados por “*La sociedad*” para la prestación del servicio, los cuales eran reintegrados una vez finalizado el contrato –cláusula novena– asimismo, se obligaba “*La participante*” a contribuir con el pago del ocho por ciento (8%) sobre el monto mensual producido por concepto de pagos de servicios administrativos y el dos por ciento (2%) sobre la base de su producción mensual para el pago de patente de industria y comercio en virtud de la explotación del negocio.

¹⁸ Sentencia N° 134 del 6 de marzo de 2012, en el caso de Consolidada de Ferrys, C.A. con ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa.

De igual forma, se observa que respecto a la participación de los beneficios –cláusula quinta– establecieron que “*La participante*” percibirá el setenta por ciento (70%) sobre el monto producido por el servicio prestado a los clientes, y “*La sociedad*” percibirá el treinta por ciento (30%) de la producción de “*La participante*”, porcentajes de liquidación que de conformidad con el parágrafo segundo de la cláusula quinta se deben realizar mensualmente.

... (omissis) ...

Ahora bien, de manera reiterada la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sostenido que resulta erróneo juzgar la naturaleza de una relación de prestación de servicios con fundamento sólo en lo que las partes hubiesen pactado en el contrato, pues el contrato de trabajo ha de ser entendido como un contrato realidad, esto significa que lo realmente importante no es lo que las partes abstractamente hayan establecido en el acuerdo, sino la realidad en la que se desarrolla la prestación del servicio, en otras palabras, en las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias principio consagrado en el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De no ser así, bastaría con oponer un contrato en el que se califique de mercantil, civil o de cualquier otra naturaleza la prestación de servicios para desvirtuar la presunción de laboralidad, lo cual es contrario al principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores.

En aplicación de la doctrina precedentemente expuesta y del cúmulo probatorio valorado *ut supra*, advierte esta Sala que la sociedad mercantil Salón de Belleza Margarita, C.A., incumplió con su carga procesal de desvirtuar la presunción de laboralidad que obra a favor de la ciudadana Belén Consuelo Rojas, toda vez que fundamentó el carácter mercantil del vínculo en el contrato de cuentas de participación, medio de prueba que a la luz de la teoría del contrato realidad resulta insuficiente para desvirtuar la presunción de laboralidad del servicio personal prestado por cuenta ajena prevista en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, por tanto, debe declarar esta Sala que el vínculo que unió a las partes es de carácter laboral, por lo que deviene la declaratoria con lugar de la acción interpuesta por la parte en lo que respecta a la sociedad mercantil Salón de Belleza Margarita, C.A.¹⁹

En todos los casos analizados por la Sala que hemos podido revisar, ésta ha sido enfática en la aplicación del ya invocado principio de primacía de la realidad sobre las formas jurídicas que las partes hubieren podido adaptar y que no basta simple y llanamente la producción de documentales para demostrar la existencia de un vínculo jurídico determinado para destruir la presunción de laboralidad, sino que ha de descenderse a la realidad de la relación existente

¹⁹ Sentencia N° 119 del 2 de marzo de 2010, en el caso de Team Estilist, C.A. y otras, con ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa.

entre las partes. De ahí la importancia del test de laboralidad o dependencia que es la herramienta utilizada en este tipo de situaciones procesales.

2.5. Quinto supuesto. Cualquier otra forma de simulación o fraude

Finalmente la norma referente en materia de tercerización prohíbe, de manera general, cualquier otra forma de simulación o fraude.

No queremos causar tedio en el lector, pero este supuesto –genérico por demás– pensamos que fue creado por el legislador para evitar cualquier subterfugio dirigido a evitar las responsabilidades que prevé el ordenamiento jurídico laboral a favor de los trabajadores.

Sin embargo, no debemos dejar de advertir que este supuesto es en sí caprichoso, puesto que puede utilizarse indiscriminadamente, al menos según la propia redacción de la norma, para declarar la existencia de un caso de tercerización prohibida. Consideramos que efectivamente, cuando se utilice el test de laboralidad o de dependencia, pueda declararse una tercerización prohibida, puesto que en los supuestos anteriores pareciera obvio que existiría una forma de simulación o fraude con el propósito de evadir responsabilidades laborales.

Pero dejar así abierta a la interpretación del órgano judicial y, en ocasiones a la Administración del Trabajo la posibilidad de declarar la simple existencia –caprichosa– de una simulación o fraude, no encuadrable en los cuatro primeros supuestos del artículo 48 de la LOTTT, resulta indudablemente muy peligroso.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA TERCERIZACIÓN PROHIBIDA

El artículo 48 de la LOTTT no establece consecuencias jurídicas directas a la denominada tercerización prohibida, toda vez que se limita a prever simplemente sus supuestos. Por supuesto, toda prohibición conlleva por razones obvias una orden legislativa, que es precisamente una obligación de *no hacer*.

Ahora bien, las consecuencias jurídicas de la tercerización prohibida, en los términos y condiciones del artículo 48 de la LOTTT, se encuentran previstas en la Disposición Transitoria Primera de dicho texto normativo, conforme a la cual:

“En un lapso no mayor de tres años a partir de la promulgación de ésta (sic) Ley, los patronos y patronas incurso 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 terceriza-

dos. 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 beneficiario de sus servicios.”²⁰

De acuerdo al texto normativo precedentemente transcrito, pueden evidenciarse tres (3) consecuencias jurídicas inmediatas en los supuestos de tercerización prohibida; a saber: (i) que dentro de un plazo de 3 años contados a partir de la vigencia de la LOTTT, los patronos beneficiarios de los servicios de los trabajadores incurso en supuestos de tercerización prohibida, tendrían la obligación de incorporarlos a sus respectivas nóminas; (ii) que a partir de la entrada en vigencia de la LOTTT, los trabajadores tercerizados deben disfrutar de los mismos derechos y beneficios que son otorgados por los patronos beneficiarios de los servicios; y, finalmente (iii) que durante dicho plazo los trabajadores tercerizados gozarán de inamovilidad especial, razón por la cual no podrían ser despedidos o desmejorados en sus condiciones de trabajo, salvo autorización previa otorgada por el Inspector del Trabajo.

La implementación de la norma en comento no dejar de causar y generar dudas.

Así, por ejemplo, en relación a la primera consecuencia jurídica que supone un caso de tercerización prohibida, esto es, la obligatoriedad de incorporar a los trabajadores tercerizados a la nómina de los patronos beneficiarios de los servicios y en el plazo en ella referido, no queda claro cómo deben éstos realizar la incorporación. Vale decir, la norma no aclara el método a utilizar para que ello suceda, si se pierde o no la antigüedad que hubieran podido tener prestando el servicio que se encontraba tercerizado, entre otras cuestiones.

Por otro lado, no entendemos el por qué se otorgó un plazo de tres (3) años para incorporar a la nómina a trabajadores tercerizados, cuando ello, conforme a la LOTTT, supone un fraude.²¹

²⁰ En realidad esta orden contenida en la Disposición Transitoria también se encuentra prevista, aunque limitada, en la parte *in fine* del artículo 48 de la LOTTT, según el cual: “En los casos anteriores los patronos o patronas cumplirán con los trabajadores y trabajadoras todas obligaciones derivadas de la relación laboral conforme a esta Ley, e incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal a los trabajadores y trabajadoras tercerizados o tercerizadas, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo.”

²¹ En idéntica línea, Cfr. MIRABAL RENDÓN, Iván (12): *Breves notas sobre la reforma laboral en Venezuela. Descripción general referida al Derecho Individual del Trabajo*. En Revista

Peor aún, ni esa norma en específico ni otra de la LOTTT aclara cuál o cuáles son los organismos encargados de velar sobre la aplicación de ese dispositivo técnico, esto es, a quién se le atribuye la competencia para determinar si un caso determinado constituye o no un supuesto de tercerización prohibida.

En ese sentido, algunas normas parecieran apuntar a que son las Inspectorías del Trabajo a quienes en principio pudiera atribuírsele la competencia para establecer si existe un caso de tercerización prohibida. Ello –en principio– pudiera encuadrarse dentro del numeral 1 del artículo 507 de la LOTTT, relativo a las funciones de las Inspectorías del Trabajo, conforme al cual: *“Las Inspectorías del Trabajo tendrán las siguientes funciones: “Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de esta Ley, su Reglamento, demás leyes vinculadas y las resoluciones del ministro o ministra del Poder Popular con competencia en materia de trabajo en la jurisdicción territorial que le corresponda.”*

Además de esa disposición, también encontramos que la exigencia o la petición del cese de tercerización prohibida, pudiera tramitarse, también en principio, a la luz del artículo 513 de la LOTTT, referido al “Procedimiento para atender reclamos de trabajadores y trabajadoras”.

No obstante lo anterior, pensamos que es el Poder Judicial, a través de los Juzgados con competencia del Trabajo, quienes tienen la potestad de resolver, mediante un procedimiento jurisdiccional como el previsto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, si se está o no en presencia de un caso de tercerización prohibida, siendo éstos los únicos realmente facultados, mediante sus sentencias, para ordenar la incorporación de los trabajadores tercerizados en las nóminas de los beneficiarios de los servicios y exigir de igual forma el reconocimiento de los derechos laborales que tienen los trabajadores de los patronos beneficiarios.

En ese sentido apunta MIRABAL RENDÓN²²:

“Esta situación genera una duda ¿Quién debe ser el órgano competente para decretar cuando hay un caso de tercerización en fraude laboral? En nuestra opinión, creemos que esta facultad sólo la tiene el Juez del Trabajo por el principio de libertad de las formas procesales, sumado a su amplia potestad para conocer un asunto contencioso del trabajo pues el debate sobre los hechos controvertidos deberá estar soportado con amplias pruebas sobre el cual deba recaer la sentencia. Respetándose con esta forma la garantía

Derecho del Trabajo N° 14. Fundación Universitas. Consejo Académico. Barquisimeto, Estado Lara. Pág. 45.

²² ID.

fundamental del debido proceso establecido en la Constitución. No creemos, que esta facultad la tenga el Inspector del Trabajo, en virtud que el Inspector siempre debe regir sus actos a través del principio de legalidad de la actividad administrativa y la ley no le otorga en forma expresa la posibilidad de decretar, cuando existe o no, un caso de tercerización en fraude laboral.”

Finalmente, lo que si queda claro de la norma es que desde su entrada en vigencia, los trabajadores tercerizados obtienen inamovilidad laboral y deben disfrutar de los mismos derechos que tienen los trabajadores del beneficiario del servicio.

IV. LA TERCERIZACIÓN PROHIBIDA NO SUPONE EL FIN DE LA FIGURA DE LOS CONTRATISTAS

La previsión de tercerización prohibida de la LOTTT no ha supuesto el fin del régimen de contratistas.

En efecto, si bien es cierto que la LOTTT identifica a ciertos supuestos como casos de tercerización que prohíbe de manera expresa, no es menos cierto que la tercerización aún es posible, vale decir, que resulta plenamente admisible la contratación de personas que con sus propios elementos, herramientas, medios y sus propios trabajadores, presten servicios a favor de un beneficiario. Ello se encuentra plenamente reconocido en el artículo 49 de la LOTTT, el cual dispone:

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

La contratista no se considerará intermediario o tercerizadora.”

La LOTTT mantiene igualmente la noción de inherencia y conexidad, como lo hacía el artículo 55 de la LOT predecesora. Un cotejo entre ambas normas permite concluir que, salvo la agrupación de varias normas de la LOT en un solo dispositivo técnico, el legislador mantuvo sin modificación alguna la definición de inherencia y conexidad en casos de contratistas.

Sin embargo, el artículo 50 de la LOTTT indica que: “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.” Como se puede observar, esta norma relacionada con los contratistas ratifica el carácter enunciativo y no taxativo de los casos de tercerización prohibida que nos permitimos esbozar en la sección 2.- de este artículo, caso en el cual –reiteramos– si un órgano jurisdiccional tiene

frente así un caso de contratistas en el cual se demuestre la existencia de la simulación o fraude para evadir las responsabilidades derivadas del ordenamiento jurídico laboral, deberá entonces aplicar las consecuencias jurídicas de la tercerización prohibida; esto es, en primer término, extender a los trabajadores objeto de la tercerización prohibida los mismos beneficios que tienen los trabajadores del ejecutor o beneficiario del servicio y, adicionalmente, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados de manera definitiva en la nómina del beneficiario.