

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

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

Relaciones Triangulares y Relaciones Ambiguas en la Legislación Laboral Venezolana

Aurora Celina Salcedo Medina¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Relaciones Triangulares y Relaciones Ambiguas en la Legislación Laboral Venezolana: 2.1. Relaciones de Trabajo Bilaterales. 2.2 Relaciones de Trabajo Triangulares. 2.3 Relaciones De Trabajo Encubiertas, Disfrazadas o Ambiguas. 2.4 Test de Laboralidad. 2.5 Tercerización Prohibida en la Nueva LOTTT. III. Reflexión Final

I. INTRODUCCIÓN

En Venezuela, partiendo de una revisión legal desde la reforma parcial de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) en 1997, al tratarse el asunto de las personas o sujetos en las relaciones de trabajo vemos incorporadas las figuras del contratista y del intermediario, y posteriormente, en su Reglamento (RLOT) publicado en 1999, aparece la figura de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT).

Para el año 2001, con la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas (LEAC), y ciertas políticas públicas, surge el auge de este tipo de asociaciones bajo la premisa de crear trabajo independiente, con algunas prerrogativas fiscales y laborales, incluso se observó cómo las instancias de Gobierno exigían a sus contratistas subcontratar empresas cooperativas, para brindarles apoyo y oportunidades de desarrollo.

¹ 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.

Con la reforma parcial del RLOT (RPRLLOT) publicada en el año 2006, se suprime la figura de las Empresas de Trabajo Temporal, asimilándolas a la figura del intermediario.

Finalmente, con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores (LOTTT), publicado en 2012, surge la figura de la Tercerización Prohibida, que entre otras cosas prohíbe la intermediación, pero mantiene al contratista como persona en las relaciones de trabajo.

El desarrollo legal y sublegal de estas categorías de sujetos en el derecho del trabajo, específicamente la subcontratación de trabajadores, también conocidas como relaciones triangulares, constituye el objeto de estudio en este artículo, en el cual se pretende diferenciar cada una de estas figuras y criticar el tratamiento que la nueva LOTTT da a la mal llamada “Tercerización”.

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

2.1 Relaciones de Trabajo Bilaterales

En sentido general, puede definirse las relaciones de trabajo como el vínculo que existe entre el trabajador dependiente y su empleador, esto es, entre quien presta un servicio dependiente o subordinado y quien lo recibe.

La LOT (1997)² en su artículo 39 define como trabajador “... la persona natural que realiza una labor de cualquier clase, por cuenta y bajo la dependencia de otra”, y en el artículo 65 se refiere a la relación trabajo como aquella que existe “...entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba”. Estas definiciones permanecieron sin modificaciones en la reforma que experimentó esta Ley en el año 2011³.

La nueva LOTTT⁴ al referirse al trabajador dependiente, artículo 35, lo describe como “... toda persona natural que preste servicios personales en el proceso social de trabajo bajo dependencia de otra persona natural o

² Congreso de la República de Venezuela. Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela Número 5.152. 19 de junio de 1997.

³ Presidencia de la República. Decreto. con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 6.024. 06 de mayo de 2011.

⁴ Presidencia de la República. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Decreto N° 8.938. Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela Número 6.076. 07 de mayo de 2012.

jurídica”. Especial referencia merece el hecho de haberse eliminado la expresión “por cuenta de otra”. Podría interpretarse que esto se debe al hecho que en el artículo primero de la misma Ley se establece la protección del interés supremo del trabajo como un “proceso liberador”, “mediante la justa distribución de la riqueza”.

Esto llama la atención, porque se observará más adelante que cuando se regula la “Tercerización” en este cuerpo normativo, pareciera que el interés es reforzar las relaciones de dependencia y subordinación y de tipo bilateral, sin la intermediación de un tercero, lo que es aún más contradictorio cuando se hace una lectura a la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (2009) (LOSEC)⁵, en la cual se promueve un modelo socioproductivo comunitario, a través de organizaciones socioproductivas, el cual es un modelo de producción que se basa en la propiedad social, que se entiende pertenece a todo el pueblo, y en consecuencia, los resultados del trabajo realizado dentro del proceso de producción de este tipo de propiedad son de beneficio exclusivamente social, cuyo fin es la eliminación de la división del trabajo del modelo capitalista.

La LOSEC⁶ define las organizaciones socioproductivas en su artículo 9: son unidades de producción constituidas por las instancias del Poder Popular, el Poder Público o por acuerdo entre ambos, con objetivos e intereses comunes, orientadas a la satisfacción de necesidades colectivas, mediante una economía basada en la producción, transformación, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, en las cuales el trabajo tiene significado propio, auténtico; sin ningún tipo de discriminación

De lo anterior se infiere que ese modelo socioproductivo apunta a lo que algunos autores denominan “el fin del trabajo”, pasando más bien a una especie de trabajo donde el individuo logrará una total autonomía y laborará con el único fin de satisfacer sus necesidades a través de los bienes que Él mismo produce y los que puede intercambiar u obtener sin nada a cambio con sus semejantes, y no con la finalidad de producir riqueza.

2.2 Relaciones de Trabajo Triangulares

Ahora bien, junto a las relaciones de trabajo bilaterales se encuentran las triangulares, en algunos casos amparadas por figuras legalmente estable-

⁵ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 6.011. 21 de diciembre de 2010.

⁶ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. LOSEC..., *ob. cit.*

cidas, como las ETT, los intermediarios, los contratistas y las cooperativas, donde el trabajador encuentra por una parte al sujeto que lo contrata y que se encarga de pagar sus remuneraciones laborales, y por otra al sujeto que recibe los beneficios y los frutos de las labores que Él presta.

En palabras de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2003)⁷ una relación de trabajo triangular "... surge del hecho de que los trabajadores de una empresa (la empresa «proveedora» o «suministradora») trabajan para una tercera persona (la empresa «utilizadora» o «usuaria») a la cual su empleador ha acordado realizar un trabajo o prestar un servicio", y considera que ésta puede beneficiar los trabajadores "... en términos de oportunidades de empleo y posibilidades de adquirir experiencia o demostrar competencia profesional", con lo cual, quien suscribe este artículo está en acuerdo.

Pero la OIT (2003) expone que desde el punto de vista jurídico, pueden surgir dificultades de orden técnico ya que los trabajadores podrían hallarse ante dos o más interlocutores, siendo que cada uno de ellos asumiría ciertas funciones que tradicionalmente competen a un empleador.

2.3 Relaciones De Trabajo Encubiertas, Disfrazadas o Ambiguas

Por otra parte, están las relaciones de trabajo encubiertas, disfrazadas o ambiguas, donde se acostumbra calificar al trabajador como independiente, autónomo o por cuenta propia. Este tipo de relaciones suelen manejarse como relaciones de carácter civil o mercantil, para abstraerlas de la regulación laboral. A decir de la OIT (2003)⁸ "Existen a la vez contratos civiles o comerciales en virtud de los cuales las empresas pueden procurarse los servicios de trabajadores independientes conforme a arreglos y condiciones que no son los de un contrato de trabajo", lo cual ha sido, desde hace algunos años, considerado "... parte de las «nuevas formas de empleo», aunque desde un punto de vista jurídico opera fuera del marco de la relación de trabajo". Tal es el caso de quienes prestan servicios bajo la figura de honorarios profesionales o quienes prestan sus servicios de manera individual pero a través de figuras civiles o mercantiles (sociedades civiles, compañías anónimas, firmas personales).

La LOT (1997)⁹ en su Capítulo IV trataba lo atinente a las personas en el derecho del trabajo, lo cual no fue objeto de la reforma parcial publicada en

⁷ Organización Internacional del Trabajo. 2003. El ámbito de la Relación de Trabajo. Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo.

⁸ Organización Internacional del Trabajo ..., *ob. cit.*

⁹ Congreso de la República de Venezuela. Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo ..., *ob. cit.*

2011, permaneciendo indemne tanto en su contenido como en su numeración este asunto, y contempla al intermediario y el contratista, instituciones éstas que encuadrarían dentro de las relaciones de trabajo triangulares revestidas de legalidad.

En términos de esta Ley, el intermediario es “la persona que en nombre propio y en beneficio de otra utilice los servicios de uno o más trabajadores” (artículo 54), quien a su vez es “... 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”, en el entendido que ambos son considerados patronos (artículo 49).

Esta misma Ley establecía que los trabajadores contratados por intermediarios debían disfrutar los mismos beneficios y condiciones de trabajo que los trabajadores contratados directamente por el beneficiario, (artículo 54). El asunto es que en la práctica esto no funciona de esa manera, encontramos trabajadores realizando las mismas labores, en el mismo lugar, en beneficio de una misma persona, pero percibiendo remuneraciones y beneficios socioeconómicos totalmente distintos, en virtud que uno es contratado directamente por el beneficiario del servicio, mientras el otro es contratado a través de un intermediario, lo que resulta un evidente fraude a la ley.

Los intermediarios también fueron reconocidos como sujetos individuales del derecho del trabajo en el artículo 21, literal d del RLOT (2006)¹⁰.

El contratista tiene un tratamiento diferente, pues no compromete la responsabilidad laboral del beneficiario de la obra, es decir, no existe solidaridad entre el contratista y el contratante frente al trabajador (artículo 55), entendiéndose por contratista “... la persona natural o jurídica que mediante contrato se encargue de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos”, siempre que la actividad desarrollada por el contratista no sea inherente o conexas a la del beneficiario de la obra o servicio y que este último no constituya su mayor fuente de lucro (artículo 57 LOT).

Artículo 56. A los efectos de establecer la responsabilidad solidaria del dueño 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 contratante; y por conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.

¹⁰ Presidencia de la República. Reforma Parcial del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Decreto N° 4.447 del 25 de abril de 2006. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 38.426. 28 de abril de 2006.

La responsabilidad del dueño de la obra o beneficiario del servicio se extiende hasta los trabajadores utilizados por subcontratistas, aún en el caso de que el contratista no esté autorizado para subcontratar; y los trabajadores referidos gozarán de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores empleados en la obra o servicio.¹¹

El RLOT (2006) amplía la definición de Inherencia y conexidad en los siguientes términos:

Se entenderá que las obras o servicios ejecutados 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 conexos 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 conexos con la actividad propia de éste, salvo prueba en contrario.¹²

Más adelante se verá que el contratista es un sujeto de trabajo que se mantiene en la nueva LOTTT (2012).

Al inicio de este artículo se mencionó que el RLOT (1999) contempló la figura de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), en sus artículos 23 al 28, cuyo objeto era "... poner a disposición del beneficiario, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados" (artículo 23), y para su funcionamiento debían solicitar autorizaciones ante el Ministerio del Trabajo y cumplir una serie de requisitos formales establecidos en el artículo 24.¹³

¹¹ Congreso de la República de Venezuela. Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo ..., *ob. cit.*

¹² Presidencia de la República. Reforma Parcial del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo ..., *ob. cit.*

¹³ Presidencia de la República. Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Decreto N° 3.235 del 20 de enero de 1999. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.292. 25 de enero de 1999.

Lo relevante para este estudio es que estas empresas al cumplir con las formalidades antes referidas no se consideraban intermediarios en los términos del artículo 54 de la LOT, por lo tanto, no existía responsabilidad solidaria entre la ETT y la empresa que se beneficiaba del servicio prestado por el trabajador.

La contratación con este tipo de empresas era legalmente procedente en los supuestos establecidos en el artículo 26:

- a) La realización de una obra o prestación de un servicio cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, fuese en principio de duración incierta. No será admisible dicha contratación en caso de labores que entrañen grave riesgo para la vida o salud del trabajador.
- b) Atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, por un período que no excederá de tres (3) meses. No será admisible dicha contratación en caso de labores que entrañen grave riesgo para la vida o salud del trabajador, y
- c) Sustituir a trabajadores en suspensión de su relación de trabajo. No será admisible dicha contratación cuando pretendiere sustituir a trabajadores en ejercicio del derecho de huelga, siempre que el conflicto se hubiere tramitado de conformidad con la Ley Orgánica del Trabajo y el presente Reglamento.

Esa contratación debía realizarse a través de un Contrato de Provisión de Trabajadores (artículo 27):

... celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa beneficiaria, teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en beneficio y bajo el control de esta última.

Este contrato deberá celebrarse por escrito y su duración no podrá exceder de noventa (90) días en los supuestos previstos en el literal b) del artículo que antecede. En los restantes supuestos, la duración del contrato no excederá del tiempo durante el cual subsista la causa que motivó su celebración.

Un mismo trabajador podía ser contratado por la ETT en múltiples oportunidades sin que se acumulara esos periodos como una única relación de trabajo, lo que afectaba la antigüedad del trabajador por no ser acumulativa. Esto se infiere del artículo 28, donde se establece la accesoriedad de la relación de trabajo al contrato de provisión:

Extinción de la Relación Laboral. La terminación del contrato de provisión causará la extinción de la relación de trabajo que vincula a la empresa de empleo temporal con los respectivos trabajadores, salvo que se hubieren obligado por tiempo indeterminado.

Estas disposiciones favorables a la precariedad de las relaciones de trabajo fueron expresamente derogadas en la reforma parcial del RLOT (2006), artículo 240, calificando estas empresas como intermediarias siempre que estuviesen debidamente registradas ante la autoridad competente.¹⁴

Como consecuencia de tal derogatoria, las empresas que se beneficiaban del servicio prestado por el trabajador pasaron a ser solidariamente responsables, junto a las ETT, de los pasivos laborales y sociales que correspondían al trabajador.

2.4 Test de Laboralidad

A la par de estas relaciones triangulares, están las relaciones ambiguas o fraudulentas, las cuales fueron reguladas por vía de Jurisprudencia, y los trabajadores debían acudir ante un tribunal laboral para obtener el pago de los beneficios laborales establecidos en las leyes correspondientes, teniendo la carga de demostrar primero que la naturaleza de la relación que mantenía con el demandado no es de carácter civil ni mercantil, sino laboral. Para facilitar la actividad judicial el Tribunal Supremo de Justicia estableció el conocido Test de Laboralidad, siguiendo recomendaciones emanadas de la OIT.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Ponencia del Magistrado Omar Mora (2004), citando a Arturo S. Bronstein, refiere:

... el test de dependencia es “una de las herramientas esenciales para determinar cuando una persona que ejecuta un trabajo o presta un servicio a favor de otra ha establecido o no una relación de trabajo con la misma. A través de los mismos se puede formular una sistematización, con el fin de distinguir lo fraudulento de lo que no lo es, clarificar las situaciones ambiguas, y por esta vía extender la protección de la legislación laboral a quienes prima facie estarían ejecutando trabajos o prestando servicios en virtud de una relación de naturaleza civil o comercial.” (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. 21)...¹⁵

Partiendo de lo anterior, la Sala construyó un inventario de indicios o criterios, con carácter enunciativo, para determinar la naturaleza laboral o no de una relación.

¹⁴ Presidencia de la República. Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo..., *ob. cit.*

¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Social, Magistrado Ponente: Omar Alfredo Mora Díaz (2004). Caso María Esperanza Cataño De Rodríguez Vs. Seguros La Seguridad, C.A. Expediente número AA60-S-2004-000468. Sentencia de fecha 09 de julio de 2004.

Esta sentencia, como otras, ratifica lo que ha sido criterio reiterado y constante de la Sala Social, desde que se publicó la sentencia N° 489 de fecha 13 de agosto de 2002 (caso: Mireya Beatriz Orta de Silva contra Federación Nacional de Profesionales de la Docencia, “Colegio de Profesores de Venezuela), donde se estableció el referido inventario de indicios, en los siguientes términos:

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.¹⁶

¹⁶ Tribunal Supremo de Justicia. (2002). Caso: Mireya Beatriz Orta de Silva contra Federación Nacional de Profesionales de la Docencia, Colegio de Profesores de Venezuela. Sentencia N° 489 de fecha 13 de agosto de 2002.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta el principio consagrado en el artículo 89, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que refiere a la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, con base en el cual el Juez está facultado para inquirir la realidad de las circunstancias y develar eventuales situaciones de simulación destinadas a disfrazar una relación de trabajo, y aplicar la legislación laboral, en otras palabras, aplicar la conocida Tesis del Levantamiento del Velo.¹⁷

Estas simulaciones se han hecho frecuentes en la práctica, a través de la constitución de compañías anónimas, firmas mercantiles, sociedades y asociaciones civiles, cooperativas, honorarios profesionales. Las cuales no pueden ser calificadas como triangulares por cuanto en la realidad no interviene una tercera persona, es una relación bilateral, aunque en algunos casos medien personas jurídicas, pues el representante legal de éstas suele ser la misma persona natural que presta el servicio.

2.5 Tercerización Prohibida en la Nueva LOTTT

Recientemente, el siete de mayo de 2012 fue publicado el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores (LOTTT), que trae consigo una reforma importante en materia de subcontratación, en su Capítulo V que trata De las Personas en el Derecho del Trabajo, con lo que se ha denominado “Tercerización Prohibida”.

La LOTTT define Tercerización en su 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.¹⁸

Esta definición resulta inoficiosa, pues el fraude a la ley siempre está prohibido, es un principio fundamental en todas las ramas del Derecho, partiendo del mismo, el Tribunal Supremo de Justicia estableció criterios de interpretación para descubrir el fraude a la ley y reconocer el carácter laboral de relaciones ambiguas o disfrazadas. En esta nueva ley se está utilizando el término Tercerización como sinónimo de fraude, lo cual resulta en un error.

¹⁷ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 5.453 Extraordinaria. 24 de marzo de 2000.

¹⁸ Presidencia de la República. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras..., *ob. cit.*

En el ámbito internacional, y especialmente en el seno de la OIT, las relaciones triangulares son llamadas también subcontratación, externalización o *outsourcing*, lo que no necesariamente implica fraude a la ley, aunque sí comporta condiciones menos favorables para los trabajadores externalizados o subcontratados, así se precisa que en nuestro ordenamiento jurídico se han regulado relaciones triangulares que no conllevaban fraude, es el caso de las ETT en el RLOT (1999), los intermediarios en la LOT y los contratistas tanto en la LOT como en la LOTTT.

Se afirma que la “tercerización” es una palabra extraña, ajena, importada, inexistente en la legislación del trabajo tradicional. La tercerización como subcontratación propiamente, no aparece definida en la LOTTT, cuando en el artículo 47 se prohíbe la tercerización no se comprende qué se está prohibiendo. Es en el artículo 48 que se da a entender que se está refiriendo a relaciones triangulares y bilaterales fraudulentas, al establecer los supuestos de prohibición.

Prohibición de tercerización

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

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.

1. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante.
2. Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras.
3. Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil.
4. 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.¹⁹

¹⁹ Presidencia de la República. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras..., *ob. cit.*

La anterior enumeración de supuestos en realidad no aporta mayor novedad, pues como se puede observar del estudio realizado supra, sobre la regulación de las relaciones de trabajo triangulares y las relaciones de trabajo disfrazadas, tanto la legislación como la jurisprudencia venían regulando estas situaciones fraudulentas.

La modificación importante recae en que la figura del intermediario, que hasta ahora fue legal, quedó sin efecto. Sin embargo, se mantiene la legalidad del contratista, en términos similares a la LOT, lo que se explicó con anterioridad:

Contratista

Artículo 49. Son contratistas las personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encargan de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recursos propios, y con trabajadores y trabajadoras bajo su dependencia.

La contratista no se considerará intermediario o tercerizadora.

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 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.²⁰

Al igual que en la LOT, en la LOTT, el contratante no es solidariamente responsable con el contratista, frente al trabajador, siempre que la actividad del contratista no sea inherente o conexas a la actividad de la contratante, y siempre que esta última no constituya su mayor fuente de lucro.

²⁰ Congreso de la República de Venezuela. Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo ..., *ob. cit.*

Es importante destacar que en la LOTTT se suprimió la presunción *iuris et de iure* según la cual “las obras o servicios ejecutados por contratistas para empresas mineras y de hidrocarburos se presumirán inherentes o conexas con la actividad del patrono beneficiario” (artículo 55 LOT), en este sentido, la contratante y la contratista siempre eran solidariamente responsables frente al trabajador. Como corolario, tenemos que en la nueva LOTTT tal responsabilidad solidaria ya no puede exigirse, lo que favorece empresas del Estado, quienes son las principales explotadoras mineras y de hidrocarburos.

Finalmente, en las disposiciones transitorias de la LOTTT se encuentra una especie de permiso para incurrir en situaciones dolosas, pues se confiere un lapso de tres años para que los patronos incursos en la norma que prohíbe la tercerización, se ajusten a ella, e incorporaren a la nómina de la contratante principal los trabajadores tercerizados (Disposición Transitoria Primera).

Esta *vacatio legis* ha debido disponerse sólo para el caso de los intermediarios que hasta el momento de la promulgación de la LOTTT se encontraron ajustados a derecho, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 de la LOT, que sería el supuesto contemplado en el numeral 1 del artículo 48 de la LOTTT, pues el resto de los supuestos si constituyen situaciones verdaderamente dolosas que no eran aceptadas antes de la LOTTT.

III. REFLEXIÓN FINAL

Entonces bien, el tema de las relaciones de trabajo triangulares fraudulentas y las relaciones de trabajo bilaterales encubiertas, debe ser profundizado en Venezuela, pues en la nueva LOTTT se tuvo la oportunidad de regular el fondo del asunto, son trabajadores que prestan sus servicios en situación de desprotección, en condiciones de trabajo precarias, que ameritan mayor regulación, supervisión y fiscalización.

Finalmente, en el mundo del trabajo se está produciendo importantes cambios, por la crisis económica actual, el apresurado avance tecnológico, el crecimiento del sector terciario (servicios), dando lugar a nuevas formas de trabajo que no encuadran en la definición tradicional de relación de trabajo, pero que no necesariamente son fraudulentas, lo que dificulta tener claridad sobre la situación laboral de estos trabajadores, quedando excluidos del ámbito de protección que ofrece la legislación laboral, en consecuencia, los cuerpos normativos, más que definir los tipos de relaciones de trabajo deben encaminarse a procurar minimizar la condiciones precarias de los trabajadores y propender al reconocimiento progresivo de sus derechos laborales, atendiendo a la forma de la relación laboral.