

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

Derecho  
y Sociedad  
*11 Estudios  
sobre la  
LOTTT*

Noviembre 2012

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

*Juan Carlos Pró-Rísquez<sup>1</sup>*

No hay nada más difícil de emprender, ni más dudoso de hacer triunfar, ni más peligroso de administrar que la elaboración de nuevas leyes

*Niccolo Maquiavelo*

**SUMARIO: I. Introducción. II. La Desconcentración Productiva. III. La Tercerización en la LOTTT. IV. Determinación de la Relación Laboral. V. La Subcontratación y el Contratista en la LOTTT: 5.1. Consecuencias derivadas de la utilización de Contratistas que ejecuten actividades inherentes o conexas a la del beneficiario. VI. La Determinación de Tercerización y sus Consecuencias: 6.1. Órgano Competente. 6.2. Consecuencias de la determinación de tercerización. VII. Regulación Jurídica de la Tercerización y Subcontratación en el Derecho Comparado Latinoamericano. VIII. Conclusiones**

<sup>1</sup> 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). jcpr2502@gmail.com y jc.pro@nortonrose.com

En este ensayo se utilizan las siguientes siglas: LOPA: Ley orgánica de procedimientos Administrativos; LOPT: Ley Orgánica procesal del Trabajo; LOT: Ley Orgánica del Trabajo; LOTTT: Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; SCS: Sala de Casación Social; SC: Sala Constitucional; TSJ: Tribunal Supremo de Justicia.

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (“CRBV”)<sup>2</sup> –Disposición Transitoria Cuarta, Numeral Tercero– ordenó a la Asamblea Nacional la obligación de reformar, durante el primer año contado a partir de su instalación, la Ley Orgánica del Trabajo<sup>3</sup> (“LOT”), imponiéndole la consagración de cambios sustanciales, particularmente en lo relacionado con el régimen de las prestaciones sociales, su prescripción decenal, amén de otras modificaciones vinculadas con la reglamentación de la jornada y su progresiva reducción<sup>4</sup>.

Transcurrido el lapso referido sin haberse materializado la Asamblea Nacional la normativa correspondiente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (“SC del TSJ”) declaró con lugar la solicitud de inconstitucionalidad por omisión sometida a su consideración. En consecuencia, le otorgó un plazo de seis meses, contado a partir de la publicación del fallo, para preparar, consultar, discutir y sancionarla, señalando expresamente en su decisión que” la Asamblea Nacional era *el único órgano competente (...)* para dictar la legislación laboral” (énfasis agregado)<sup>5</sup>.

No obstante lo anteriormente expuesto, se derogó completamente la LOT mediante la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (“LOTTT”) se pretendió fundamentar en 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, de 17 de diciembre de 2010, por un lapso de dieciocho meses, artículo 1, numeral 9<sup>6</sup>. A partir de noviembre

<sup>2</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. GORV N° 36.860, de fecha 30 de diciembre de 1999, reimpressa en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (“GORBV”) N° 5.543 Extraordinaria el 24 de marzo de 2000 y publicada su Enmienda N° 1 en GORBV N° 39.124 de fecha 19 de febrero de 2009 y en GORBV N° 5.908 Extraordinaria de esa misma fecha.

<sup>3</sup> *Ley Orgánica del Trabajo*, Gaceta Oficial de la República de Venezuela (“GORV”) Extraordinaria (“E”) N° 4.240, de fecha 20 de diciembre de 1990, reformada en GORV E N° 5.152, de fecha 19 de junio de 1997.

<sup>4</sup> Disposición Transitoria Cuarta, Numeral Tercero.

<sup>5</sup> N° 1168 de 15 junio de 2004. Vencido este segundo término, el 13 de diciembre de 2004, solicitud ratificada el 11 de enero de 2005, el Poder Legislativo gestionó una prórroga del mismo, con base en que la Comisión respectiva “venía trabajando en los borradores de la reforma”, “la complejidad de los cambios” y su importancia social. El pedimento fue acordado, sin tomar en consideración la perentoriedad del procedimiento, el 20 de marzo de 2006, Decisión N° 0625.

<sup>6</sup> “El ámbito socioeconómico de la Nación: Dictar o reformar normas que desarrollen los derechos consagrados en el título VI de la (... CRBV), para erradicar las desigualdades

de 2011, una declaración presidencial causó revuelo e incertidumbre, al anunciarse que la tan esperada reforma de la LOT sería hecha por esta vía.

La afirmación antedicha vino acompañada de un recordatorio casi instantáneo a la Sentencia N° 1168 de 15 de junio de 2004 de la SC del TSJ, que declaró a la Asamblea Nacional *como único órgano competente* para dictar la tan esperada legislación del trabajo. La declaración de la SC del TSJ causó poca sorpresa al ser difundido: era lógico pensar que una ley de tanta importancia como la laboral sólo podía dictarla el órgano legislativo nacional. Tal asunción proviene de la concepción primigenia de la actividad parlamentaria; las leyes son el instrumento del pueblo para regularse a sí mismo, deben ser promulgadas por el órgano electo por el soberano para así asegurarse que sean la expresión de su verdadera voluntad.

Al mismo tiempo, con este origen sería posible resguardar el aspecto público del debate de la nueva preceptiva, además de la participación de la totalidad de sectores productivos interesados: trabajadores de las distintas organizaciones, empleadores reconocidos por la organización internacional del trabajo (“OIT”) y gobierno, con miras a obtener una legislación consensual apta para garantizar la estabilidad económica y social del país.

Las expectativas colectivas no se actualizaron en la realidad: aun cuando se designó una “Comisión Presidencial para la creación y redacción de una nueva LOT”<sup>7</sup>, su elaboración resultó de la labor unilateral del ejecutivo nacional, sin la participación de los actores claves del escenario laboral venezolano.

Sus reglas fueron concebidas como el inicio de la transformación del derecho del trabajo tal como era entendido en la antigüedad para convertirse, según su texto, “en elemento liberador para lograr fines del estado y satisfacción de las necesidades del trabajador y eliminar las formas de explotación capitalistas”<sup>8</sup>.

Se señalan como sus fuentes, el *ideario Bolivariano* de mayor suma de felicidad posible, Seguridad Social y estabilidad política; *Robinsoniano* del

entre los ciudadanos (...) que se derivan de la especulación, la usura, la acumulación del capital, los monopolios, oligopolios y latifundios y para crear las condiciones de igualdad en el acceso a la riqueza nacional y la construcción del buen vivir de los pueblos urbanos, rurales y de las comunidades indígenas, a través de políticas culturales, ambientales, industriales, mineras, turísticas, alimentarias, agrícolas, de salud, educativas y laborales en aras de alcanzar los ideales de justicia social e independencia económica y la mayor suma de felicidad social posible”.

<sup>7</sup> Decreto N° 8.661 de 6 de diciembre de 2011, difundido en la GORBV, N° 39.918 de 12 de diciembre de 2011.

<sup>8</sup> LOTT, Artículo 25.

trabajo y la educación como herramientas de liberación; y Zamorano de lucha de clases y triunfo de los explotados sobre explotadores. De acuerdo con su exposición de motivos, divulgada en la Gaceta Oficial contentivo de la LOTTT, pretende ser la verdadera transición al socialismo del Proyecto Nacional Simón Bolívar elaborado por el ejecutivo nacional para el establecimiento de la formación socialista de los trabajadores y cambiar el *hecho social* trabajo por el *proceso social* trabajo.

En su Título I caracteriza a la *tercerización* como “simulación o fraude cometido por patronos” con miras a “desvirtuar, desconocer u obstaculizar la legislación laboral” por lo cual, al calificarla como conducta atípica, la prohíbe expresamente, además de establecer “la primacía de la realidad en la relación laboral”.

Su prohibición ha dado lugar a una serie de opiniones contradictorias y a debates entre los factores involucrados sobre diferentes tópicos: el alcance exacto de su contenido, las instituciones que abarca y las consecuencias que comporta para los involucrados en dichas relaciones que la doctrina ha catalogado como *triangulares*.

Diversos sectores han elegido interpretar a la par de la prohibición de tercerización, una eliminación de la subcontratación laboral; estableciendo que cualquier situación en la cual exista una prestación de servicio por un ente contratado fuera del seno de la unidad de trabajo, bajo cualquier forma de contratación distinta del régimen del derecho del trabajo; está proscrita en el ordenamiento jurídico venezolano. Otros opinan que dicha prohibición no se extiende a la figura de la subcontratación laboral la cual se encuentra plenamente vigente y está totalmente permitida en Venezuela.

## II. LA DESCONCENTRACIÓN PRODUCTIVA

Las formas de organización de la producción tradicionales permiten comprobar que, en principio, las actividades de un ente patronal, hoy llamado por la LOTTT como *Entidad de Trabajo*, son realizadas por quienes la integran, dentro de su ámbito de organización, en el marco de una relación laboral. El empresario tradicional se ha caracterizado por su estabilidad, por su organización con visión a futuro, con vocación de permanencia y por su afán de desarrollar relaciones laborales dotadas de gran fijeza y durabilidad en el tiempo.

Del modelo clásico de producción derivaba un modelo en el cual la elaboración de bienes o prestación de servicios la materializaba una organización empresarial estandarizada, uniforme y jerarquizada, con claro

poder de dirección y completo control del ciclo productivo, esto es, desde la adquisición de las materias primas de hasta su colocación final en el mercado, mediante un entramado de vínculos directos con sus trabajadores, a través de contratos de trabajo, a tiempo completo e indefinido.

Frente a esta concepción, la LOTTT ha dado paso a un ente patronal –*Entidad de Trabajo*– cuyas actividades las ejecutan quienes la integran, dentro de su organización, en el marco de un vínculo de trabajo. Se trata de una nueva realidad, de donde derivan grandes transformaciones en el modelo clásico de producción y de organización de la empresa, y por ende, en el modelo de relaciones de trabajo y en la propia rama jurídica que las regula.

En efecto, del incremento de las unidades de producción de bienes y servicios –luchando por superarse a sí mismas y a sus competidores– ha surgido la idea de la desconcentración (descentralización) productiva, la cual consiste en un modelo organizativo de la producción donde se encargan a un tercero determinadas partes u operaciones del proceso. Esto es, opera un desplazamiento de funciones o actividades, propias de un conjunto integrado, del cual resulta un mecanismo donde participan entidades, real o aparentemente independientes o autónomas: la que encarga la obra o servicio y la que asume tal encargo por contrato o subcontrato<sup>9</sup>.

El *modus operandi* anterior cambia sensiblemente a partir de la década de los 80 del siglo pasado, gracias a una profunda reestructuración económica y productiva que trascenderá a las estrategias de organización de las empresas, caracterizadas, entre otros rasgos, por la fragmentación del ciclo productivo y la búsqueda de una ventaja competitiva para la actividad empresarial. El fin perseguido es la creación de organizaciones más flexibles, donde destacan:

- A. La sustitución de determinadas áreas de empleo por servicios de contratación
- B. Instrumentos de producción más flexibles que permitan hacer frente a la variación de la demanda
- C. Diversificación en la producción
- D. Estrategias de descentralización salarial
- F. Nuevas formas de gestión individualizada de la fuerza de trabajo
- H. Modos de contratación temporal de empleo
- I. Utilización de diferentes formas contractuales no exclusivamente laborales para la aportación de trabajo

---

<sup>9</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar & COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009.

J. Utilización del teletrabajo y nuevas formas de trabajo a domicilio<sup>10</sup>.

Los resultados de este nuevo enfoque varían de acuerdo al punto de vista desde donde se analicen: desde un ángulo económico y empresarial, la desconcentración permite un mejor aprovechamiento de ventajas técnicas y productivas, cuyo resultado se traduce en mayor rentabilidad; pero desde el de los trabajadores, supone la segmentación del colectivo y puede implicar la desmejora de las condiciones de trabajo si el fin perseguido es darle una aparente naturaleza distinta a la relación laboral.

Otras veces, el proceso de desconcentración referido surge como una limitación al número de trabajadores (*headcount*) que pueden tener las Entidades de Trabajo locales que forman parte de un grupo, generalmente internacional, donde éste último establece límites infranqueables a la contratación directa de personal propio en cada jurisdicción donde realiza sus actividades.

### III. LA TERCERIZACIÓN EN LA LOTT

Como señalamos, en la Exposición de Motivos de la LOTT se destaca expresamente su prohibición y “en general, toda *simulación o fraude* cometidos por patronos” con miras a “desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral”, amén de establecer “la primacía de la realidad en la relación laboral”, ideas consagradas en los artículos 47 y 48.

Siguiendo a Ermida Uriarte y a Colutuzzo, en su obra antes citada, De conformidad con la acepción generalizada, los elementos integradores del concepto de tercerización son:

A. *Elemento Objetivo*: Se refiere a las actividades susceptibles de someterse a externalización o descentralización productiva. Entendiendo el proceso productivo como la secuencia de actividades requeridas para elaborar un producto, obtenemos que las actividades cuya ejecución no necesariamente debe depender de la fuente directa de producción son las Actividades Periféricas o de Servicios entre ellas los servicios de limpieza, servicios médicos, servicios de mantenimiento, servicios de alimentación, servicios de vigilancia, actividades de transporte; además de la actividad accesoria permanente dentro de la que se contemplan la comercialización, asistencia técnica, gestión de contabilidad, servicios de marketing, publicidad, servicios legales y servicios de Proyección.

---

<sup>10</sup> Ponencia de MEDINA PARRA, Rossana en el 2do Congreso Nacional de la Nueva LOTT. Fundación Universitas. Caracas, junio de 2012.

B. *Elemento Subjetivo*: Determinación del sujeto que terceriza (dueño de la unidad de producción beneficiaria de la tercerización) y el sujeto tercerizado (trabajador objeto de la tercerización).

C. *Elemento Negocial*: ¿Cuál es el instrumento jurídico del proceso de tercerización o cuáles son las relaciones jurídicas posibles que se establecen entre los sujetos?

El artículo 47 de la LOTTT define al instituto como “la *simulación o fraude*”, actualizados por los empleadores, “con el *propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral*”.

Esta conceptualización contradice lo expuesto con anterioridad, caben varias preguntas: ¿se trata de un género (tercerización) o de una de las especies de la simulación o fraude?; ¿qué pretende el autor de la norma cuando une los vocablos “simulación” y “fraude” con la conjunción disyuntiva *o*, denotar diferencias entre dos ideas distintas, dos términos contrapuestos o, finalmente, que se trata de dos significados equivalentes? Independientemente de lo indicado, el legislador no se limita a precisar los rasgos cuya materialización permitía reconocer su existencia, por centrar su atención en *la intención de las partes* al actualizarla, con lo cual parece querer encasillar una institución destinada a cambiar y evolucionar con el tiempo, esto es, condenarla a una fotografía anacrónica que sólo sea su sombra.

Posteriormente, como comentamos más adelante, atribuye “a los órganos administrativos o judiciales” propios de lo laboral, la competencia para establecer “la responsabilidad” que corresponda al empleador que incurre en este supuesto, de conformidad con la ley.

Se trata, por tanto, de una disposición que caracteriza al instituto, no con la realización de determinados elementos, sino con base al fin perseguido por sus autores, esto es, su existencia depende de la pretensión de obtener que el prestador del servicio pierda la condición de trabajador y surja –a través de la simulación o fraude– una situación jurídica diferente, la de tercerización. Desde el punto de vista normativo, el fraude requiere, entre otros elementos, la intención del sujeto activo de defraudar al sujeto pasivo de la relación, es decir, el deseo de obtener una ventaja económica del engaño de la víctima (ánimo de lucro)<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Se ha acudido a la interpretación literal y sistemática porque la teleológica no luce aceptable pues, en la elaboración de la LOTTT, no participó la colectividad, por una parte y por la otra, no existen documentación explicativa de sus discusiones.

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

El análisis del artículo 48 de la LOTTT permite distinguir, asimismo, dos grupos de normas: la prohibición de los supuestos consagrados en sus diversos numerales y las consecuencias derivadas de su actualización.

Primero incluye cinco supuestos, a saber:

- 1) La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma;
- 2) La contratación de los trabajadores a través de intermediarios (...) para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante;
- 3) Las entidades de trabajo creadas por el patrono (...) para evadir sus obligaciones con los trabajadores (...);
- 4) Contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias de derecho civil o mercantil; y
- 5) Cualquier otra simulación o fraude laboral.

Su análisis permite, entre otras, varias conclusiones: todos son redundantes e innecesarios: si la tercerización implica simulación o fraude, ambas conductas están prohibidas por el ordenamiento jurídico nacional, por lo cual carece de sentido, en los cuatro primeros casos especificar situaciones que configuran un mero desarrollo de las mismas. El quinto, además, crea una especie de baúl comprensivo de cualesquiera otras hipótesis se limita a reconocer como tal “cualquier otra forma de simulación o fraude laboral”.

La jurisprudencia patria se ha pronunciado en relación a la simulación de la relación de trabajo en la Sentencia N° 808, del 11 de junio de 2008, SCS del TSJ, caso *Manuela Tomaselli Moccia vs. Hoet, Peláez, Castillo & Duque Abogados*, en los siguientes términos:

Ha dicho la doctrina y la jurisprudencia Patria, que la “simulación” pretende la distorsión de la realidad, impulsada por el patrono, quien busca alterar un

contrato de naturaleza laboral, ocultándolo en un negocio jurídico de distinta naturaleza, con el objeto de evadir el cumplimiento de obligaciones laborales así como engañar a los órganos jurisdiccionales del trabajo.

Para combatir la figura de la Simulación, tanto en la legislación Laboral Patria como en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, existen una serie de principios, llamados por la doctrina como mecanismos de defensas, los cuales tienen por objeto arruinar los actos simulados, a saber: (i) el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales; (ii) el principio de la primacía de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias y, (iii) la presunción de laboralidad consagrada en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Independientemente de lo dicho, en la identificada en el primer numeral del artículo, pueden distinguirse dos elementos necesarios y concurrentes: *el carácter permanente* de la actividad y su relación directa con el proceso productivo, “sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma”. De otro modo, la vinculación jurídica entre los sujetos debe ser continuada y consistente en el tiempo, de manera que no exista duda alguna sobre la participación del tercero contratado en el proceso productivo del contratante, lo que excluye cualquier tipo de actividad temporal. Además de ello la relación entre ambos sujetos debería ser exclusiva y relacionada directamente, amén de ser necesaria la participación en la actividad del patrono. Y ¿qué pasaría si se hace fuera de la sede del beneficiario del servicio? ¿para qué contratar si al no hacerlo no se interrumpirían o perjudicarían las actividades del beneficiario?.

Lo referido a la contratación de trabajadores a través de intermediarios para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante, es de defectuosa redacción: permite pensar la posibilidad de contratar trabajadores a través de este mecanismo, sin el propósito de evadir la legislación laboral, por una parte. Por la otra, debe recordarse que, al ser excluido del texto legal el concepto de *intermediario*, los así contratados son trabajadores del beneficiario.

Los señalados en los demás ordinales del artículo se refieren a otras situaciones de simulación o fraude de la relación laboral.

En resumen, la LOTTT achaca a la tercerización tanto la calificación de fraude, ya comentada, como la de pretender simular la relación de trabajo, motivo por el cual es preciso explicar la este vínculo jurídico tal como lo concibe la preceptiva nacional, por una parte y por la otra, qué debe entenderse por simulación.

Según la normativa tradicional, tal como ha sido interpretada por la doctrina y jurisprudencia nacionales, la relación de trabajo se caracteriza por los siguientes elementos: prestación personal servicios, luego sólo pueden ser trabajadores las personas naturales, salvo los supuestos allí mencionados; la remuneración; y la dependencia (artículos 53, 54 y 55).

Adicionalmente, la jurisprudencia de la SCS del TSJ sobre la LOT había agregado un cuarto elemento propio de este tipo de vínculos jurídicos, la *Ajenidad*, esto es, el trabajador cede el producto de su labor al empleador, quien dispone sobre su dirección y orientación. A cambio, el dador de trabajo asume los riesgos del proceso productivo. Este ha sido el criterio de la SCS en sentencia N° 702 de fecha 27 de abril de 2006, caso *Francisco Juvenal Quevedo Pineda, contra sociedad mercantil Cervecería Regional C.A* establecido en los siguientes términos:

La acepción clásica de la subordinación o dependencia se relaciona, con el sometimiento del trabajador a la potestad jurídica del patrono, y que comprende para éste, el poder de dirección, vigilancia y disciplina, en tanto que para el primero es la obligación de obedecer.

Por lo general todos los contratos prestacionales contienen la subordinación como elemento para la adaptación conductual de las partes a los fines de garantizar la concreción del objeto mismo del negocio jurídico, de tal manera que la dependencia no puede continuar considerándose el eje central y casi exclusivo para calificar una relación como de naturaleza laboral.

Pero entiéndase, que no por ello disipa su pertinencia, perdura como elemento indubitable en la estructura de la relación laboral pero debe complementarse con otros elementos y nuevos criterios.

De esto surge la utilidad de la ajenidad como elemento calificador de las relaciones enmarcadas en el Derecho del Trabajo, la cual viene a suplir las inconsistencias que presenta la dependencia como eje medular de la relación laboral.

Cuando quien presta el servicio se inserta dentro de un sistema de producción, añadiendo valor al producto que resulta de ese sistema, el cual pertenece a otra persona, dueña de los factores de producción, que asume los riesgos del proceso productivo y de la colocación del producto, obligándose a retribuir la prestación recibida; es lógico justificar que este ajeno adquiera la potestad de organizar y dirigir el mecanismo para la obtención de tales frutos, y es precisamente en este estado cuando la dependencia o subordinación se integra al concepto de ajenidad, como una emanación de la misma. De modo que el trabajo dependiente deriva del hecho de prestar un servicio por cuenta de otro.

Sin embargo, la ajenidad no aparece mencionado en la LOTTT, pero no puede tampoco considerarse constitutivo de la naturaleza laboral, ya que el referido cuerpo normativo pretende, de acuerdo con su Exposición de Motivos, darle al trabajo y a la educación su verdadero valor dentro del proceso social trabajo, eliminando la ajenidad típica del modelo capitalista que se pretende suprimir.

#### IV. DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

La normativa patria combate la simulación mediante tres principios conocidos como los de irrenunciabilidad, presunción de relación laboral y de primacía de la realidad. De conformidad con el primero, las disposiciones del trabajo son irrenunciables (CRBV, artículo 89, y LOTTT, artículos 2 y 3). En consecuencia, si una relación reúne los elementos constitutivos del contrato de trabajo reúne los elementos típicos del contrato de trabajo<sup>12</sup> aunque el prestador del servicio haya convenido expresamente en darle al negocio jurídico otra calificación. De acuerdo con el siguiente, el artículo 53 de la LOTTT establece que, salvo prueba en contrario a cargo del demandado, existe una relación de carácter laboral entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe. Según el último, el de trabajo es un contrato realidad (CRBV, artículo 89).

De acuerdo con lo previsto en el artículo 53 de la LOTTT, la doctrina y la jurisprudencia venezolana para la determinación de la existencia de una relación laboral, debe tenerse en cuenta los siguientes elementos:

- A. *Prestación personal del servicio*: El servicio debe ser prestado por una persona natural.
- B. *Subordinación*: De conformidad con este principio, el trabajador debe someterse a las órdenes o instrucciones que su patrono le imparta en el seno de la empresa, enajenando temporalmente su libertad de movimiento, por el carácter personalísimo, en relación con el trabajador, típico del vínculo laboral.
- C. *Remuneración*: La contraprestación por la prestación de servicios laborales es el salario, el cual tiene entre sus principales características, ser una prestación segura y regular.

---

<sup>12</sup> CALDERA, Rafael, *Derecho del Trabajo*. Editorial El Ateneo, Buenos Aires 1971, en 268-70, señala que los elementos del contrato de trabajo son: a) la prestación de un servicio personal, b) el pago de una remuneración y c) la dependencia o subordinación del que presta el servicio. Este criterio ha sido seguido en forma uniforme por nuestros Tribunales del Trabajo.

Sobre la determinación de la relación de trabajo la misma Sala ha desarrollado e implementado un *Test de Laboralidad* en la Sentencia de fecha 13 de agosto de 2002, Caso *Mireya Beatriz Orta de Silva vs. FEDERACIÓN NACIONAL DE PROFESIONALES DE LA DOCENCIA-COLEGIO DE PROFESORES DE VENEZUELA (FENAPRODO-CPV)* (mayúsculas del texto):

No obstante, antes de aportar esta Sala los hechos o circunstancias que a su entender, permitan consolidar un sistema como el propuesto, considera de real importancia transcribir los que el reseñado autor Arturo S. Bronstein contempla en la Ponencia citada. A tal efecto, señala:

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

- a) Forma de determinar el trabajo (...)
- b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo (...)
- c) Forma de efectuarse el pago (...)
- d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario (...)
- e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria (...);
- f) Otros: (...) asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio, la regularidad del trabajo (...) la exclusividad o no para la usuaria (...).” (Arturo S. Bronstein, *Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo*, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas-Venezuela 6-8 de mayo de 2002. Pág. 22).

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

- a) La naturaleza jurídica del pretendido patrono.
- b) De tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc.
- c) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio.
- d) La naturaleza y quantum de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar;
- e) Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena.

Entonces, al criterio reiterado de la SCS del TSJ si la actividad es ejecutada por diversas personas; si el contratado asume los riesgos, responsabi-

lidades, costos y frutos de su negocio; si cumple con obligaciones fiscales y laborales que corresponden a una sociedad mercantil, entre otras; quedaría desvirtuada de ese modo la prestación personal del servicio, subordinación, dependencia personal, propias de las relaciones de trabajo. Caso contrario, estaremos ante una verdadera relación de carácter laboral con independencia del trato o denominación que las partes decidan darle. Entonces, si el tema ya había sido dilucidado, ¿para qué presumir entonces la simulación o fraude en una figura cuya necesidad no era requerida?

## V. LA SUBCONTRATACIÓN Y EL CONTRATISTA EN LA LOTTT

El artículo 49 de la LOTTT define contratista como las personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encargan de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos o recursos, y con trabajadores bajo su dependencia y además, señala expresamente que la contratista no se considerará intermediario o tercerizadora. La figura de los contratistas se mantiene en las mismas condiciones que establecía la derogada LOT, artículo 55.

Los elementos definitorios de la figura del contratista son: i) se trata de un sujeto de derecho; ii) que presta servicios al contratante; iii) en el marco de un contrato de naturaleza civil o comercial; iv) utilizando sus propios elementos, equipo, personal y demás medios necesarios; v) asumiendo los riesgos propios de su actividad; y vi) a cambio de una contraprestación económica.

En efecto, la legislación laboral permite la celebración de contratos de servicios con contratistas. Las compañías cuyo objeto es suministrar personal son legales en Venezuela pues no existe normal legal que prohíba su existencia. Caso contrario, no podrían registrarse en el registro mercantil, obtener el registro de identificación fiscal (RIF), registrarse en los entes del estado como el seguro social, obtener el número de identificación laboral (NIL) o la solvencia laboral, etc. por lo que son compañías válidamente constituidas y cuyo objeto fue legal bajo la vigencia de la LOT y lo sigue siendo bajo el amparo de la LOTTT. Es por ello que sostenemos que la subcontratación laboral, no es asimilable a la figura de tercerización prohibida por la LOTTT, ya que, si bien es cierto que la subcontratación es uno de los casos de relaciones triangulares surgidas de la evolución de los métodos de producción, la misma no es asimilable a la tercerización según la definición de la LOTTT, ya que para que fueran asimilables, debe existir a la par de un tercero realizando labores en favor a la unidad productiva, un fraude o simulación de parte del patrono, para desvirtuar, desconocer, u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

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

5.1. *Consecuencias derivadas de la utilización de Contratistas que ejecuten actividades inherentes o conexas a la del beneficiario*

El artículo 50 de la LOTTT, continúa la tradición de la legislación laboral derogada al hacer referencia a la responsabilidad solidaria entre quien ejecuta una obra o servicio y quien la recibe, establece una definición de actividades inherentes y conexas, en los siguientes términos:

(...) 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

Por su parte, el artículo 23 del Reglamento de la LOT<sup>13</sup> complementa lo que debe entenderse por actividades inherentes y conexas, estableciendo lo siguiente:

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

Se entenderá que las obras o servicios ejecutados por el o la contratista son conexas con la actividad propia del contratante cuando:

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

Parágrafo Único: cuando un contratista realice habitualmente obras o servicios para un contratante, en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirán inherentes o conexas con la actividad de éste, salvo prueba en contrario. (destacado agregados)

De esta manera, se entiende por inherente aquella obra o servicio que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contra-

<sup>13</sup> Reglamento de *Ley Orgánica del Trabajo*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela ("GORV") N° 5.292 Extraordinaria (E) del 25 de enero de 1999, reformada en GORBV N° 38.426 del 28 de abril de 2006.

tante, y por conexas aquella obra o servicio que se relaciona íntimamente con la actividad del contratante y se produce con ocasión de ella.

Para descubrir el exacto sentido de las expresiones inherencia y conexas es preciso atender a la vinculación que puede existir entre el objeto jurídico de la actividad del contratante y el objeto jurídico de la actividad del contratista, además de la relación aparente entre las obras o servicios aisladamente considerados.

Conexo es lo que está unido o ligado, sin tener idéntica esencia ni ser elemento inseparable de otro dentro de la misma unidad. La conexidad tiene su sustancia en la misma explicación antes señalada, en el sentido de que no pueden ser considerados conexos objetos jurídicos que no luzcan íntimamente ligados entre sí por una duradera relación de causa-efecto, tal como lo preceptúa el artículo 50 de la LOTTT. Esta íntima relación causal exigida por la norma legal, hace lucir el objeto de la actividad del contratista como una consecuencia inmediata y directa de la necesidad e interés del contratante, para cuya satisfacción aquél debe acomodar la totalidad o la mayor parte de sus recursos técnicos y económicos.

En este sentido, se observa como la SCS del TSJ, en sentencia N° 2022 de fecha 12 de diciembre de 2006, caso *Pedro Ramón Requena y otros vs. Transporte Benito Casaña y otros*, analiza el objeto de los documentos constitutivos de las co-demandadas para señalar que sus actividades no son inherentes ni conexas, en los siguientes términos:

De conformidad con los documentos constitutivos, las facturas consignadas y las declaraciones en la audiencia de juicio, las codemandadas Sisprega y Prefabricados Marcotulli C.A. elaboran vigas y materiales para la construcción y para el transporte de sus insumos y productos contratan varias empresas de transporte, entre ellas las codemandadas Transporte Benito Casaña y Transporte Monvig 99, C.A., razón por la cual, no se evidencia inherencia, conexidad o exclusividad del servicio, por lo que de conformidad con la Ley no existe la responsabilidad solidaria alegada por los actores en el libelo.

En efecto, la actividad conexas está ligada, unida y vinculada tan estrechamente con la desarrollada por la contratante que sin su concurso no podría desarrollar la actividad. Así, la actividad conexas del contratista se presenta como necesaria e indispensable, para ejecutar las obras o servicios de que se trate, de tal manera que si no fuera realizada por la contratista tendría necesariamente que ser realizada por la contratante, pero nunca podría prescindirse de la actividad en cuestión, pues de hacerlo la ejecución de la obra o la prestación del servicio se paralizaría.

Entonces la SCS del TSJ ha dejado sentado de manera reiterada el criterio según el cual, no basta que el contratista preste un servicio para el contratante a los fines de establecer la conexidad entre las actividades de ambos. De conformidad con los artículos 50 de la LOTTT y 23 del Reglamento de la LOT, para que exista conexidad entre las actividades del contratante y del contratista deben cumplirse concurrentemente los siguientes tres requisitos:

- A) Relación íntima entre la obra ejecutada o el servicio prestado por el contratista y la actividad que constituye el objeto jurídico del beneficiario;
- B) Relación de causalidad, es decir, que la actividad del contratista se produzca como consecuencia de la actividad productiva desplegada por el beneficiario; y,
- C) Permanencia o coexistencia, esto es, que la obra ejecutada o el servicio prestado por el contratista se desarrolle conjuntamente con la actividad productiva del beneficiario.

En este sentido se ha pronunciado la SCS del TSJ en sentencia N° 879 del 25 de mayo de 2006, caso *Rafael Bracho y otros vs. Concretos Industriales, C.A y Raymond de Venezuela, C.A. (RAYVEN)* y, en sentencia N° 864 de fecha 18 de mayo de 2006 en el caso *José Antonio Villegas vs. C.A. Cervecería Nacional*; criterio reiterado en sentencia N° 1.680 del 24 de octubre de 2006 en el caso *Luis Alexander Mastrofilippo Bastardo vs. Oiltools de Venezuela, S.A.*, en la cual se expresó lo siguiente:

...se desprenden dos presunciones establecidas por el legislador para determinar la inherencia o conexidad de las actividades: a) las obras o servicios realizados mediante contratos para empresas mineras o hidrocarburos, se presumirán inherentes o conexas con la actividad del beneficiario; b) cuando el contratista realice habitualmente obras o servicios para una empresa en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexas con la de la empresa que se beneficie con ella.

Es de referir, que dichas presunciones tiene carácter relativo, por tanto, admiten prueba en contrario; de allí, que el criterio de la doctrina patria para que la presunción se materialice señala que debe coexistir la permanencia o continuidad del contratista en la realización de obras para el contratante, la concurrencia de trabajadores del contratista junto con los del contratante en la ejecución del trabajo, y ser la fuente de lucro en un volumen tal que representen efectivamente el mayor monto de los ingresos globales...

De esta manera, la inherencia y conexidad se presentan como una cualidad de lo que es parte inseparable de la actividad habitual constante de la actividad del contratante, y no de lo que es extraño a ella, por estar fuera de

su proceso técnico de desarrollo. Por lo tanto, el contratante traslada en el contratista parte de la actividad a que el primero se dedica, es decir, aquella actividad que constituye el objeto permanente de su profesión, industria o comercio. De alguna manera debemos entender que actividades inherentes o conexas son aquellas que de conformidad con el numeral 1 del artículo 48 de la LOTTT, forman parte del proceso de la beneficiaria del servicio.

Por otra parte, el artículo 50 de la LOTTT establece que se presumirá que la actividad de la contratista es inherente y conexas con la actividad de la beneficiaria del servicio, siempre que:

...un contratista realice habitualmente obras o servicios para una entidad de trabajo en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro,

Para que se constituya la presunción prevista en el artículo 50 de la LOTTT, consideramos que no basta con que los únicos o mayores ingresos de la contratista provengan de la contratante, sino que igualmente deben estar presentes la inherencia o conexas de las actividades entre ellas.

La SCS del TSJ, en sentencia N° 879 del 25 de mayo de 2006, *caso Rafael Bracho y otros vs. Concretos Industriales, C.A y Raymond de Venezuela, C.A. (RAYVEN)* al aplicar los artículos 56 y 57 de LOT, señaló que:

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

Sin embargo, la SCS del TSJ sostiene también el criterio según el cual, independientemente de la existencia de inherencia y conexas entre la contratista y la beneficiaria del servicio, si los ingresos recibidos por la contratista representan su mayor fuente de lucro, se entiende la existencia de responsabilidad solidaria. En este sentido, la SCS del TSJ en sentencia N° 1.940 del 2 de octubre de 2007, en el caso *Ender Perea vs. Federal Car Service Compañía Anónima (Fedecar C.A.)* y BP Venezuela Holdings Limited, se estableció lo siguiente:

Se observa que el artículo 55 de la Ley Orgánica del Trabajo, establece que las obras o servicios ejecutados por contratistas para empresas mineras y de hidrocarburos, se presumirán inherentes o conexas con la actividad del patrono beneficiario, y asimismo, el artículo 57 eiusdem dispone que cuando un contratista realice habitualmente obras o servicios para una empresa en

un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexas con la de la empresa que se beneficia con ella.

## VI. LA DETERMINACIÓN DE TERCERIZACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

### 6.1. Órgano Competente

La CRBV en su artículo 94 establece que *“la ley determinará la responsabilidad que corresponda a la persona natural o jurídica en cuyo provecho se presta el servicio mediante intermediario o contratista, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de éstos. 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 su parte, la LOTTT, estableció en el artículo 47 que *“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”*.

De la interpretación del referido artículo de la LOTTT, entendemos que hace referencia a los órganos administrativos del trabajo, es decir, el Ministerio del Poder Popular con Competencia en Materia de Trabajo y la Seguridad Social (“MINPPTRASS”) y posiblemente a las Inspectorías del Trabajo. En este sentido, es válido preguntarse si puede realmente un órgano administrativo determinar cuando se está ante un caso de relación triangular si se encuentra ante una verdadera situación de tercerización, está realmente facultado para determinar si existe una simulación o fraude para ocultar la relación laboral?.

En este sentido, el artículo 499 de la LOTTT cuenta entre las funciones del MINPPTRASS la de 5. *Ejercer la vigilancia y aplicar los correctivos necesarios para que dentro de la relación de trabajo no se apliquen mecanismos destinados a simular la relación laboral en fraude a la Ley (...)*”. En este orden de ideas, el artículo 513.7 de la LOTTT, que establece el procedimiento a las Inspectorías para atender reclamos, señala que *“La decisión del Inspector (..) del trabajo que resuelva sobre cuestiones de hecho, dará por culminado la vía administrativa y solo será recurrible por vía judicial previa caución”* (énfasis agregado). Creemos que la determinación del fraude a la ley es una cuestión de derecho y no de hechos.

La Sala Político Administrativa, tanto de la extinta Corte Suprema de Justicia como del actual TSJ, ha señalado de manera reiterada que la competencia es la medida de la potestad atribuida por la Ley a cada órgano, de modo que no hay competencia ni actuación administrativa válida, si previamente no se señala la atribución que por norma legal expresa se reconoce al órgano.

Si hay inexistencia, falseamiento o contradicción de los presupuestos fácticos de la competencia, el órgano no debe realizar actuación alguna, ya que en caso de hacerlo, la actuación generada irremediamente estará viciada de nulidad absoluta conforme a lo previsto en el ordinal 4º del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>14</sup> (“LOPA”).

La interrogante surge de esta nueva facultad que pretende la LOTTT otorgarle al referido Ministerio e Inspectoría del Trabajo la competencia para decidir cuestiones que en nuestro criterio es de derecho, ya que la decisión de la existencia de tercerización o no, es un tema puramente jurídico que pensamos que solamente un órgano jurisdiccional, luego del debate procesal y jurídico correspondiente, puede analizar a profundidad la diversidad de elementos presentes en una determinada relación laboral, i.e. la simulación o el fraude, para hacer tal determinación.

En este orden de ideas, el artículo 513 de LOTTT expresamente disponía en su numeral 6º que el Inspector o Inspectora del Trabajo “...*decidirá sobre el reclamo, cuando no se trate de cuestiones de derecho que deben resolver los órganos jurisdiccionales*”.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo<sup>15</sup> (“LOPT”) los Tribunales del Trabajo son competentes para sustanciar y decidir:

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

4. Los asuntos de carácter contencioso que se susciten con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, de las estipulaciones del contrato de trabajo y de la seguridad social”

Por su parte, el artículo 507 de la LOTTT prevé las competencias de las Inspectorías del Trabajo al señalar:

Artículo 507. Las Inspectorías del Trabajo tendrán las siguientes funciones:

<sup>14</sup> *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. GORV N° 2.818 Extraordinaria del 1º de julio de 1981.

<sup>15</sup> *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*. GOBRV N° 34.504 del 13 de agosto de 2002.

1. 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.
2. Acopiar los datos necesarios para la elaboración del informe anual sobre la situación laboral que debe elaborar el ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Trabajo.
3. Mediar en la solución de los reclamos individuales de trabajadores y trabajadoras y ordenar el cumplimiento de la ley o la normativa correspondiente cuando se trate de reclamos sobre obligaciones taxativas de la ley.
4. Inspeccionar las entidades de trabajo dentro de su jurisdicción territorial para garantizar el cumplimiento de las normas de condiciones de trabajo, de salud y de seguridad laboral y las de protección de la familia, la maternidad y la paternidad.
5. Vigilar el cumplimiento de la protección del Estado de fuero o inamovilidad laboral de los trabajadores y trabajadoras que las leyes, reglamentos, decretos, resoluciones y convenciones colectivas indiquen.
6. Proteger y facilitar el ejercicio de la libertad sindical, la organización autónoma de trabajadores y trabajadoras, el derecho a la negociación colectiva, y el ejercicio, por trabajadores y trabajadoras, del derecho a huelga dentro de la jurisdicción territorial que le corresponde.
7. Imponer las sanciones por incumplimientos a la Ley y a la normativa laboral dentro de su jurisdicción territorial.
8. Las demás establecidas en las leyes laborales y sus reglamentos, así como aquellas que le designe el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de trabajo y seguridad social.

De acuerdo con lo expresado, según lo dispuesto tanto en la LOPT y en la LOTTT sólo son los Tribunales Laborales, los órganos competentes para dilucidar cualquier conflicto de intereses que se suscitan entre los particulares en lo que se refiere a la aplicación e interpretación de normas legales y convencionales.

La usurpación de funciones vicia de nulidad absoluta cualquier acto administrativo que se funde en ésta, debido a que el órgano que dicta el acto es un órgano que resulta ser manifiestamente incompetente, tal como lo establece el numeral 4 del artículo 19 de la LOPA cuando dispone:

Los actos de las Administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos:

Omissis...

4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

Sobre el vicio de usurpación de funciones Fraga Pittaluga establece:

“De acuerdo con la jurisprudencia, la incompetencia que se produce cuando el órgano de una de las ramas del poder público ejerce una función que, de acuerdo con la Constitución y las Leyes, corresponde a otro órgano del poder público, es usurpación de funciones.

Omissis...

La usurpación de funciones puede producirse básicamente en dos planos, uno horizontal y otro vertical.

a. Horizontalmente (...)

Respecto de los órganos judiciales.

*Esta modalidad de incompetencia se da cuando la Administración asume el conocimiento y decisión de asuntos que sólo corresponden a los tribunales de justicia.”*<sup>16</sup>

Por su parte, el artículo 138 de la CRBV es claro al sostener que “*toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos*”. De igual forma, el constituyente establece en el artículo 137 que la CRBV y la Ley son los instrumentos normativos que definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público; así mismo establece el constituyente en el artículo 136 que el Poder Público Nacional se encuentra dividido en Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Poder Ciudadano y Poder Electoral, los cuales tienen asignadas determinadas funciones asignadas.

En el caso del Poder Judicial, el mismo tienen asignada la función jurisdiccional, que en ciertos casos ejerce de forma exclusiva y excluyente, tal como resulta ser el presente caso, cuando el legislador patrio estableció que los conflictos de intereses que nacen entre las partes de la relación laboral por aplicación de una determinada norma legal, constitucional o convencional deben ser resueltos por los mismos. Por lo tanto, en caso que la Inspectoría del Trabajo, pretenda asumir competencias que la Constitución ni la Ley, le han asignado está usurpando las funciones que son potestad exclusiva y excluyente del Poder Judicial.

---

<sup>16</sup> FRAGA PITTALUGA, Luis. *La Incompetencia en el Derecho Administrativo*. Editorial Torino. Caracas 2000. pp. 59-61

En este sentido se observa, que la LOTTT pretende otorgarle a los organismos administrativos del trabajo la facultad para dilucidar una controversia de índole legal asumiendo una competencia que ya la tienen atribuida los Tribunales Laborales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la LOPT.

Para determinar la existencia o no de tercerización los referidos órganos administrativos del trabajo obligatoriamente debe realizar además de un análisis fáctico de la situación, un análisis detallado de diferentes normas jurídicas, entre ellas de la LOTTT, su Reglamento, la jurisprudencia reinante, por lo cual, legalmente no le está permitido, toda vez que ello, es una facultad que expresa y exclusivamente tiene atribuida el Poder Judicial. Estas interpretaciones constituyen puntos de derecho, cuya función la tienen atribuida por Ley, los Tribunales Laborales, por lo que consideramos que a pesar de la referencia de la LOTTT, los referidos órganos administrativos no pueden determinar asuntos de naturaleza eminentemente jurídica, como sería la determinación de una simulación o fraude.

#### 6.2. *Consecuencias de la determinación de tercerización*

La Disposición Transitoria Primera de la LOTTT otorga un plazo de 3 años a partir de su promulgación, que vence el 7 de mayo de 2015, para que los patronos incorporen en su nómina a los trabajadores tercerizados, quienes gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo, y disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario de sus servicios. Se puede argumentar que el referido plazo trienal constituye un *vacatio legis* y que la misma entra en vigencia una vez cumplido ese plazo, o también, y quizás más acertadamente, la tercerización está prohibida desde el mismo momento de entrada en vigencia de la LOTTT, y que el plazo es otorgado a favor de los patronos que venían utilizando trabajadores tercerizados y tiene la finalidad de reducir el coste que necesariamente conllevaría absorber automáticamente esa masa de trabajadores.

Nos es evidente que si existió fraude o simulación, y a pesar que la LOTTT no lo diga expresamente, conlleva también como consecuencia inexorable el tener que asumir que los trabajadores son propios del beneficiario desde el inicio de la relación contractual, con la consiguiente asunción de los pasivos laborales causados.

Administrativamente, se establece una sanción pecuniaria administrativa, por fraude y simulación que consiste en la imposición de una multa entre 120 Unidades Tributarias (“UT”) hasta 360 UT.

## VII. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA TERCERIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

Dado que la definición de tercerización contenida en el artículo 47 de la LOTTT, no es la reinante en la mayoría de los ordenamientos jurídicos hemos considerado oportuno ofrecer una enumeración de la regulación jurídica de los fenómenos en los diversos ordenamientos jurídicos.

En Argentina, la ley no aporta una definición de dichos institutos, sin perjuicio de lo cual la doctrina ha entendido que el contratista es un empresario que contrata trabajador bajo su propia dependencia y organización afectando el cumplimiento de la obra, y en esa relación el contratante deberá ejercer el control del cumplimiento de las obligaciones que tiene el subcontratista para con sus trabajadores, dicha interpretación proviene del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (N° 20.744), recientemente reformada por el artículo 17 de la Ley N° 25.013 (1998), que establece: “*Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratista el número del código único de identificación laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia del pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgo del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionados, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones, de la seguridad social*”. El Decreto N° 1694/2006 regula lo relativo a las empresas dedicadas a la prestación de servicios eventuales, específicamente en el artículo 4 que textualmente reza: “*Los trabajadores que la empresa de servicios eventuales contrate para prestar servicios en su sede, filiales, agencias u oficinas, serán considerados vinculados por un contrato de trabajo permanente continuo, pudiéndose utilizar también las modalidades previstas en el Título III de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificaciones, cuando circunstancias excepcionales así lo justifiquen. Los trabajadores que la empresa de servicios eventuales contrate para prestar servicios bajo la modalidad de*

*trabajo eventual, serán considerados vinculados a la empresa de servicios eventuales por un contrato de trabajo permanente discontinuo. A todos los trabajadores dependientes de la empresa de servicios eventuales, ya sea que presten servicios continuos o discontinuos, les serán de aplicación toda disposición legal, estatutaria, convencional, laboral y de la seguridad social vigente. Los aportes y contribuciones a la seguridad social respecto de los trabajadores permanentes discontinuos se efectuarán de acuerdo a la legislación aplicable en la empresa usuaria” (destacado nuestro).*

En Brasil, la Ley Número 6.019 del 3 de enero de 1974, establece que como regla general, no existe la posibilidad de contratación de trabajadores por empresas intermediarias, salvo cuando se trate de servicios temporales para atender una necesidad transitoria de sustitución del personal regular y permanente de la empresa principal o a un aumento extraordinario de sus servicios, sin importar la labor fundamental a desarrollar por el trabajador; lo determinante es la existencia de una justificación específica en la que fundar la contratación por un cierto período.

En Colombia, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, establece a solidaridad entre los contratistas independientes y el dueño del negocio. *“Contratistas Independientes: 1º) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores. 2º) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas” (destacado nuestro).* El mismo código ofrece la definición de Simple Intermediario (figura eliminada por la LOTTT) y su alcance.

En Chile, el Código del Trabajo en su artículo 183-B, incorpora la solidaridad en los siguientes términos *“La empresa principal será solidariamente*

*responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal”.*

En Ecuador, rige el Mandato Constituyente N° 8 por el cual se prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier otra forma de precarización de las relaciones laborales en aquellas actividades que realice la empresa o empleador, haciéndolo en los siguientes términos: *“Artículo 1. Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador”.*

En México, la Ley Federal del Trabajo que databa de 1970 contemplaba la solidaridad entre la empresa contratante y el contratista cuando la labor ejecutada por la contratista no se produjese con elementos propios suficientes para asegurar el pago de las obligaciones contraídas con los trabajadores, el artículo 13 establecía: *“No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores”.* Sin embargo, la Cámara de Diputados de la nación azteca aprobó el 30 de noviembre de 2012 ciertas reformas que adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y que contienen modificaciones en el régimen de contratistas específicamente, define a la subcontratación como: *“El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas. Este tipo de trabajo, deberá cumplir con las siguientes condiciones: a) No podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo. b) Deberá justificarse por su carácter especializado. c) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante. De no cumplirse con todas estas condiciones, el contratante se considerará patrón*

*para todos los efectos de esta Ley, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social.”* El referido cambio se envió a la Cámara de Senadores y en 30 días fue aprobado y enviado al Ejecutivo Federal quien lo promulgó y ordenó su publicación como Ley.

En Panamá, el Código del Trabajo artículos 94 y 95, regulan lo referente a la contratación y subcontratación al establecer “*se prohíben los arreglos, contratos y combinaciones mediante los cuales una persona o empresa proporcione a otra una parte o todos los trabajadores que necesite para su funcionamiento, manteniendo la primera su condición de empleador*”. No obstante la prohibición anterior, previa autorización del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, se permite el funcionamiento de empresas que se dediquen a proporcionar a sus propios trabajadores para que presten servicios a las empresas que tengan necesidad de utilizarlos temporalmente, por períodos que no excedan de dos meses, bajo su inmediata dirección.

Finalmente, en Perú, La Ley N° 29.245 que regula los Servicios de Terceerización, la define, mediante una técnica que no se había utilizado en el ordenamiento jurídico de dicho país, y establece: “*Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.*”

## VIII. CONCLUSIONES

1. La LOTTT conceptualiza, por primera vez en el ordenamiento jurídico venezolano, la tercerización, aun cuando centra su atención, no en los elementos que la conforman, sino en la intención de los empleadores, pues la entiende como *la simulación o fraude* llevada a cabo por éstos con el propósito de *desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral*. Esto es, no puede hacerse referencia a ella sin la existencia de una simulación o fraude de un empleador con uno de tales fines.

Igualmente, luego de consagrar su prohibición, establece cinco supuestos no permitidos: los cuatro primeros, indicativos de casos particulares, son innecesarios y redundantes porque toda simulación o fraude dirigido a evadir la aplicación de la ley está prohibida. El quinto por limitarse a impedir cualquier otra especie de simulación o fraude.

2. Sólo cuando los elementos anteriormente enumerados estén presentes con la finalidad de defraudar o simular una relación de trabajo habrá tercerización. La LOTTT otorga un plazo trianual a los tercerizadores para incorporar a los trabajadores a su nómina, dándoles inamovilidad durante el referido término. Aunque la legislación no lo señala, es lógico concluir que al declararse la tercerización, la entidad de trabajo correspondiente asume todos los pasivos por el tiempo de servicios de los trabajadores tercerizados, desde su contratación primigenia, con el correspondiente pasivo de beneficios laborales dejados de pagar.
3. Los Tribunales del Trabajo deben ser los competentes para calificar cuándo existe simulación o fraude del empleador para desvirtuar, desconocer u obstaculizar la legislación laboral y, por tanto, su nulidad por materializar el supuesto de tercerización. Creemos que, a pesar de la disposición de la LOTTT, dicha actividad no podrán hacerlo los órganos administrativos del trabajo por tratarse de asuntos de Derecho para lo cual carecen de competencia, recursos e infraestructura, lo cual viciaría el acto de nulidad. No obstante lo anterior, una vez determinada judicialmente la tercerización, podrán las autoridades administrativas imponer la sanción pecuniaria prevista en la LOTTT, mediante la imposición de una multa entre 120 UT y 360 UT.
4. La tercerización difiere de la subcontratación. Esta requiere un contrato celebrado entre dos sujetos de derecho, mediante el cual uno de ellos se encarga “de ejecutar obras o servicios (para el otro) con sus propios elementos o recursos, y con trabajadores (...) bajo su dependencia” con el objeto de obtener una ventaja económica. A semejante situación se le imputa, como consecuencia de derecho, que no puede ser considerado como intermediario o tercerizador, ya que éste último requiere la intención fraudulenta o de simulación.  
El contratante beneficiario de la obra o servicio será solidariamente responsable con el contratista en dos supuestos: a) si se demuestra que la actividad de éste es inherente o conexas a la de aquél y b) cuando el contratante representa la mayor o única fuente de ingresos de la contratista.
5. En el derecho comparado, la tercerización no tiene trato uniforme. Pudiera afirmarse, sin embargo: a) Generalmente no se asimila ni a la simulación ni al fraude, aun cuando el ordenamiento jurídico ecuatoriano la proscriba; b) En los regímenes argentino, colombiano, chileno, panameño y peruano, se consagra en muchos casos la solidaridad entre el beneficiario de la externalización de funciones y el contratado para su prestación, en cuanto a las obligaciones laborales

contraídas con los trabajadores; c) En Chile, Perú y Panamá se pueden subcontratar cualquier tipo de servicios, incluso los inherentes a los que presta el contratante; y d) En Ecuador, está prohibida cualquier tipo de subcontratación y también la tercerización.

6. Cabe mencionar a modo de reflexión, finalmente, que la interpretación de muchas de las disposiciones sobre tercerización, subcontratación y cualesquiera otras incluidas en la LOTTT se dificultará gracias al modo cómo fueron creadas por no existir documentación explicativa, entre otras materias, para determinar la correcta voluntad del legislador y los fines perseguidos.

Ello es de más trascendencia en el caso de las normas laborales, que afectan sensiblemente la vida de cualquier nación por regular los medios de producción y los ingresos de la mayoría de los ciudadanos, esto es, conciernen a todos los factores de producción (empleadores y trabajadores), motivo por el cual debe procurarse la mayor participación del colectivo donde regirán.