Tercerización laboral: una práctica prohibida en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012)

pp. 57-74

María Gabriela Mujica [1*]

Resumen del contenido:
El Decreto Nro. 8938 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 6076 Extraordinario, el 07 de mayo de 2012, prohíbe expresamente la tercerización, y en general toda simulación o fraude cometido por patronos o patronas, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. En este estudio se hace un análisis teórico documental de los artículos de la nueva Ley Orgánica del Trabajo (LOTTT) referentes a esta figura, a su definición, así como a su relación con la simulación y fraude, a los supuestos de hechos que la configuran y están expresamente prohibidos, finalizando con algunas conclusiones y reflexiones sobre el alcance futuro de la disposición legal que la prohíbe expresamente.

Palabras claves: Tercerización, Simulación, Fraude, Ley del Trabajo, LOTTT.

Labor outsourcing: a practice prohibited by the Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadores (2012)

Summary of content:
The Decree No. 8938 with Rank, Value and Force Labor Law (Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadores-LOTTT) published in Official Gazette of the Bolivarian Republic of Venezuela No. 6076 Extraordinary, on May 7, 2012, expressly prohibits outsourcing and, in general, any simulation or fraud committed by employers * in order to distort, ignore or impede the implementation of labor laws. This study makes a documental and theoretical analysis of the articles of the new Labour Law (LOTTT) relating to outsourcing, its definition and its relation with simulation and fraud, the factual assumptions that shape it and those expressly forbidden, ending with some conclusions and reflections on the future of the statutory provision that expressly prohibits the practice of outsourcing.

Key words: outsourcing, Simulation, Fraud, Labour Law, LOTTT

1 *.María Gabriela Mujica. Doctoranda en Ciencias Sociales. Mención: Estudios del Trabajo, Universidad de Carabobo (UC). Magíster en Derecho del Trabajo de la UC (2001) y Abogada de la UC (1994).

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

En Venezuela la Constitución vigente (CRBV), contiene disposiciones que fungen de precedentes a la prohibición de tercerización que ahora fue incluida en el texto de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) por primera vez. En efecto, la Carta Magna no solamente reconoce que el Estado dará protección al hecho social trabajo, sino que establece una serie de principios o garantías para asegurar el cumplimiento de esa obligación; a tal efecto en su artículo 89 (numeral 1) establece que: *ninguna ley podrá alterar la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales* y que *en las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias, lo que se ha denominado el principio de la primacía de la realidad sobre las formas*. También señala entre otros de sus principios, *la irrenunciabilidad de los derechos laborales*, declarando expresamente que es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de éstos. Otro de los principios fundamentales consagrados en esa norma, es el principio "*in dubio pro operario*", según el cual cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador, señalando también que todo acto del patrono o patrona contrario a esa Constitución es nulo y no genera efecto alguno.

En el Artículo 94 de la CRBV se hace referencia a la figura del intermediario o contratista y a la simulación o fraude con la intención de desconocer o desaplicar la legislación laboral, y a tal efecto se determina que: *"... 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*". La esencia de esta disposición constitucional vino a ser ampliamente desarrollada en la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT), con la prohibición de la tercerización, cuyo propósito es evitar la simulación o fraude en la relación de trabajo y castigar a los patronos que incurran en ella.

No obstante, a que ya existía esa disposición constitucional que hace mención a la responsabilidad de los patronos por simulación o fraude, en el país algunos empleadores del sector privado han venido utilizando otras formas de relaciones jurídicas distintas a la relación de trabajo, a través de la subcontratación, la utilización

II. La definición de tercerización según la LOTTT

La nueva LOTTT ha incluido en su Artículo 47 una definición de tercerización, la cual constituye una novedad, ya que no se encontró precedente en Ley Orgánica del Trabajo (LOT) anterior o derogada. Con este Artículo se viene a sustituir el Artículo 54 de la LOT que hacía referencia a la intermediación laboral, indicando que *"se entiende por intermediario la persona que en nombre propio y en beneficio de otra utilice los servicios uno o más trabajadores"*. A los efectos de la nueva 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"* (LOTTT, Art. 47). En esta definición legal se conceptualiza a la tercerización como una especie de simulación o fraude que cometen los patronos en contra de los trabajadores para desconocer y dejar de aplicar los beneficios y derechos previstos en la legislación laboral.

Debido al uso indistinto que se hace de las expresiones *simulación y fraude* en la definición antes señalada, resulta necesario esclarecer el significado semántico de ambos términos, para entender mejor el asunto de la tercerización. La palabra simulación *"viene del latín simul y actio, palabras que indican alteración de la verdad; ya que su objeto consiste en engañar acerca de la auténtica realidad de un acto"* (Cabanellas, 1989;429).

El término simulación en el derecho del trabajo está referido al encubrimiento de la relación de trabajo. Para Carballo (2008), la simulación es atribuible al patrono, es decir, ésta es concebida e impuesta unilateralmente por el patrono al trabajador, utilizando para ello su poder de negociación derivado de su desigual capacidad económica. Según Escriche, citado por Cabanellas (1989), el objeto de la simulación consiste en engañar, por ello se encuentra comprendida en el nombre general de fraude, del cual no se diferencia sino como especie del género, de lo que se infiere que la simulación es una especie de fraude. Resultando que para la simulación se precisa el concurso de muchas personas de acuerdo para engañar; mientras que en el fraude, éste se comete por uno solo de los contratantes contra el otro. El fraude, según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, en general es lo mismo que engaño, abuso, maniobra inescrupulosa; pero como no decimos que tal o cual cosa se han hecho en engaño de la ley, sino en fraude de la ley, será preciso entender que al hablar de simulación nos referimos a una especie de fraude (Osorio, 1988-327).

Cuando el legislador señala que la tercerización es una simulación o fraude, lo está considerando como términos sinónimos de manera que para que haya tercerización es necesario que haya la simulación o engaño del patrono hacia el trabajador con un propósito específico de fraude que no es otra cosa que la intención de burlar la legislación laboral.

por el Tribunal Superior del Trabajo, en su parte motiva establecen criterios útiles para determinar cuál de los órganos es el competente. Así tenemos, por ejemplo, la sentencia dictada por el Tribunal Superior Primero de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida en fecha 07 de Mayo de 2013, ASUNTO PRINCIPAL: LP21-S-2013-000004, ASUNTO: LP21-R-2013-000036. Demandante: LUIS AMADEO FLORES MONSALVE Demandada: COCA-COLA FEMSA DE VENEZUELA S.A (Antes PANAMCO de Venezuela, S.A.) en la que se indica:

"Ahora bien, en el presente caso, de acuerdo a los hechos narrados por el accionante, la relación jurídica "se encuentra vigente", por lo que se debe observar, para determinar cuál es el órgano [Administrativo o Judicial], lo siguiente: 1) Cuando se expresan circunstancias, que deben ser verificadas dentro de la "vigencia del vínculo", se ha asentado que al existir la relación hay la posibilidad de que el empleador cumpla en forma voluntaria, e incorpore al trabajador tercerizado en la nómina de la entidad de trabajo contratante principal, conforme a la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores (en un lapso no mayor de tres años, contados a partir del 7 de mayo de 2012); por ende, corresponde al trabajador en caso de negativa, acudir ante los órganos administrativos (Inspectoría del Trabajo) a fin de sustanciar, verificar o resolver la situación para regularizar y adecuar en la realidad de los hechos esa relación laboral, con todos los beneficios de Ley. 2) Cuando se expongan situaciones, a verificar, al "término" de la relación jurídica, el órgano competente son los Tribunales del Trabajo, quienes decidirán en el mérito, la existencia o no de la tercerización, aplicando los efectos que produce el vínculo de trabajo, conforme lo establece el artículo 47 de la de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores, y de acuerdo a la competencia atribuida a los Tribunales del trabajo en la norma 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo ..."

Conteste con lo anterior, en virtud, que la solicitud del actor obedece a la premisa de vigencia de la relación jurídica con la empresa COCA-COLA Femsa de Venezuela S.A, considera ésta Alzada, que tal circunstancia constituye un factor determinante para establecer el proceder, concluyendo que, es el órgano administrativo, vale decir, la Inspectoría del Trabajo, a la que le corresponde conocer el asunto aquí planeado, por cuanto lo que se ventila es una situación de hecho, que debe verificar y tramitar, para que se de cumplimiento a la Disposición Transitoria Primera de la LOTTT, que indica: "Primera: En un lapso no mayor de tres años a partir de la promulgación de ésta Ley, los patronos y patronas incursos en la norma que prohíbe la tercerización..." (TSJ Sentencia Nro. 049, de 07/05/2913) (Subrayado nuestro) Fuente: http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2013/mayo/1412-7-LP21-R-2013-000036-049.html (Consultado el 01/06/2013)

- Imposición de multas entre 120 y 360 unidades tributarias.
- Revocatoria o negativa en el otorgamiento de solvencias laborales.
- Adicionalmente, en caso de incumplimiento por parte del patrono en el pago de la multa, los representantes de dicho patrono podrían ser sujetos a pena de arresto, entre diez (10) y noventa (90) días. El Inspector solicitará la intervención del Ministerio Público a fin del ejercicio de la acción penal correspondiente. (Artículo 546 LOTTT).

V. Obligaciones que impone la Ley LOTTT al Patrono que incurre en tercerización y que benefician al trabajador

- Otorgar a los trabajadores tercerizados los mismos beneficios laborales (pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones entre otros) y condiciones de trabajo que reciben los trabajadores del beneficiario de los servicios, así como el cumplimiento de todas las obligaciones laborales, a partir de la promulgación en Gaceta Oficial de la ley.
- Incorporar el personal tercerizado a la nómina del beneficiario de los servicios. Sin embargo, de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria primera de la LOTTT, los patronos tienen tres (3) años, desde la promulgación de la ley, para incorporar al personal tercerizado.
- Reconocer la Inamovilidad laboral para el personal tercerizado, hasta tanto sea incorporado en la nómina del beneficiario de los servicios. Esto significa que lo trabajadores tercerizados pueden ampararse por ante el Ministerio del Trabajo si no se les respeta su derecho a ser incorporados a la nómina y se les despide.

VI. Supuestos de hechos considerados como tercerización y expresamente prohibidos por la LOTTT

De conformidad con lo establecido en el Artículo 48, hay cinco (5) supuestos de hechos o conductas específicas cometidas por los patronos que son consideradas tercerización, y se encuentran expresamente prohibidos, estos son:

Primer supuesto de hecho:

"*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*"(Art. 48, Num. 1 LOTTT). Para que se materialice este supuesto deben cumplirse tres (3) condiciones de forma concurrentes, es decir, todas al mismo tiempo, estas son:

laboral. Como por ejemplo cuando se arrienda un vehículo de Taxi que se entrega al arrendatario para que a su vez éste preste servicios personales al arrendador. Aquí pudiera estarse simulando un contrato de trabajo, porque si el servicio se presta de manera subordinada sin que el arrendatario tenga autonomía en cuento al horario de trabajo y demás condiciones, y adicional a eso no tiene el goce del vehículo por el monto que está pagando, es evidente que estaríamos en presencia de una relación laboral.

VII. Consecuencias para el patrono que incurre en tercerización, simulación o fraude

La consecuencia que se deriva para el patrono por haber incurrido en las conductas o hechos que constituyen tercerización, está señalada en la parte final de ese Artículo 48 de la LOTTT. Allí se establece, que en todos los supuestos señalados anteriormente, deberá cumplir con todas las obligaciones derivadas de la relación laboral conforme a lo previsto en la Ley, esto implica, cumplirle a los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral, alimentación, guardería, educación y adiestramiento, salarios, beneficios legales y/o colectivos, prestaciones sociales e indemnizaciones, y además deberá incorporar a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal a los trabajadores tercerizados, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo por un lapso de tres (3) años desde la promulgación de la LOTTT. Al ser la tercerización una figura prohibida por la Ley, los patronos que incurran en ella además serán sancionados con multa no menor de 120 U.T., ni mayor de 360 U.T. (Artículo 535 LOTTT)

VIII. Lapso legal para que los patronos incursos en tercerización den cumplimiento a lo dispuesto en la LOTTT

En el Título X de la nueva LOTTT, se incluyen las Disposiciones Transitorias, Derogatorias y Final, y allí en la Disposición Transitoria Primera se ha establecido un lapso no mayor de tres (3) años contados a partir de la *promulgación* de la misma Ley, para que todos los patronos sin distinción que sean del sector privado o público, incursos en los supuestos de la norma que prohíbe la tercerización, reconozcan u otorguen a esos trabajadores tercerizados los mismos beneficios de los trabajadores de la contratante principal y el disfrute de las mismas condiciones de trabajo, además que garantiza que gozarán de inamovilidad laboral durante dicho lapso. Según lo que se interpreta del texto de la Ley, los tres (3) años se cuentan a partir de su promulgación, que es el acto por el cual el Poder Ejecutivo constata la existencia de una Ley y ordena su ejecución, lo cual ocurrió el 30 de Abril de 2012 y no a partir de la publicación en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela que se hizo el 07 de Mayo del 2013, que sería el acto formal que hace a la

X. Cuando una obra es inherente o conexa según la LOTTT

En relación a este punto el Artículo 50 de la LOTTT, al hacer referencia a la responsabilidad solidaria entre quien ejecuta una obra o servicio y quien la recibe, establece una definición de obra inherente y conexa. A tal efecto, señala que una obra es ***inherente*** cuando participa de la misma naturaleza de la actividad del contratante. Y ***conexa***, cuando hay una relación íntima y la actividad del contratista se produce con ocasión de la actividad de la contratante.

Por su parte, el Artículo 23 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT) actualmente vigente en todo aquello que no contradiga el contenido de la LOTTT y hasta que no se dicte otro Reglamento que lo derogue expresamente (por cuanto el Reglamento parcial del decreto con rango, valor y fuerza de la LOTTT sobre el tiempo de trabajo, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 40.157del 30 de Abril de 2013 no suprime este artículo) desarrolla y complementa lo que debe entenderse por actividades inherentes y conexas. Así, establece que las actividades son inherentes o gozan de la misma naturaleza de la actividad propia de la contratante (Artículo 23 RLOT), cuando constituyen de manera permanente una fase indispensable del proceso productivo desarrollado, de forma que sin su cumplimiento no le sería posible satisfacer su objeto. Igualmente, indica que las obras o servicios ejecutados por el contratista son conexos con la actividad del contratante cuando: 1) Están íntimamente vinculados, 2) Su ejecución o prestación se produce como una consecuencia de la actividad de la contratista y 3) Revisten carácter permanente.

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

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

como contratante debió exigir al momento de suscribir el Contrato con la contratista, la presentación de una fianza laboral que garantizara el pago del importe de los pasivos laborales de esos trabajadores, la cual pudiera ejecutar si ocurriera el caso de ser demandada solidariamente junto con la contratista. Igualmente, la LOTTT en su Artículo 50, Segundo Aparte, establece una presunción de inherencia y conexidad cuando la contratante representa la mayor o única fuente de ingresos para la contratista y elimina o excluye la presunción de inherencia y conexidad para las actividades mineras y de hidrocarburos que si estaba contenida en el último aparte del Artículo 55 de la Ley Orgánica del Trabajo derogada (LOT).

Conclusiones

Las premisas Constitucionales son diáfanas al establecer la obligación que tiene el Estado de proteger al hecho social trabajo y garantizar la progresividad de los derechos y beneficios laborales a todos los trabajadores, además de señalar que a través de sus órganos competentes se determinará la responsabilidad que tengan los patronos en caso de simulación o fraude que se haga con la finalidad de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la normativa laboral. La Ley laboral (LOTTT) no solamente desarrolla las garantías constitucionales que protegen al trabajador, sino que expresamente prohibió la práctica de tercerización laboral en Venezuela, entendida como todo mecanismos de simulación y fraude, estableciéndoles a los patronos un lapso de tres (3) años para que se adecuen y cumplan con ese mandato legal.

Representa un gran desafío, erradicar la verdadera tercerización en Venezuela, es decir la que hacen los patronos con simulación o fraude para evadir la legislación laboral, por lo tanto habrá que crear mecanismos de control que permitan verificar los ajustes que se estén dando en las entidades de trabajo para el reconocimiento de los derechos y beneficios de los trabajadores que se encuentran inmersos en relaciones tercerizadas; el plazo legal concedido es perentorio, ya transcurrió un (1) año desde la promulgación y entrada en vigencia de la Ley. No obstante, aún se esperan las cifras oficiales sobre la cantidad de trabajadores que se han beneficiados con la disposición que prohíbe la tercerización, haría falta cuantificar e intercambiar experiencias a nivel de los patronos del sector público y privado, para determinar los resultados y el impacto que la prohibición de tercerización produce en la productividad y costos operativos de las organizaciones. Sería una ligereza emitir alguna opinión al respecto por cuanto, aún quedan dos (2) años del lapso fijado para dar cumplimiento a la disposición que prohíbe la tercerización y obliga al patrono a incorporar a la nómina y reconocer todos los beneficios a los trabajadores tercerizados. A un año de la entrada en vigencia de la LOTTT no

Carballo, Cesar (2008). *Derecho Laboral Venezolano: Ensayos*. Universidad Católica Andrés Bello. Montalbán Caracas. Venezuela. Primera Edición Año 2000. Primera Reimpresión año 2008. Publicaciones UCAB.

Claure, Gonzalo (2007). *Legislación Laboral Aplicada*. Grupo Editorial La Hoguera. Tercera Edición. Santa Cruz de Bolivia, Bolivia.

Constitución de la República bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial, N° 5.453 extraordinario del 24 de marzo de 2000.

Decreto Nro 8.938 con Rango, Valor y Fuerza de Ley, Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y las Trabajadoras, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 6.076 Extraordinario de fecha 07 de mayo 2012.

Granda, Fernando y Smolje, Alejandro (1997). *Conceptos y reflexiones sobre la tercerización*. Resumen del V Congreso Nacional de Costos, Acapulco, México Julio 1997. Fuente: http://www.consejo.org.ar/coltec/out1.htm (Consultado el 25/05/2013)

Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 37.504 del 13 de Agosto de 2002.

Ley Orgánica del Trabajo (LOT). Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 5.152 del 17 de junio de 1997 y reformada el 06 de mayo de 2011 según publicación en la Gaceta Oficial Nro. 6.024, Extraordinaria.

Observatorio de Asuntos Laborales (OAL) (2011). Institución que hace investigaciones en Venezuela con el auspicio de la Unión General de Trabajadores de España Fuente: http://derechoshumanosasi.blogspot.com/ 2011/09/la-tercerizacion-abarca-12-millones-de.html (Consultada el 02/06/2013)

Osorio, Manuel (1981). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Página 327. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.426 del 28 de abril de 2006

Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y (SENIAT). Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas de la República Bolivariana de Venezuela. *Valor de la Unidad Tributaria*. Fuente: http://www.seniat.gob.ve /portal/page/portal/MANEJADOR_CONTENIDO_SENIAT/05MENU_HORIZONTAL/5.1ASISTENCIA_CONTRIBUYENTE/5.1.4INFORMACION_INTERE/5.1.4.2UNIDAD_TRIBUTARIA/5.1.4.2UNIDAD_TRIBUTARIA.pdf (Consultado el 26/05/2013)

Tribunal Supremo de Justicia. *Sentencia Nro. 049, de fecha 07 de Mayo de 2013*. Tribunal Primero Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida. Fuente: http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2013/mayo/1412-7-LP21-R-2013-000036-049.html (Consultado el 01/06/2013)

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia del 25 de mayo de 2006. Fuente: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0879-250506-051627.htm Consultado: 05/05/2012

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha 16 de Mayo de 2008. Motivo: Revisión Constitucional. Recurrente: Consorcio Hermanos Hernández, C.A. Fuente: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/823-160508-08-0200.htm (Consultada el 04/06/2013)

se tienen datos estadísticos oficiales actualizados sobre el proceso de eliminación de la tercerización en las entidades de trabajo. Además, instituciones del Estado como el INE, cuando publican cifras no hacen diferenciación entre el trabajador fijo o con pleno empleo, el tercerizado, sólo divide en dos grandes bloques formal e informal, público y privado.

Reflexiones

El uso de la tercerización en Venezuela ha sido una práctica muy difundida. Su prohibición en la Ley no garantiza que se deje de seguir fomentando bajo otras formas de disfrazar la relación de trabajo, será necesario instrumentar los mecanismos de inspección del Ministerio del Trabajo a fin de asegurar que se cumpla con la norma de prohibición y se de la protección integral a los trabajadores que pudieran estar bajo esta condición laboral, y evitar así el uso de otras formas del derecho civil o mercantil para seguir incurriendo en simulación o fraude laboral. De nada sirve crear garantías sustantivas o materiales si los organismos administrativos del trabajo no son rediseñados para optimizar sus funciones y lograr que emitan decisiones en tiempo oportuno.

Sería interesante conocer el impacto que la prohibición de tercerización ha producido en algunas entidades de trabajo y cómo se ha venido llevando a cabo los procesos de incorporación de personal tercerizado a la nómina fija.

Constituye un acto de justicia social que los patronos que venían contratando trabajadores bajo la modalidad de tercerizados, les garanticen no solo su inclusión en la nómina de trabajadores permanentes o fijos, sino el respeto a su estabilidad y el reconocimiento a sus años de servicios previos para los fines de la antigüedad. Ahora bien, resultaría necesario tener un balance serio sobre el proceso, abogar por la inclusión del tema de la prohibición de tercerización en la agenda de los sindicatos para interactuar y establecer estrategias, desde la perspectiva del grupo de trabajadores y en las discusiones de las convenciones colectivas que deban ser aprobadas.

Referencias

Ermida Uriarte, Óscar y Colotuzzo, Natalia (2009). *Descentralización, Tercerización, Subcontratación.* Oficina Internacional del Trabajo. Primera Edición 2009. Fuente: http://white.oit.org.pe/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/publicaciones/documentos/estudio_descentralizacion_tercerizacion_subcontratacion.pdf (Consultado el 26/05/2013)

Cabanellas, Guillermo (1989). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* Editorial Heliasta. 21° Edición. Tomo VII. Página 429. Buenos Aires, Argentina.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia Nro. 0879 de fecha 25 de mayo de 2006, (Caso Roque Rodríguez Veloz & ENVIRONMENTAL SOLUTIONS DE VENEZUELA, C.A. –ESVENCA-), también discriminó los elementos que determinan de igual manera la conexidad e inherencia, y en tal sentido en dicha sentencia expone:

> "....Las normas que anteceden, contemplan la presunción de que la actividad que realiza la contratista es inherente o conexa con la que realiza el beneficiario contratante. Tales presunciones tienen carácter relativo, por lo que admiten prueba en contrario –ex artículo 22 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo-. Para que la presunción opere, debe coexistir la permanencia o continuidad del contratista en la realización de obras para el contratante, la concurrencia de trabajadores del contratista junto con los del contratante en la ejecución del trabajo y por lo que respecta a la mayor fuente de lucro, ésta debe consistir en la percepción regular, no accidental, de ingresos en un volumen tal que represente efectivamente el mayor monto de los ingresos globales..."

Fuente: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/0879-250506-051627.htm Consultado: 05/05/2012

Esa interpretación que ha dado la Sala de Casación Social a la presunción de conexidad e inherencia, se ha reiterado en otras decisiones de tribunales de primera instancia e incluso en una decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Motivo: Recurso de Revisión Constitucional, Recurrente: Consorcio Hermanos Hernández , C.A., y constituye doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Social, y por tal motivo los jueces de instancia deberán acoger ese criterio en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia, conforme a lo señalado en el Artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Fuente: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/823-160508-08-0200.htm (Consultada el 04/06/2013)

Actualmente, la diferencia es que el ejecutor de la obra o beneficiario del servicio no solo responde solidariamente con el contratista, sino que también los trabajadores del contratista tienen derecho a recibir los mismos beneficios otorgados a los trabajadores de la contratante, siempre que demuestre que la actividad de ambas empresas es inherente o conexa. Esta responsabilidad solidaria se extiende también hasta los trabajadores de empresas subcontratistas (empresas contratadas a su vez por la contratista), independientemente que la contratista no estuviere autorizada para subcontratar (Artículo 50 Primer Aparte LOTTT). De manera que con esta disposición se ampara a los trabajadores de las contratistas y subcontratistas quienes podrán reclamar sus derechos laborales directamente a la beneficiaria de la obra o servicio, quien

Ley del conocimiento público con la publicación en Gaceta Oficial, en acatamiento al promúlguese. Particularmente, considero que se incurrió en un error al usar en la redacción de la Ley el término promulgación en vez de publicación, ya que en esa etapa de promulgación ni trabajadores ni patronos tenían total conocimiento respecto al texto de la Ley, es a partir de la publicación en la Gaceta Oficial que se hace del conocimiento y dominio público todo el texto legal.

IX. La figura del contratista en la LOTTT

Con respecto a la figura del ***Contratista***, la definición de contratista se mantiene casi igual a lo que establecía la derogada Ley Orgánica del Trabajo (Art. 54), sólo que en la nueva Ley se indica que a la contratista no se considerará ni intermediario ni tercerizadora. Por tanto, bajo la LOTTT, los empleadores pueden celebrar contratos con empresas contratistas que ejecuten obras, servicios o actividades y no debe confundirse con tercerización ya que esta es una forma legal de contratar a una empresa para que haga una actividad especializada o ejecute una obra determinada en el contrato que se suscribe. Esta figura se encuentra regulada en el Artículo 49 de la LOTTT, que señala que: *"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"*. (Art. 49 LOTTT)

En la práctica, consiste en la contratación de una persona jurídica que, a través de sus propios elementos de trabajo y personal propio, le presta servicios a la contratante, a cambio de una contraprestación económica. Esta figura contractual se da con mucha frecuencia en la ejecución de obras públicas y se hace a través de procesos de contrataciones públicas la selección de la empresa o la adjudicación directa, y normalmente a esos contratos que se suscriben se les llama contratas.

Con la redacción de ese artículo 49 de la LOTTT queda claramente definido que la empresa contratista no es ni un intermediario ni tampoco un tercerizador. La contratación o subcontratación la hace el contratante por una necesidad y ante la dificultad que tiene de hacer algún trabajo específico, es algo muy especializado o técnico y no cuenta con el personal o las herramientas por ejemplo, razones por las que debe recurrir a las empresas especializadas para que le presten el servicio mediante un contrato. Mientras que en la tercerización se contrata a otra empresa para simular la relación de trabajo y evadir la legislación laboral.

En este sentido, el uso de la figura del contratista como lo define la LOTTT, entendida como la contratación de un tercero para prestar servicios u obras, está permitida, a menos que haya sido acordada en simulación o fraude con el fin de desvirtuar o desconocer la legislación laboral, ya que allí se estaría en presencia de una verdadera tercerización.

1) Que se trate de obras, servicios o *actividades permanentes*, es decir que se ejecuten de manera continua e ininterrumpida dentro de la entidad de trabajo,
2) Que estén *relacionadas de forma directa con el proceso productivo*; esto quiere decir que coadyuven o se dirijan a cumplir con el objeto social principal de la entidad de trabajo,
3) *Sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones*, esto quiere decir que si no se realiza esa actividad se pararía la producción económica de bienes y servicios.

Segundo supuesto de hecho:

"La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante" (Art. 48, Num. 2 LOTTT), dentro de esta práctica encontramos al trabajador que se contrata como integrante de la nómina de una entidad de trabajo distinta a la cual va a prestar servicios, con el único propósito de evitar obligaciones laborales. Por ejemplo las llamadas consultoras que proveen personal a las entidades de trabajo y los contratan a tiempo determinado, o las Asociaciones Cooperativas creadas para prestar servicios continuos y permanente en otra entidad de trabajo.

Tercer supuesto de hecho:

"Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras" (Art. 48, Num. 3 LOTTT). El caso típico de este supuesto ocurre cuando el patrono crea una empresa para generar la facturación y otra empresa que absorbe los pasivos y el pago de la nómina a los trabajadores.

Cuarto supuesto de hecho:

"Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil" (Art. 48, Num. 4 LOTTT). Este supuesto se materializa cuando se obliga al trabajador a constituir una firma personal con su nombre, a través de la cual se contrataría por servicios profesionales u honorarios profesionales, o bien se le exige que constituya una Sociedad Mercantil, en la que es accionista mayoritario con un objeto social que implique la ejecución de actos de comercio para contratar con esa figura jurídica y burlar así el pago de beneficios laborales ya que solamente se le pagaría por el servicio prestado, sin incluir salarios, ni prestaciones sociales, vacaciones u otros conceptos que normalmente se le pagan a un trabajador.

Quinto supuesto de hecho:

"Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral" (Art. 48, Num.5 LOTTT). En este supuesto se enmarcaría las otras formas jurídicas para engañar y simular que se está en presencia de otra relación jurídica distinta a una relación

IV. ¿Qué tipo de castigo se impone al patrono que esté incurso en simulación o fraude laboral?

La LOTTT, contiene una innovación, ya que establece sanción pecuniaria al patrono incurso en simulación o fraude laboral, y no se encontró una disposición igual en la Ley Orgánica del Trabajo derogada. Veamos, el Artículo 535 de la LOTTT señala que: *"el patrono incurso o patrona incursa en hechos o actos de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral, se le impondrá una multa no menor del equivalente de ciento veinte unidades tributarias, ni mayor del equivalente a trescientas sesenta unidades tributarias".*

La sanción antes señalada se aplicará al patrono que incurra en infracción a la normativa que prohíbe la tercerización, es decir aquél patrono que cometa fraude o simulación de la relación de trabajo e incurra en los hechos prohibidos señalados en el Artículo 48. Adicionalmente, también se le pudiera imponer otra sanción que sería la negativa o revocatoria de la solvencia laboral conforme a lo establecido en el Artículo 553, que señala: *"A los patronos o patronas que incumplan las obligaciones que le impone esta ley, les será negada o revocada la solvencia laboral según lo establecido en la ley correspondiente".*

Para los efectos de establecer el monto de la multa se debe tomar en cuenta la Unidad Tributaria (UT) que se fija cada año de acuerdo con la variación del valor adquisitivo del bolívar, valor éste que para el momento en que entró en vigencia la Ley (LOTTT), estaba en 90 bolívares y para el mes de Mayo de 2013, el valor de la Unidad Tributaria es de CIENTO SIETE (Bs. 107,00) según Gaceta Oficial N° 40.106 del 06 de Febrero del 2013. (SENIAT, 2011)

La competencia para imponer la sanción la tiene la Inspectoría del Trabajo de la localidad de conformidad con el procedimiento para la imposición de sanciones previsto en el Artículo 547 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT). En todos los casos de Reclamos por incumplimiento de la legislación laboral, la Inspectoría del Trabajo debe tomar en cuenta la definición de tercerización prevista en el citado Artículo 47 de la LOTTT y analizar aisladamente los supuestos de simulación o fraude prohibidos en el Artículo 48 eiusdem, para poder considerar si los patronos que subcontratan servicios incumplen con la normativa sobre tercerización. En este sentido, las sanciones se le imponen al patrono y pueden ser de carácter pecuniario y también de carácter general como la negación y suspensión de la Solvencia Laboral. Las consecuencias negativas para el patrono que incurra en la tercerización como figura prohibida en la legislación laboral, están contenidas en el Artículo 535 y 553 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) y son las siguientes:

El término tercerización tal y como lo define el citado Artículo 47 de la LOTTT, intrínsecamente supone un propósito negativo o intencionalidad, que sería mala fe o maniobra intencional por parte del patrono para eludir las obligaciones que derivan de la contratación directa de trabajadores, como sería el pago de los beneficios laborales (salario, prestaciones sociales, vacaciones, entre otros). No basta el supuesto de hecho, sino que es indispensable que exista simulación o engaño y el fraude, o la intención de burlar los parámetros legales.

III. Órganos competentes para determinar la responsabilidad de quienes incurran en simulación o fraude laboral

El artículo 47 de la LOTTT, también señala en su parte final cuáles son los órganos competentes para determinar la responsabilidad de los patronos que incurran en hechos que configuren simulación o fraude en la tercerización y a tal efecto señala 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"*. Esto significa que las denuncias por simulación o fraude en materia laboral deberían ser tramitadas, bien por ante los órganos administrativos del trabajo representados por las Inspectorías del Trabajo o por ante los órganos de la jurisdicción laboral que conforme al Artículo 13 y 14 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo vigente son los Tribunales del Trabajo, que a su vez se dividen en: los de Primera Instancia entre los que se encuentran los de Sustanciación, Mediación y Ejecución y también los de Juicio; los Tribunales Superiores del Trabajo, que conocen en Segunda Instancia y el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social.

Dado que la competencia para imponer multas a los patronos por los incumplimientos a la normativa laboral la tiene el órgano administrativo, que es la Inspectoría del Trabajo conforme a lo señalado en el numeral 7 del Artículo 507 de la LOTTT que señala: *"Las Inspectorías del Trabajo tendrán las siguientes funciones: ... 7) Imponer las sanciones por incumplimiento a la Ley y a la normativa laboral dentro de su jurisdicción territorial"*; resulta lógico que sea esta misma instancia administrativa la que determine la responsabilidad del patrono que incurra en simulación o fraude laboral violando la normativa de prohibición a la tercerización. Ahora bien, surge la inquietud respecto a lo siguiente: ¿Cuándo compete a la Inspectoría del Trabajo y cuándo compete a los Tribunales del Trabajo determinar la responsabilidad de los patronos en caso de simulación y fraude? La ley no aclara este aspecto, pero en la práctica judicial resulta interesante destacar, que ya se han interpuesto por ante los Tribunales del Trabajo demandas de acción mero declarativa de continuidad de la relación laboral y restitución de todos los derechos laborales (por tercerización), que aunque han sido declaradas inadmisibles por los Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, y confirmadas

de trabajadores autónomos, la intermediación laboral y el suministro de mano de obra temporal a través de otras empresas.

En el sector público, también la tercerización está operando para la prestación de diversos servicios. Encontramos a trabajadores que tienen como verdadero patrono al Estado Venezolano, contratados a través de empresas privadas sin que en la práctica gocen de los derechos laborales mínimos contemplados en las leyes vigentes del país. La contratación de supuestos trabajadores autónomos en simulación de la relación laboral, también es tercerización laboral, práctica que tiene por finalidad menoscabarle al trabajador sus derechos laborales sujetándoles a la autonomía de la voluntad del empleador a través de contratos de tipo civil o mercantil. Un ejemplo de este tipo de contratación lo constituye la de los servicios de limpieza o mantenimiento de instalaciones dentro de algunos Ministerios y empresas del Estado como por ejemplo en Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) y en la Corporación Eléctrica Nacional (CORPOELEC) hoy Empresa Eléctrica Socialista, que se hace contratando trabajadores a través de Asociaciones Cooperativas.

Según cifras del Observatorio de Asuntos Laborales (OAL), los tercerizados representarían el 19,6 % de los 6,1 millones de ocupados en el sector formal de la economía (1,2 millones de trabajadores apróx.), de los cuales 700.000 pertenecen a cooperativas y 500.000 a empresas públicas o privadas (OAL, 2011). Con esas prácticas de tercerización en Venezuela, de alguna manera se está precarizando el empleo, además que se pudiera estar confundiendo la relación contractual laboral con una relación comercial o civil, impactando negativamente a los trabajadores incursos en esa situación, a quienes se les vulneran sus derechos laborales.

En esta investigación se analiza la figura de la tercerización desde el punto de vista de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) publicada en la Gaceta Oficial Nro. 6.076 del 07 de Mayo de 2012, que derogó la Ley Orgánica del Trabajo del 17 de junio de 1997 (LOT) publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 5.152 Extraordinaria y reformada el 06 de mayo de 2011, según publicación en la Gaceta Oficial Nro. 6.024, Extraordinaria. Con esta nueva Ley Orgánica del Trabajo (LOTTT) se introduce, por primera vez en la Legislación Venezolana, una disposición de prohibición expresa a la tercerización, además de que en ella se desarrolla una definición legal de esta figura y se indican los organismos con competencia para establecer la responsabilidad de los patronos que incumplan la normativa de prohibición a la tercerización; también se señalan los supuestos de hechos prohibidos que constituyen formas de tercerización, así como quienes son considerados contratistas, cuando una obra es inherente o conexa. Al final de la indagación se plantean algunas conclusiones y recomendaciones.

Tercerización laboral: una práctica prohibida en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012)

I. Introducción

Los grandes cambios en el mercado laboral, han dado lugar a nuevas formas de trabajo que muchas veces no se ajustan a los parámetros legales que regulan una relación de trabajo. Si bien es cierto, que esas nuevas formas han aumentado la flexibilidad, también han contribuido a que no esté muy clara la situación laboral de un gran número de trabajadores, que quedan excluidos del ámbito de protección legal que deviene de una relación de trabajo, entre los cuales encontramos a los trabajadores bajo situación de tercerización.

La palabra tercerización, difícilmente pueda ser ubicada en algún diccionario de la Real Academia o de Derecho Usual, en virtud a que el término viene del lenguaje propio del campo de la administración de empresas y no del ámbito jurídico. Proviene de la traducción al castellano del neologismo inglés "outsourcing", en referencia a la externalización o tercerización de determinadas áreas funcionales y *"responde al acto mediante el cual una organización contrata a un tercero para que realice un trabajo en el que está especializado, con el objetivo de reducir costos y evitar a la organización la adquisición de una infraestructura propia que le permita la correcta ejecución del trabajo"* (Claure, 2007:157). En el ámbito del derecho del trabajo la tercerización ocurre comúnmente cuando un determinado servicio o actividad de producción, que no es desarrollado directamente por los trabajadores de una Entidad de Trabajo, es transferida a otra empresa o tercero que lo ejecuta para evitar el pago de los beneficios laborales. De manera tal que esta figura *es "una adquisición sistemática, total o parcial, y mediante proveedores externos, de ciertos bienes o servicios necesarios para el funcionamiento de una empresa, siempre que hayan sido previamente producidos por la propia empresa, o ésta se halle en condiciones de hacerlo y se trate de bienes o servicios vinculados a su actividad"* (Granda y Smolje, 1997).

El Tema de la tercerización ha sido discutido indirectamente en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde 1997 (85a Reunión), cuando se abordó lo referente al "trabajo en régimen de subcontratación"; disertación que continuó en las Conferencias de 1998 (86a) y 2003 (91a) sin que se pudiera lograr un convenio o recomendación que permitiera a los países miembros, identificar las situaciones necesitadas de protección y los mecanismos adecuados para separar esas situaciones jurídicas en las que se encuentran inmersos los trabajadores. El principal objetivo seguido por la OIT era evitar que se recurriera a estas modalidades contractuales con la finalidad de negar derechos a los trabajadores o de eludir el cumplimiento de obligaciones establecidas por la normativa laboral o de seguridad social (Ermida y Colotuzzo, 2009).