



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO DE DERECHO DEL TRABAJO**

**TRABAJO DE GRADO
TRABAJO ESPECIAL DE GRADO**

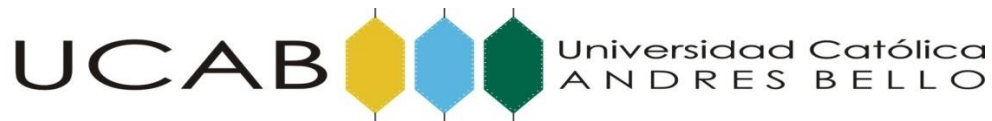
**LA TERCERIZACIÓN EN LA EXTERNALIZACIÓN EMPRESARIAL DE
FUNCIONES Y LOS ARTÍCULOS 47 Y 48 DE LA LEY ORGÁNICA DEL
TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS.**

Presentado por
Albarrán Luttinger Valentina Lisette

Para Optar al Título de
Especialista, en Derecho del trabajo

Asesor
Victor Alberto Durán Negrete

Caracas, Enero 2018



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO DE DERECHO DEL TRABAJO**

APROBACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo de Grado - Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Valentina Lisette Albarrán Luttinger, titular de la Cédula de Identidad 18.154.201 para optar al título de Especialista en Derecho del Trabajo, cuyo título definitivo es: LA TERCERIZACIÓN EN LA EXTERNALIZACIÓN EMPRESARIAL DE FUNCIONES Y LOS ARTÍCULOS 47 Y 48 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS; y manifiesto que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los 8 días del mes de enero de 2018.

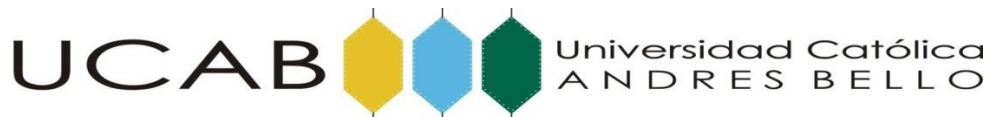
Victor Alberto Durán Negrete

CI. 10.180.251

Dedicatoria:

*A Janette, quien con la fuerza de la insistencia
absoluta me ha enseñado a perseverar cada día a
pesar de las adversidades y por creer en mí mil veces
más de lo que yo lo haría.*

*A Zahi, por siempre ver la mejor versión de mí, sin
importar las circunstancias.*



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
POSTGRADO DE DERECHO DEL TRABAJO**

**LA TERCERIZACIÓN EN LA EXTERNALIZACIÓN EMPRESARIAL DE
FUNCIONES Y LOS ARTÍCULOS 47 Y 48 DE LA LEY ORGÁNICA DEL
TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS.**

Autor: Valentina Lisette Albarrán Luttinger

Asesor: Víctor Alberto Durán Negrete

Fecha: Enero, 2018

RESUMEN

El Trabajo de Grado versa sobre el análisis de la definición de tercerización incluida en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en razón de la exigua exploración jurisprudencial y académica de la misma, lo que produce un desconocimiento del alcance de la definición de tercerización impuesta por la Ley y conllevando a una interpretación restrictiva que prohíbe la externalización de funciones del seno de la unidad productiva. En consecuencia, a través de una metodología de tipo documental, monográfico y de corte bibliográfico se explican las distintas formas de externalización empresarial en Venezuela, se caracteriza la tercerización con especial atención a la simulación y fraude como caracteres definitorios y se precisa el órgano competente para determinarla y las consecuencias de su declaración arribándose al resultado de afirmar que existen formas permitidas de externalización de funciones en Venezuela transfigurando el paradigma inicial de prohibición absoluta y finalizando con las conclusiones y recomendaciones propuestas tras la investigación.

Palabras clave: Tercerización, Externalización de funciones, Descentralización Productiva, Simulación, Fraude.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
CARTA DE ACEPTACIÓN DEL ASESOR	i
DEDICATORIA	ii
RESUMEN	iii
LISTA DE SIGLAS	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. La Empresa, su Evolución y sus Formas de Externalización de Funciones	4
Personas del Derecho del Trabajo	5
El trabajador.	5
El patrono.	8
La empresa.	11
Desarrollo histórico de la empresa.	17
<i>Etapas pre – Revolución Industrial</i>	17
<i>Etapas post – Revolución Industrial</i>	18
Desconcentración, Descentralización y Externalización Empresarial de Funciones	26
Definición de desconcentración, descentralización productiva y externalización empresarial de funciones.	28
<i>Métodos de externalización de funciones.</i>	35
<i>Subcontratación y contratistas.</i>	36
<i>Intermediación.</i>	45

<i>Cooperativas.</i>	47
<i>Tercerización.</i>	49
CAPÍTULO II. La Simulación y Fraude en la Tercerización	59
Simulación	59
Fraude a la ley	63
Diferencias de la tercerización con el fraude y la simulación	69
Supuestos de tercerización en la LOTTT	73
La tercerización permitida	79
CAPÍTULO III. Declaración de la Tercerización y sus Consecuencias	83
Órgano competente	83
Consecuencias jurídicas de la determinación de tercerización	94
CONCLUSIONES	97
RECOMENDACIONES	98
REFERENCIAS	100

LISTA DE SIGLAS

CPC: Código de Procedimiento Civil.

CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

LEAC: Decreto con Fuerza de Ley Especial de Asociaciones Cooperativas.

Ley de Inamovilidad: Ley de Inamovilidad Laboral.

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.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

RLOT: Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

SCS: Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

SPA: Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

TSJ: Tribunal Supremo de Justicia.

INTRODUCCIÓN

En las escuelas de Derecho se enseña que el Derecho es una Ciencia y más específicamente Ciencia Social, y que como Ciencia Social el mismo es inexacto.

Tal afirmación se traduce en el hecho que, en Derecho, la mayoría de los casos los problemas no tienen una solución única, sino que cada problema puede tener multiplicidad de soluciones dependiendo de la normativa aplicable y de la interpretación individual dada a esa normativa.

Las escuelas de Derecho –a la par de la enseñanza del Derecho como una Ciencia Social- imparten el conocimiento necesario para interpretar las normas jurídicas que conforman esa Ciencia, proponiendo metodologías distintas, que dependiendo de su utilización en una situación u otra, pueden conllevar a interpretaciones diferentes.

Bajo esa perspectiva se presenta ésta investigación la cual tiene como objetivo un asunto no sencillo, que es analizar la definición de tercerización en cuanto a la externalización empresarial de funciones de conformidad con los artículos 47 y 48 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT, 2012), a la cual nos referiremos en este estudio como LOTTT, para proponer una definición y alcance.

Decimos que éste objetivo no es sencillo, toda vez que el asunto de la tercerización en la legislación venezolana tiene una serie de aristas que deben ser consideradas para intentar arribar a una propuesta de definición que sea informada y responsable.

Las aristas a considerar van desde la relativa novedad de la definición legal, pasando, por su escaso desarrollo jurisprudencial, hasta llegar al *quid* del asunto que es el probable propósito del legislador al imponer esa definición legal y las consecuencias de la misma.

La mismísima mención de tercerización fue agregada por primera vez en la LOTTT sancionada el 7 de mayo de 2012, indicando que tal práctica es prohibida. Sin embargo, los efectos de tal prohibición solo se hicieron plenos al vencimiento de la *vacation legis* otorgada por la Disposición Transitoria Primera de la LOTTT que estipulaba un lapso de tres años para ajustarse a la norma e incorporar a la nómina de los patronos infractores a todos aquellos trabajadores tercerizados.

Como consecuencia, se ha utilizando una laxa interpretación de los artículos 47 y 48 de la LOTTT y se ha determinado que una gran cantidad de proveedores de servicios son *tercerizados* aplicándose distintas consecuencias a tal determinación.

Tal situación solo demuestra los más grandes temores de algunos, como es que una tan agresiva definición de tercerización, derivaría en una falacia de reducción al absurdo que permitiría afirmar que la externalización de funciones de la unidad productiva ésta prohibida en Venezuela.

Una interpretación como esa resulta contraproducente dado que, en primer lugar, es contraria a la tendencia mundial que apunta a maximizar la producción y reducir costos por distintas vías entre las cuales se utiliza, con bastante frecuencia la externalización de funciones, y, en segundo lugar, porque produce una incrementación innecesaria e imprevista de la nómina de una cantidad de patronos que, realmente, no están realizando ninguna conducta reprobable e incrementa los ya altísimos costos laborales en nuestro país.

Como hemos dicho anteriormente, el asunto no es sencillo, es una realidad que varias caras. Por un lado tiene a trabajadores que podrían efectivamente estar en una situación fraudulenta o simulatoria y sufriendo penurias al no recibir los beneficios laborales que le corresponden, y a trabajadores que pretenden bien sea por confusión o con intención poco virtuosa estar en una situación de ese tipo sin realmente estarlo; y, por otro lado, están los patronos fraudulentos o simuladores que por abaratare costos someten a sus verdaderos trabajadores a situaciones precarias y los patronos responsables que cada día sufren más las consecuencias de una definición legal acusatoria y cuyos límites se han ido probando en el camino.

El presente trabajo no pretende agotar el asunto ni dar una única interpretación de la definición de tercerización, toda vez que, como hemos afirmado anteriormente, en el campo del Derecho como Ciencia Social no es posible; pero si apunta a establecer una interpretación válida y adecuada obtenida por el estudio detallado del tema y sus distintos factores para ayudar a otros estudiosos de nuestra Ciencia Social en la búsqueda de la resolución de conflictos como objetivo principal del Derecho.

CAPÍTULO I

La Empresa, su Evolución y sus Formas de Externalización de Funciones

En palabras de Cabanellas (2001) “la Historia del trabajo es la Historia del hombre” (p. 74). Desde el inicio de la humanidad el hombre ha tenido que trabajar para procurar su propia subsistencia y la de los suyos, por lo que, desde un punto de vista natural y utilizando el vocablo trabajo en su sentido más amplio, la historia del trabajo se encuentra íntimamente ligada con la historia de la humanidad, utilizándose el trabajo no solo como un medio para un fin –la sobrevivencia- sino como un fin en sí mismo –la superación personal, la consecución de la familia y el avance de la civilización mundial.

Siendo tal la importancia del trabajo en sentido amplio y antes de adentrarnos en el tema de estudio del presente trabajo; consideramos necesario analizar, de manera si se quiere un tanto superficial, a los protagonistas por excelencia del trabajo, patrono y trabajador; para luego adentrarnos a estudiar a la empresa como fuente generadora de trabajo en el que se ven irremediabilmente involucrados los sujetos antes mencionados, empresa que ha cambiado y evolucionado con el devenir del tiempo y que ha sufrido una fragmentación de su base, generando fuentes de trabajo externas cuyas relaciones son el objeto principal de la presente investigación.

Sin profundizar en la distinción entre contrato y relación de trabajo cuya diferenciante principal es la forma de inicio, a través de una declaración de voluntad contractual en el primero y a través de la prestación fáctica de servicio en el segundo, el trabajo se trata, en principio, de un acto de dos sujetos que acuerdan la realización de funciones específicas a cambio de la obtención de un beneficio.

Por un lado, el trabajador pone a disposición del patrono su labor bien sea física o intelectual a cambio del pago de una contraprestación económica. Por otro

lado, el patrono se compromete a pagar el salario a cambio de la obtención del provecho derivado de la labor realizada por el trabajador. Ese intercambio de tareas y provechos se realiza generalmente en el marco de una empresa.

Asentados en la conexión antes descrita, procederemos sin más preámbulos a estudiar a los sujetos estelares del trabajo como labor humana, trabajador y patrono y el lugar real o imaginario donde ésta labor es realizada, la empresa.

Personas del Derecho del Trabajo

El trabajador.

En los pueblos antiguos el trabajo era realizado por esclavos. Eran estos sujetos, que primitivamente se consideraban cosas o semovientes, quienes tenían a su cargo la realización de las tareas físicas más duras.

La esclavitud nació paralelamente con el trabajo subordinado pero se prefería la mano de obra gratuita. Ésta mano de obra gratuita, se obtenía a través del vencimiento de otros pueblos en guerras, en principio, y posteriormente, a través de la reproducción de los esclavos propios, la esclavitud por deudas o por delitos o la esclavitud del hombre libre que decidía dejar esa condición.

En todas esas situaciones existía el componente principal del trabajo que es la realización de una labor subordinada, el dueño imponía las condiciones y tareas a ser llevadas a cabo, pero se excluía un componente necesario en la relación de trabajo que era la remuneración y la libertad en la contratación.

En la mayoría de los casos el esclavo no se sometía voluntariamente a tal situación, ni recibía una contraprestación económica por su trabajo sino que el dueño

se veía obligado a procurar alimento y resguardo para el esclavo, pero no como pago por su trabajo, sino como mantenimiento de su propiedad. Siendo que su propiedad era un ser humano, aunque no se considerara como tal, para su mantenimiento éste requería abrigo y alimento.

La gran mayoría de las civilizaciones antiguas como Israel, Egipto, Grecia y Roma emplearon la esclavitud como método de obtención de mano de obra gratuita, con distintos matices en cada una de ellas.

Con la caída del Imperio romano, hubo visible evolución en la esclavitud, la cual se fue reduciendo por la introducción de los valores cristianos y la manumisión de los esclavos, lo que produjo bastantes años más tarde la abolición de la esclavitud.

Tal medida coincidió en la misma década con la invención del telar mecánico y la caída de la Bastilla, demostrando entonces que el trabajo esclavo dejó de ser necesario, pudiéndose emplear máquinas para la realización de algunos trabajos.

Finalmente, la Revolución Industrial producida entre 1760 a 1830 dio paso a una transformación total de la forma de trabajar, incorporando a la mecánica en la realización de las nuevas máquinas caracterizándose en términos de Cabanellas (2001), por:

La transformación se representa en la organización del trabajo, el reclutamiento de la mano de obra, por la movilización colosal de operarios que permite y su concentración en locales de amplitud variable, por la magnitud y menores costos de artículos por el proceso de enorme complejidad para que la producción llegue a la clientela o consumidores, también crecidos en número y dispersos, a veces, en todo un país e incluso en casi toda la Tierra (pp. 105 -106).

La Revolución Industrial conllevó también a una etapa de reivindicaciones obreras y a la constitución del Derecho del Trabajo como lo conocemos hoy en día de la mano de su desarrollo científico y positivo.

Ese estudio científico del Derecho del Trabajo nos trae necesariamente al estudio de la persona del trabajador moderno, dejando atrás la consideración del esclavo como propiedad y pasando al trabajador como un ser humano que ejecuta una labor.

La idea de trabajador moderno lleva consigo una dicotomía intrínseca que se refiere al trabajador independiente y al trabajador dependiente.

El trabajador independiente es aquel que por cuenta propia realiza una actividad económico – social conforme a sus propias metas y cronograma establecido. Resulta claro que el trabajador independiente es un trabajador libre, presta servicios en su propio beneficio y obtiene los frutos propios de su actividad, recibiendo también las pérdidas devenidas del mismo negocio o de su falta de competencia para la realización de la determinada actividad.

A su vez, el trabajador dependiente, es aquel que por cuenta ajena, presta un servicio remunerado a cambio de un salario. Es justamente a éste tipo de trabajador al que haremos referencia en este trabajo.

Alfonzo - Guzmán (2007) define al trabajador como un sujeto de derechos y de obligaciones, se origina en la subordinación, estado de naturaleza jurídica que implica para el trabajador una limitación voluntaria de su libertad individual.

Por su parte, J. García (2012) establece que:

El trabajador dependiente es el que conocemos comúnmente como trabajador; el que presta un servicio personal, bajo la subordinación y beneficio de un tercero que llamamos patrono, recibiendo aquél como contraprestación una remuneración ...

Esta prestación de servicios es de carácter personal, conserva el principio *intuito personae*, es decir, que no puede otra persona natural hacer la labor que el trabajador tiene pactada con su patrono. Este trabajador se hace acreedor de los derechos laborales que acuerda la legislación del trabajo, y su patrono deudor de esos derechos (p. 85).

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (en adelante nos referiremos a ella como SCS del TSJ) en sentencia N° 437 del 11 de mayo de 2010 (caso: Manuel Yáñez Fernández vs. Empresa de Inspección y Control de Venezuela, C.A., (E.I.C.V.) indica como características del trabajador dependiente la existencia de “una prestación personal de servicio, remunerada, que se realiza por cuenta ajena y bajo la dependencia de otro”.

El patrono.

Las legislaciones a nivel mundial, a diferencia de lo que ocurre con la palabra trabajador, no tienen acuerdo similar respecto a la palabra utilizada para designar al otro sujeto del Derecho del Trabajo, empleando distintos vocablos para describirlo. Al respecto, se utilizan indistintamente los vocablos patrón, empleador, empresario, siendo la palabra patrono la utilizada de manera más generalizada en Venezuela.

Alonso y Casas (1998), definen al empresario (término utilizado en la tradición española) como: “la persona natural o jurídica parte en el contrato de trabajo que en virtud de éste hace suyos originariamente los frutos del trabajo contractualmente prestado, obligándose a remunerarlos” (p. 163).

El patrono es el acreedor del servicio prestado por un trabajador y quien responderá por los derechos que a éste corresponden. En este sentido, se define al

patrono como la persona natural o jurídica que tenga bajo su dependencia a uno o más trabajadores, en virtud de una relación laboral.

De la referida definición, se desprende que el concepto de patrono está configurado por la existencia de tres elementos, a saber: (i) una persona natural o jurídica, sujeto de los derechos y obligaciones; (ii) que esa persona tenga bajo su dependencia a uno o más trabajadores; y, (iii) que esa dependencia sea en virtud de una relación laboral.

Siguiendo con lo anterior, Palomeque y Álvarez (2004) definen al empresario como “la persona física o jurídica (pública o privada) o agrupación sin personalidad que recibe el trabajo que presta el trabajador asalariado. No hay un concepto autónomo de empresario o empleador, sino resultante, traslativo o reflejo, de una determinada posición jurídica, la de recibir el trabajo asalariado” (p. 499).

En concordancia con la citada opinión, la definición aportada por tradición venezolana fue modificada en la LOTTT (2012) eliminándose como requisito necesario que éste tuviere a su cargo una empresa, explotación o faena; exaltándose la importancia de que éste tenga trabajadores a su cargo.

Según la opinión expresada por J. García (2012) “No es patrono porque sea propietario de la empresa, sino porque tiene trabajadores bajo su dependencia, el concepto de patrono, como propietario de la empresa cambia” (p. 94).

A nivel mundial y especialmente en Venezuela, se ha considerado que la figura del patrono o empresario no tiene carácter personalísimo, su actividad puede ser ejercida por representación y su posición es intercambiable por mecanismos legales. Lo importante en ese caso es que, incluso aquel que se subroga en la persona

del patrono, tiene las obligaciones impuestas por el Derecho del Trabajo en razón de las labores cuyo beneficio probablemente solo recibió por un tiempo.

Una vez habiéndose entendido qué constituye el término patrono, surge la problemática de la atribución de tal condición. Escudero (2010) indica que pueden seguirse dos líneas distintas para determinar quién es el patrono:

1) La clásica basada en la realidad de los hechos, averiguando quién se está apropiando realmente de los frutos del trabajo.

2) La más moderna, que se ciñe más a la situación actual, consistente en comprobar si la empresa que ha contratado al trabajador posee los medios humanos y materiales suficientes para actuar como tal empresa en el mercado y conseguir los fines que se han propuesto con su creación. (p. 513).

Ahondando en el tema de la diferenciación entre la persona del patrono y del trabajador y la determinación de la relación de trabajo nuestra SCS del TSJ ha elaborado un Test de Laboralidad en la sentencia N° 489 de fecha 13 de agosto de 2002, (caso: FEDERACIÓN NACIONAL DE PROFESIONALES DE LA DOCENCIA-COLEGIO DE PROFESORES DE VENEZUELA (FENAPRODO-CPV) (mayúsculas del texto) y expone:

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 (...).”.
- 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. (p. 40).

La empresa.

La definición del término empresa ha sido objeto de diversos debates entre los doctrinarios a nivel mundial, toda vez que, *empresa*, es un término amplio que abarca, no sólo el aspecto comercial y común del vocablo, sino que incluye, además, un matiz diferente al considerar el término a la luz del ámbito jurídico.

Adicionalmente, deberá tomarse en consideración no sólo los caracteres definitorios del término jurídicamente considerado, sino también su acepción general, las definiciones doctrinarias individualizadas según cada rama del derecho y, además, las otorgadas por el legislador en los diversos textos normativos.

La definición del término empresa desde una perspectiva común, sin adentrarnos inicialmente a su acepción en la jerga jurídica, se vislumbra como un reto, toda vez que la palabra, en el lenguaje común, comprende diversos significados.

La Real Academia Española (2014), ha propuesto un listado de significados de la palabra empresa en la vigésima segunda edición de su diccionario en papel y electrónico, específicamente:

1. f. Acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo.
2. f. Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos.
3. f. Lugar en que se realizan estas actividades.
4. f. Intento o designio de hacer algo.

Conforme a lo anterior, podemos dividir en tres, las categorías conceptuales a las que se refiere la palabra empresa: (i) tarea a realizarse; (ii) unidad de organización de actividades; y, (iii) el lugar donde se desarrollan esas actividades.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, Martínez (2005), indica que la idea tradicional de empresa está fundamentada sobre dos bases:

La propiedad de los bienes por parte del empresario, lo que conllevaría reconocerle el poder de dirigirla y el de propiedad de los bienes y servicios que ella produce, y al mismo tiempo sobre la idea del contrato de trabajo que le permite al propietario de los bienes obtener el concurso de la mano de obra necesaria para la producción (p. 479).

Para el propósito del presente trabajo, desecharemos la primera categoría conceptual de empresa, y adoptaremos para su estudio y análisis las categorías conceptuales de empresa como unidad de organización de actividades y lugar de

desarrollo las mismas, toda vez que son las más relacionadas con el alcance jurídico de esta obra.

En el campo de las ciencias sociales, la empresa se manifiesta como un concepto inacabado cuyos límites no aparecen definidos, un concepto inalcanzable que pareciera escudarse en su propia indefinición para evitar ser aprehendido y regulado por el derecho.

Formular un concepto jurídico de empresa en lugar de un concepto económico o común, tiene dificultades, porque el enfoque jurídico es generalmente unilateral, en el sentido de que mira a la empresa desde una perspectiva limitada, dependiendo de la rama del derecho de que se trate. Asimismo, como hemos mencionado anteriormente, la empresa es un fenómeno económico, social y político además de jurídico. En ese sentido, una verdadera definición de empresa debería abarcar todos sus aspectos.

Cabanellas (1998), ofrece una serie de definiciones de empresa en los siguientes términos:

Asociación científica, industrial o de otra índole, creada para realiza obras materiales, negocios o proyectos de importancia, concurriendo de manera común a los gastos que origina y participando también todos sus miembros en las ventajas que reporte. // Unidad de producción o de cambio basada en el capital y que persigue la obtención de beneficio, a través de la explotación de la riqueza, del crédito u de otra actividad económica. // Organización de personal, capital y trabajo, con una finalidad lucrativa; ya sea de carácter privado, en que persigue la obtención de un lucro para los socios o accionistas; o de carácter oficial, en que se propone realizar un servicio público o cumplir con otra finalidad beneficiosa para el interés general (p. 426).

De las definiciones propuestas podemos extraer aquellos elementos que se vislumbran como recurrentes, los cuales pueden ser considerados como caracteres

definitorios del término y que deben necesariamente incluirse en cualquier aproximación para definir la palabra empresa.

Conforme a lo anterior, los caracteres definitorios del vocablo empresa son:

1. Carácter unitario de la agrupación. La empresa representa un conglomerado de cosas (capital, trabajo, personas), que conforman una unidad.
2. Persecución de un fin específico. Dicha unidad persigue un beneficio específico.

Normalmente la voz *empresa* es utilizada por el legislador patrio al lado de las sinónimas *explotación*, *establecimiento* y *faena*, pero en ocasiones emplea también las de *negociación* e *industria*, y más recientemente la de entidad de trabajo.

De acuerdo con Alfonso - Guzmán (2007), los conceptos explotación y establecimiento son de difícil distinción. Si la empresa aparece como un concurso organizado de personas y bienes, es decir, una universalidad con un objetivo predeterminado, el establecimiento suele definirse como el conjunto de bienes usado por su titular, con ayuda del persona empresario, para que pueda alcanzar el objetivo. En otras palabras, el establecimiento es una porción específica del todo que es la empresa, generalmente con un fin técnico inmediato.

Sin embargo, consideramos que el propósito legislativo al abundar en locuciones sinónimas, usadas simultáneamente a lo largo de todo el texto normativo de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT, 1997) y la LOTTT, fue la de aludir a todos los núcleos de la actividad subordinada, y cualquier diferenciación doctrinaria resultaría

estéril debido a la realidad normativa de identidad de los términos de empresa, como unidad y empresa como lugar de acción.

Conforme a los caracteres antes expuestos podemos proponer como definición de empresa la siguiente: La empresa es el conjunto de bienes, capital y personal, los cuales forman una unidad económica, que tiene como objeto la obtención de un beneficio el cual puede ser de interés particular o social.

Tenemos entonces que el concepto de empresa como ha sido definido anteriormente se ha mantenido en el tiempo, si bien su estructura se ha modificado, fragmentado y en algunos casos desaparecido.

Históricamente, “las normas laborales suelen usar el concepto de empresa dando dos significados diferentes” (Escudero, 2010, p. 517). Por un lado, se usa como equivalente a la figura del empresario, como titular de la empresa; lo que consideramos un error. Por otro lado, el término es utilizado como el ámbito de organización donde se desarrolla la prestación de servicio y la producción de bienes.

No obstante lo anterior, es indudable que las realidades de la empresa y el patrono o empresario son distintas y diferenciadas. En este sentido Martín, Rodríguez-Sañudo y García (2009) señalan que “los servicios prestados por el trabajador no son servicios personales al empresario sino servicios directamente integrados en la organización empresarial creada para la producción de bienes y servicios” (p. 222).

Tal afirmación demuestra que la empresa es una realidad aparte de la persona del patrono, la cual subsiste incluso ante el cambio de personería jurídica del patrono, sin necesidad que ésta vea modificada su estructura y forma de organización.

Resulta claro que no existe impedimento alguno en que una misma persona sea titular al tiempo de diversidad de empresas dedicadas incluso a ramas distintas de la actividad económica, siendo que la empresa se refiere a la organización productiva como unidad con entidad separada.

Vista ésta realidad, resulta entonces lógico que esa organización productiva pueda fragmentar el esfuerzo realizado en distintas áreas procurando su diversificación hacia otras empresas que a su vez se tratan de entidades separadas también perfectamente diferenciadas.

En la legislación venezolana, la LOTTT se ha alejado del vocablo *empresa* para utilizar el término *entidad de trabajo*. Lo cierto es que, la empresa y la entidad de trabajo se refieren a términos que refieren realidades distintas.

Por un lado, tenemos a la empresa como “la actividad económica organizada que despliega el sujeto empresario o empleado; es la ordenación de factores reales y personales para lograr una actividad productiva (sea o no lucrativa) y asumiendo los riesgos de la propia actividad (Palomeque y Álvarez, 2004, p. 503).

Esa organización donde se presta el trabajo tendrá un tamaño y un foco de actividad, lo que determinará la complejidad de las funciones que se realicen en su seno y la evolución de los modelos productivos empleados, complejidad que ha llevado a la externalización de funciones que estudiamos en la presente obra.

Por otro lado, existe la entidad de trabajo, llamada en el derecho español el centro de trabajo, que no es más que el espacio dónde se lleva a cabo la labor del trabajador.

Ese espacio físico tiene importancia para nuestro trabajo, porque ha sido determinante para el legislador patrio para establecer la existencia o no de tercerización, pero es clave entender entonces que los términos empresa y entidad o centro de trabajo no son análogos y que tal diferencia conlleva dificultades adicionales para determinar la existencia o no de tercerización.

Desarrollo histórico de la empresa.

Habiéndose obtenido finalmente los caracteres primordiales de la empresa, pasaremos ahora a hacer una- de ninguna manera exhaustiva- línea del tiempo de la evolución histórica de la empresa y sus distintos modelos productivos con el objetivo para, a través del análisis de su nacimiento y evolución, entender los fenómenos actuales de fragmentación y división de la misma.

La historia de los modelos productivos y, consecuentemente, de la empresa puede dividirse en dos etapas bien diferenciadas.

Etapas pre – Revolución Industrial.

Según lo expresado por Cabanellas (2001), la primera etapa pre - Revolución Industrial que resumía en un proceso económico y laboral que comienza con la industria familiar o patriarcal antigua en la cual los hombres producían en pequeños grupos independientes, utilizando métodos artesanales para satisfacer las necesidades de su núcleo familiar o grupo dependiente. Con el paso del tiempo el trabajo artesano es asumido por los esclavos o siervos, a quienes se les imponía las condiciones de vida y trabajo y los elementos a ser elaborados, manteniéndose una labor manual para la producción de bienes para el sustento del mismo grupo familiar o dependiente bien establecido.

Una segunda fase de la etapa anterior a la Revolución industrial, constituye una evolución del oficio realizado por los artesanos, quienes pasan de elaborar manualmente productos para su propio sustento, a elaborar productos para la venta de terceros, comenzando la fase clientelar. Durante ésta fase, el artesano se constituye en un verdadero proveedor de bienes y servicios, empleando sus propias herramientas y materiales para satisfacer necesidades de los clientes.

A esa fase clientelar, le sigue la de contratistas según la cual, un patrono, reúne a un grupo de artesanos para la producción de bienes que éste vende a terceros. Se caracteriza por el hecho que el artesano no es dueño de las materias primas ni de las herramientas, sino que éstas le son provistas por el patrono, quien además vende los productos directamente al cliente. El patrono entonces aseguraba al artesano una remuneración más o menos proporcional al tiempo empleado. Ésta fase es la precursora de la empresa moderna la cual se perfeccionó con el arribo de la Revolución Industrial.

Etapa post – Revolución Industrial.

La Revolución Industrial es el término utilizado para designar el período de la historia económica de Inglaterra desde 1760 hasta 1830, época que se caracterizó por la existencia de profundos cambios para ese país y su economía. Se utiliza el sustantivo revolución, toda vez que se trata de un cambio radical, no evolutivo de la situación anterior, una verdadera transformación, por su parte el adjetivo industrial es utilizado para referirse a la elaboración de productos industrializados.

No obstante lo anterior como bien lo señala Cabanellas (2001) “la Revolución Industrial se define desde el punto y hora en que la mecánica se incorpora a la construcción de nuevas máquinas” (p. 105).

Decimos que se trata de una segunda etapa de los modelos de producción, toda vez que el trabajo y la forma de ejecutarse vio un giro magnánimo, pasándose de valorar y cotizar el esfuerzo físico y vigor del trabajador; a valorarse su capacidad de trabajo, toda vez que la fuerza física, productora y consumidora comenzaría a ser impuesta y producida por la máquina y no por el trabajador.

Según lo expresado por Jiménez (2012) durante los siglos XIX y XX existieron diversos modelos productivos, cada uno de los cuales tenían sus propias características particulares. Entre ellos se encontraban:

1. La Producción Artesana: se trata de un modelo productivo de carácter individual, dirigido a los deseos de cada comprador. La tecnología era altamente especializada y requería conocimientos técnicos avanzados por parte de los trabajadores. La reputación del artesano era de suma importancia, y siendo un producto de alta especialización e individualidad el costo resultaba bastante elevado, independiente de la competitividad existente en el mercado.

Vista la extrema individualidad del proceso, el volumen de producción era muy reducido; representando el artesano la individualidad de la creación particular, reduciéndose totalmente las bondades y características del producto a la persona que lo elaboraba.

2. La Producción en Masa (modelo completado por distintas maneras de producción en masa denominadas *taylorismo*, *fordismo* y *sloanismo*): propio de finales del siglo XIX, tiene como característica la masificación del producto. El modelo productivo pasa de ser sumamente individualizado a ser aquel capaz de producir un modelo elaborado en masa con las mismas características y propiedades independientemente del cliente, con partes y sujetos intercambiables. Para ello, el sistema de fábricas produjo el crecimiento de las empresas las cuales comenzaron a

presentar una mayor complejidad productiva, permitiendo la prestación de servicios por trabajadores menos capacitados e incluso extranjeros.

El *taylorismo*, modelo de organización de la producción que adopta el nombre de su precursor Federico Winslow Taylor, permite obtener mayor productividad en menor tiempo, a través de la coordinación de los movimientos individuales de todos los operarios designados por su capacidad con la finalidad de ejecutar las tareas con mayor rapidez.

Federico Winslow Taylor, se inició como obrero de fábrica donde pudo notar de primera mano que la falta de productividad de la empresa era culpa, en gran medida, de sus compañeros de trabajo, quienes interpretaban cualquier aumento de la producción en una excusa para reducir puestos de trabajo.

Aducido a esto, notó la existencia de un miedo intrínseco a cualquier desarrollo de maquinaria que pudiera suplantarse la labor de los trabajadores y producir despidos, viéndose los obreros, por la fuerza de sus convicciones, prácticamente, obligados a holgazanear, no permitiendo la reducción de la fuerza de trabajo pero sacrificando la productividad de la empresa.

Según Taylor, para lograr un proceso de trabajo óptimo, no es posible dejar el control al trabajador, quien por sus propios miedos tiende a ocultar sus posibilidades óptimas de eficiencia, por lo que debe producirse una división funcional profunda a todos los niveles de trabajo para garantizar la máxima productividad.

En consecuencia, los puestos serán ocupados por quien mejor se especialice, estando el patrono obligado a dotar la capacitación necesaria a cada trabajador y a premiar por objetivos de producción.

Como indica Cabanellas (2001) en el *taylorismo*, “personal experto estudia los movimientos de los trabajadores y su distribución, para para aprovechar al máximo la energía humana, sin agotarla, en cada fase de la producción, a fin de lograr así mejor rendimiento para el empresario y mayor remuneración para el obrero”.

A su vez, el *fordismo* propugnado por Henry Ford, partió del incremento extraordinario de la productividad obtenido gracias a la implementación del método taylorista y propuso la apertura de grandes mercados capaces de recibir y absorber el inmenso incremento de la producción; lográndose la madurez de un nuevo sistema, caracterizado por la elaboración masiva de productos estandarizados con mano de obra en distintos niveles de cualificación y maquinaria específica.

Como indica González (2006), el *fordismo* es un concepto que tiene dos acepciones:

Una referida a la cadena de montaje como parte de la organización del trabajo asociada al taylorismo, también conocida como método de organización del trabajo *taylorista-fordista*; y otra acepción más amplia, referida a la organización social que vincula la producción en masa con el consumo en masa, así como con un modo de regulación social y laboral (p. 37).

Por último, como complemento final, el sistema fabril inventado por Ford utilizando el método de producción desarrollado por Taylor debió ser matizado por la creación de una estructura organizativa de gestión y marketing denominada producción en masa flexible atribuida a Sloan, que tuvo a su cargo separar la planificación de estrategias de la empresa de la planificación de operaciones aunado a un control financiero descentralizado, debiendo cada unidad responder de manera periódica a la central indicando sus volúmenes de ventas y cumplimiento de objetivos de mercado.

Como indica Jiménez (2012):

La transformación del trabajo, del ámbito individual en el taller del artesano a la producción colectiva industrial coordinada en la manufactura de la fábrica, significó cambios profundos en muchas otras dimensiones ...

Se termina imponiendo la disciplina fabril por distintas vías, y el trabajo en su ejecución se hace más abstracto, perdiéndose la relación directa entre los agentes protagonistas de las relaciones productivo-mercantiles (p. 23).

Por primera vez surge la organización científica del trabajo con respecto a la producción debido a la gran utilización de maquinaria para la producción en masa empleando fuerzas distintas a la humana con el objeto de alcanzar mercados cada vez más amplios.

Cabanellas (2001) define la organización científica del trabajo como “el sistema resultante del estudio de las relaciones entre los diferentes factores de la producción, y en especial, entre los hombres y los instrumentos de trabajo, para obtener mayor rendimiento con menor esfuerzo laboral”. En pocas palabras, a través de ella se procura obtener la mayor productividad de los medios materiales con un costo cada vez menor y una mayor disciplina de parte del medio humano.

A su vez, la organización científica del trabajo ha conducido a la división del trabajo, lo cual consiste en una distinción de labores y servicios entre los distintos trabajadores que contribuyen a la misma obra. La división del trabajo atiende a la ley del mínimo esfuerzo, que procura el ahorro de energías y la especialización como productora de calidad técnica, obteniéndose una economización del tiempo y perfeccionamiento de resultados por la separación de las tareas, lo cual permite afirmar que la organización científica del trabajo es la precursora de la descentralización productiva.

La fusión de los modelos de producción en masa del *taylorismo*, *fordismo* y *sloanismo*, dominaron el mundo industrial hasta los años 70, momento en que la economía mundial se vio impactada por la falta de crecimiento de las economías occidentales, la crisis del petróleo y el desempleo.

La situación anterior, produjo una denuncia del sistema taylorista, concebido como extremadamente rígido e ignorante de las capacidades de cada individuo, por un sistema más flexibles orientado a fomentar mayor participación de los trabajadores junto con la producción ligera, a la par del desarrollo de modelos más humanizadores del trabajo asalariado, como el sistema de producción reflexivo que se desarrolló durante la misma época.

3. La Especialización Flexible: producto de la crisis de la producción en masa a partir de los años 70 del siglo XX. Caracterizada por la internalización de la economía, la demanda de productos diferenciados y la asunción de nuevas tecnologías productivas desarrolladas con el objeto de rentabilizar la producción en series pequeñas con modelos variables.

Surgen diversas formas organizativas entre las que se destacan: (a) conglomerados formados por pequeñas empresas similares que forman parte de una misma red; (b) empresas federadas conformadas por empresas industriales, financieras y de servicios; y, (c) redes pequeñas reestructuradas y vinculadas entre sí.

Todas esas nuevas formas organizativas de la producción y de la empresa utilizan distintas formas de flexibilización de la producción e inician los procesos de descentralización y externalización de funciones de los niveles y fases del ciclo productivo.

4. La Producción Ajustada o Liger: Iniciada en los años 90 del siglo pasado y creado en Japón, se caracteriza por la existencia de un grupo de proveedores que atiende a las solicitudes específicas de los clientes produciendo solo los productos ya vendidos, utilizando mano de obra semi cualificada y descentralizando operativamente cadenas de valor a través de la subcontratación con empresas colaboradoras o auxiliares; basándose en la externalización de funciones para disminuir el tamaño de las plantas, disgregar todas las fases del ciclo productivo que no se correspondan con la actividad esencial de la empresa a nivel nacional e internacional y estableciendo al equipo de trabajo como núcleo del proceso productivo y no al individuo.

Sennett (2000) indica que la fragmentación de los centros de trabajo condujo a estados de ausencia de salario extremos, sustituyéndose las relaciones laborales por otras mercantiles o comerciales que no acarrear costos laborales y escapando, efectivamente, de la aplicación del Derecho del Trabajo, precarizando las condiciones laborales y atomizando y prácticamente destruyendo la representación sindical.

Por su parte, De la Garza (2005) indica que tras el *fordismo* surge la etapa de la reestructuración productiva, en la cual surgen tres escuelas de pensamiento: el regulacionismo francés, la especialización flexible (a la que ya nos hemos referido) y el neoschumpeterianismo. Las tres escuelas tienen en común que consideran que llegó el fin de la producción en masa estándar y la existencia de las instituciones reguladoras caracterizadas por la flexibilidad en el trabajo.

Según se ha visto, el modelo clásico de producción cambia en las últimas décadas del siglo XX cuando se produce una profunda reestructuración económica y productiva que trascendió a las estrategias de organización de las empresas.

La Revolución Industrial produjo una optimización de los factores de producción, lo que trajo consigo una disminución en la necesidad de mano de obra, toda vez que, muchas de las funciones que antes requerían labor humana la tracción animal, fueron sustituidas por maquinaria para la fabricación industrial de mercancías a bajo costo y con un tiempo de elaboración considerablemente reducido.

En la época post-Revolución Industrial, el mundo ha avanzado tecnológicamente de manera vertiginosa, los seres humanos demandan cada vez más y mejores productos lo que conduce a que los empresarios busquen cubrir la demanda de la manera más rápida y económica posible.

Habiéndose analizado en los párrafos precedentes la evolución histórica de la empresa, la cual va de la mano con distintos modelos de organización productiva, es posible afirmar que en la actualidad ninguno se aplica de manera exclusiva, toda vez que la realidad productiva dista mucho de las teorías que de ella puedan elaborarse.

En consecuencia, estamos constantemente viendo ajustes de entornos cada vez más dinámicos que atienden a políticas empresariales cambiantes que dependen de las expectativas y demandas del mercado creando estrategias de rentabilidad entre las cuales ha predominado la descentralización o externalización de funciones de la unidad productiva.

Si bien de exposición anterior se deduce que, en las formas de organización de producción tradicionales, las actividades de un ente patronal eran realizadas por quienes lo integran, la nueva realidad ha producido 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 el propio Derecho del Trabajo, implicando un desplazamiento de funciones o actividades que corresponden o podrían corresponder

a un conjunto integrado, e indica la existencia de un proceso en el que 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.

En vista de ésta realidad, el Derecho del Trabajo a nivel mundial ha estudiado y puesto en práctica mecanismos de protección del trabajo subordinado y de la persona del trabajador, situación que ha sido replicada en nuestro país.

El ordenamiento jurídico venezolano ha reconocido estas formas de organización del proceso productivo, permitiendo la descentralización o desconcentración productiva a través de la creación de la figura de los contratistas y a la vez protegiendo a los trabajadores, al establecer consecuencias jurídicas a ciertos tipos de relaciones de contratación como son la declaratoria de inherencia y conexidad que produce solidaridad entre contratante y contratista, y la prohibición de la intermediación, entre otros.

Si bien el ordenamiento jurídico venezolano ha procurado proteger a los trabajadores sin coartar, en principio, las formas libres de organización del negocio de parte de los patronos, en el año 2012 una introducción legislativa produjo cambios y verdadera conmoción por la aparente imposibilidad de desconcentrar ciertas labores del proceso de producción y transformación de las formas de contratación de servicios de una empresa a otra, situaciones que serán estudiadas en detalle en los capítulos siguientes.

Desconcentración, Descentralización o Externalización Empresarial de Funciones

Como se evidencia de los capítulos precedentes, la empresa ha sufrido importantes cambios en su estructura y forma organizativa orientados a la

optimización de la producción para maximizar los ingresos y reducir los gastos. En consecuencia, se ha producido una modificación, en algunos casos radical, de las formas de organizar el trabajo.

Para Hernández (2013), la forma tradicional de establecer una relación laboral; mediante un contrato típico en el cual un trabajador, individualmente caracterizado, se compromete a prestar servicios de manera indefinida y con carácter de exclusividad a favor de un patrono también plenamente identificado, pagador del salario; si bien sigue existiendo en el mundo contemporáneo, no es la única forma y podría decirse que no es siquiera la forma predominante, dado que ha perdido presencia frente a nuevas formas de regulación del trabajo.

Por su parte, Caamaño (2007) indica que en las transformaciones de la estructura empresarial y en el ámbito laboral han intervenido diversos factores, tales como: “el surgimiento de nuevas tecnologías y su aplicación en los procesos productivos, e indudablemente, la globalización de la economía mundial” (p. 7), cambios que han hecho posible modificaciones radicales en el trabajo subordinado dando lugar a la descentralización productiva.

El objetivo principal de estos cambios, era hacer frente a la incertidumbre causada por las intempestivas modificaciones del entorno económico, institucional y tecnológico de las empresas, para lo que era menester procurar más flexibilidad en la producción, gestión y comercialización; además de crear nuevas estrategias de organización y de gestión, toda vez que tanto las grandes empresas como las pequeñas empresas se consideraban, ya por si solas, capaces de desenvolverse y progresar en una novísima situación económica que condicionaba su sistema de producción y la posibilidad de cumplir con sus clientes.

La situación antes descrita ha impuesto una carga importante sobre el Derecho del Trabajo, que ha debido estudiar y regular las nuevas formas organizativas de la empresa para procurar proteger a los trabajadores de la desregularización y procurar la vigencia en el tiempo del trabajo asalariado y subordinado. Adicionalmente, se han creado algunas aproximaciones que han procurado transformar la concepción del Derecho del Trabajo para catalogarlo como un conjunto de normas que regulan el trabajo en general, más allá de las fronteras de la labor subordinada.

Definición de desconcentración, descentralización productiva y externalización empresarial de funciones.

En una economía como la actual, llena de complejidades, se ha producido un aumento de la necesidad de cooperación entre las empresas para la organización de la producción de los bienes y servicios a su cargo.

Como se ha evidenciado de la línea del tiempo establecida sobre la empresa, la situación no fue siempre así. Tradicionalmente, la empresa representaba una única estructura que realizaba todas las fases de su proceso productivo. Correspondía a estructuras plenamente diferenciadas y autosuficientes.

Sin embargo, los cambios tecnológicos y el aumento de las posibilidades de inversión y el crecimiento económico ha producido la fragmentación del proceso productivo, a través de la introducción de pequeños, medianos y hasta grandes empresarios interesados en realizar en óptimas condiciones labores que, anteriormente, eran realizadas directamente en el seno de la empresa principal.

Todo lo anterior provoca que la línea de producción se divida en compartimientos cada vez más detallados y que los mismos sean, en algunas ocasiones, encomendados a otras empresas que los realicen con mayor

especialización, utilizando sus propios recursos y su propio personal y provocando una efectiva desconcentración de actividades de la empresa.

Al Respecto, Pró-Rísquez (2015) afirma que “la fragmentación del ciclo productivo y la búsqueda de una ventaja competitiva para las empresas hizo necesario recurrir a diversas prácticas de subcontratación” (p. 4).

La desconcentración productiva responde a diversas razones que no tienen una razón o fundamento fraudulento sino que puede suponer un retorno a las actividades básicas de la empresa; permite coordinar actividades dispersas e incrementar la flexibilidad en la adaptación de empresa a mercados; la necesidad de presencia internacional y aumentar la capacidad, fomentando las relaciones entre empresas y las alianzas estratégicas. De hecho se afirma que “la tercerización del empleo en las sociedades industriales avanzadas sitúa el factor organizativo como clave, junto al tecnológico, de eficiencias empresarial” (Ortiz, 2003, 219).

La descentralización productiva que va aumento, puede coadyuvar a la incorporación de tecnologías novedosas y a promover la búsqueda de nuevos métodos de producción.

Según Sanguineti (2007), la necesidad de adaptar la gestión empresarial y sus estrategias al nuevo contexto, produjo el requerimiento de adoptar nuevas formas organizativas de la producción, caracterizadas por la segmentación de sus procesos y la colaboración entre organizaciones empresariales que, en principio, son independientes las unas de las otras.

Con lo anterior, se procura desarrollar un modelo de gestión flexible que ofrezca ventajas competitivas a través de la concentración de las actividades nucleares de las empresas y la transferencia al exterior de todas las demás tareas.

Dentro de este ideal de la empresa flexible, tiene un rol fundamental y estratégico la desconcentración productiva, que, de acuerdo con lo expresado por Pérez (1990) “ha sido un instrumento de flexibilización de las estructuras productivas que ha permitido a éstas adaptarse a un mercado turbulento y diversificado” (p. 17).

El nuevo modelo de organización de la producción se caracteriza por los siguientes elementos: (i) fragmentación y externalización de actividades no esenciales; (ii) contratación de empresas especializadas y proveedores externos para la realización de las labores externalizadas; y, (iii) la coordinación de las labores externalizadas por parte de la empresa principal, quien mantiene cierto control del ciclo entero de la producción a pesar de su separación.

Del estudio de los trabajos preparados por los investigadores del tema y de la revisión de los textos legislativos comparados, podemos verificar que no existe consenso respecto a la terminología específica a ser utilizada. Por una parte, algunos autores se refieren a la desconcentración productiva, otros la descentralización productiva, o a la externalización de funciones, a la contrata, o el *outsourcing*.

Lo cierto es que, independientemente del nombre utilizado, los autores se refieren todos al mismo fenómeno de las relaciones triangulares de trabajo.

Específicamente, la triangulación de las relaciones laborales se refiere a la incorporación de un tercero a la relación laboral que se caracterizó durante mucho tiempo por su bilateralidad, derivada de la manifestación de voluntad del trabajador y el patrono, únicos sujetos de la relación.

Así pues, Ugarte (2006) establece que las relaciones triangulares se refieren a aquellas relaciones en la que comparecen en una misma situación jurídica tres partes, dos empresas que se vinculan jurídicamente para la prestación de un servicio, y un trabajador posicionado entre ambas.

El mismo autor afirma que el fenómeno de la trilateralidad laboral se produce cuando la actividad desplazada hacia fuera de la empresa principal es adoptada, en principio, por una empresa distinta y ajena, que asume la ejecución de dicha tarea con el uso de sus propios trabajadores, generando una suerte de triángulo laboral: la empresa que externaliza, la empresa que asume la actividad productiva externalizada y los trabajadores de esta última, que prestan servicios en los hechos para ambas.

Por su parte, Ermida y Colotuzzo (2009) consideran que las relaciones triangulares constituyen las formas que pueden ser utilizadas para externalizar funciones y que poseen tres elementos, a saber, elemento objetivo, subjetivo y negocial.

En la opinión de Saturno (2011) “la triangulación de las relaciones laborales es un tema antiguo en el Derecho del Trabajo” (p. 216). En ese sentido, el aumento del sector de los servicios ha contribuido a incrementar las relaciones triangulares.

Partiendo de lo anterior, para el propósito del presente trabajo utilizaremos indistintamente los términos descentralización o desconcentración productiva y externalización de funciones.

Precisando de una vez respecto a la definición bajo estudio, Sempere (2010), considera que se entiende por externalización, *outsourcing* o descentralización productiva al “negocio jurídico que discurre entre quien encarga (principal o

comitente) y quien realiza (contratista) ciertas tareas (por sí mismo o mediante nueva externalización)” (p. 557).

En la misma línea, Caamaño (2007) define la descentralización productiva como:

La forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar, por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo (p. 8).

Debe considerarse que la descentralización productiva no sólo comprende la externalización de las fases productivas, sino que también presenta una manifestación interna o desconcentración productiva, que supone que, al interior de las empresas, las unidades económicas y administrativas que la componen actúen con autonomía y asuman con capacidad la gestión de la fase productiva que le corresponda.

Lo cierto es que, ambas manifestaciones de la descentralización productiva persiguen la eficiencia y flexibilidad en el funcionamiento de la empresa, pero sus objetivos inmediatos y los mecanismos con los cuales operan son distintos. La desconcentración productiva tiene como objetivo romper el centralismo al interior de la empresa, generando unidades productivas dotadas de autonomía y flexibilidad, lo que se logra especialmente a través de una estructura horizontal de la empresa, lo que supone, entre otros aspectos: la disminución de los escalones jerárquicos; la generación de vías informales y no burocráticas de información y de comunicación interna entre las unidades productivas; el reparto en la toma de decisiones y; sobre todo, el paso de una estructura basada en funciones por una basada en productos.

Por su parte, la externalización conlleva el desplazamiento fuera de la empresa, de ciertas tareas o fases del proceso productivo. Se sustituye, de esa forma, la visión paramétrica de la empresa, esto es la labor, en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo.

Es evidente entonces que la propia empresa no es la única variable para la producción del bien final, toda vez que, por una visión estratégica, la producción del bien final es el resultado de la acción simultánea y coordinada de diversas empresas.

Para Racciatti (2008), la descentralización implica un desplazamiento de funciones que corresponden o podrían corresponder a un producto integrado, pasando a existir entidades real o aparentemente independientes, una que encarga el servicio y la otra que asume el encargo.

En la opinión de Medina (2012) a través de la descentralización productiva, se fragmenta el ciclo productivo, de tal manera que las empresas se centran en lo que consideran sus competencias nucleares, exteriorizando aquellas actividades básicas de la empresa que no le son esenciales.

Precisamente, la externalización de funciones se refiere a *sacar* ciertas actividades del proceso productivo de una empresa, siendo encomendada su realización a un tercero.

Para Hernández, O y Hernández, M (2011), la externalización de funciones, es una sinónimo de desconcentración productiva, siendo ambas, formas utilizadas por la empresa para sacar ciertas labores del proceso productivo.

De acuerdo con el análisis propuesto por Cassani, Rodríguez, Soria y Ángeles como se cita en Ganga y Toro (2008) se señala que el *outsourcing* o externalización de funciones puede entenderse como el proceso por el cual una tarea o actividad, que tradicionalmente se desarrollaba dentro de la empresa, pasa a ser externalizada encargando a un tercero el desarrollo de ésta como cualquier externalización de actividades de la empresa, ya fuesen éstas desarrolladas o no previamente por ésta.

Como indica Pró-Rísquez (2012) la descentralización productiva surge entonces como una dimensión de la flexibilidad externa, que opera encomendando las tareas más intensas de mano de obra a pequeñas empresas jurídicamente independientes. Se fragmenta el ciclo productivo en lo que han venido denominándose competencias nucleares (*core competencies*), de tal forma que las empresas se centran en lo que consideran sus competencias nucleares, externalizando (exteriorizando) aquellas actividades de la empresa que se consideran básicas de esta pero no esenciales.

El concepto de descentralización productiva se define por tanto, por dos notas básicas: (i) una división del trabajo entre empresas; y, (ii) exteriorización de funciones que la propia empresa podría realizar pero que decide desarrollarlas a través de otras empresas o mediante trabajadores autónomos.

El fenómeno de descentralización productiva debe verificarse como una técnica de gestión específica y como un instrumento de flexibilidad que permite manejar el volumen de empleo necesario según las variaciones de la producción.

Este fenómeno ha producido un proceso de descentralización tanto en el ciclo productivo como en las funciones que venían siendo realizadas en el interior de las empresas, tales como comercialización, gestión de la contabilidad, publicidad, marketing, proyección, investigación, mantenimiento, asistencia técnica y otros.

Condensando las definiciones propuestas por los distintos autores estudiados, puede llegarse a la conclusión que la desconcentración productiva o externalización de funciones, se define como el proceso por el cual una empresa que puede entenderse como la principal o beneficiaria del servicio, encomienda ciertas funciones de su proceso productivo a otra empresa, quien las asume a través de la utilización de sus propios medios y personal, a cambio del pago de los servicios prestados.

Esa externalización de funciones puede asumir distintas formas dependiendo de la modalidad empleada las cuales tendrán sus caracteres y particularidades propias y que serán descritas en los apartes siguientes.

Métodos de externalización de funciones.

Como hemos indicado anteriormente, la triangulación de las relaciones laborales se produce cuando se externalizan funciones fuera de la unidad de producción con fines diversos.

Para lograr los objetivos a los que nos hemos referido anteriormente, entre los que se encuentra: aumentar la producción, optimizar los procesos, reducir los costos, maximizar la productividad, etc. las empresas han optado por diversas formas de externalización o desconcentración productiva.

Cada una de ellas presenta caracteres particulares, vinculaciones jurídicas distintas y responsabilidad especial frente a los trabajadores, los procesos de externalización de funciones investigados en el presente estudio son:

Subcontratación y contratistas.

La utilización de la palabra subcontratación trae consigo un problema terminológico, pues la misma suele utilizarse con diversos propósitos que pueden diferir entre los países y los variados sistemas jurídicos.

Efectivamente, como indica Hernández (2013) en los sistemas anglosajones la expresión subcontratación se refiere a una forma comercial que en el fondo es análoga a una situación de empleo. Por su parte, en los sistemas de origen romano alude a la posibilidad de encargar a otra persona mediante un contrato que realice algunas o todas las tareas de la obra contratada.

La palabra subcontratación tiene como base la palabra contrato, lo que se refiere a la existencia de una relación contractual. El contrato, por su parte y antecediendo a la derivación, es un acto jurídico que contiene la declaración de voluntad de las partes que transmite derechos y obligaciones a quienes lo suscriben.

La subcontratación entonces, es un negocio jurídico mediante el cual la empresa contratista se compromete a llevar a cabo una obra o servicio determinado y el empresario contratante, beneficiario del servicio, adquiere la recíproca obligación de pagar un precio cierto.

La subcontratación es una forma de producción de bienes y servicios muy antigua, sin embargo, las formas sociales al cambiar el contexto y sus articulaciones cambian con esto los significados, es decir, el objeto – en este caso la subcontratación- no solo se define por ciertas características formales como sería la generación de bienes y servicios en una unidad económica por encargo de otra, o bien el proporcionar trabajadores una unidad a otra, sino también por sus articulaciones con el entorno, formando una totalidad concreta, en esta perspectiva el entorno no es lo externo simplemente sino lo externo internalizado en el objeto que puede cambiar su significado (De la Garza, 211, p. 229).

Lo determinante de la figura de la subcontratación, es que el contratista actúa en su propio nombre y bajo su propio riesgo, realizando las labores ejecutadas con sus propios recursos económicos, técnicos y humanos (Alfonzo, 1999).

Continúa el autor explicando que la figura del contratista en Venezuela se desarrolló inicialmente en la industria petrolera, en la cual los patronos comenzaron sistemáticamente a evadir responsabilidades para con los trabajadores de las empresas contratadas. En respuesta a esta problemática, el legislador se vio forzado a establecer la responsabilidad solidaria de la empresa beneficiaria del servicio, en lo que concierne a las obligaciones impuestas por la legislación laboral.

Para Alfonso - Guzmán (1999), el contratista es aquella empresa que actúa en su nombre y bajo su riesgo al encargarse de ejecutar trabajos con sus propios recursos, para otras personas.

Según Cabanellas (1998) contratista es “el que toma a su cargo, por contrato la ejecución de alguna cosa” (p.133).

En opinión de Bontes (2011), los contratistas son las personas jurídicas que prestan servicios a otras empresas o personas, utilizando sus medios y trabajadores y asumiendo el riesgo de su actividad.

Por su parte, la LOTTT (2012) define a los contratistas en su artículo 49 en los siguientes términos:

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.

Habiendo asentado la LOTTT que los contratistas son sujetos que prestan servicios a favor de otra empresa utilizando sus propios recursos y personal, la misma estableció un sistema de responsabilidad bien delimitado para casos especiales de situaciones de contratación, con el objetivo de proteger a los trabajadores y garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales.

En ese sentido, el legislador nacional dio carácter normativo a los vocablos inherente y conexo empleados por la jurisprudencia, con el ánimo de circunscribir la responsabilidad de la empresa beneficiaria del servicio a los casos específicos deseados por el legislador.

En efecto, el artículo 50 de la LOTTT (2012) determina las características de la existencia de actividades inherentes y conexas entre las contratistas y las empresas beneficiarias de una obra o servicio y las consecuencias jurídicas que ello implica, en los siguientes términos:

A los efectos de establecer la responsabilidad solidaria del ejecutor o ejecutora de la obra o beneficiario del servicio, se entiende por inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante; y por conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.

El artículo continúa estableciendo 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 empresa en su volumen que constituya su mayor fuente de lucro” (LOTTT, 2012).

Por su parte, el artículo 23 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT, 2006), el cual se encuentra aún vigente respecto de aquellas disposiciones que no hayan sido derogadas por normas posteriores, complementa lo que debe entenderse por actividades inherentes y conexas, estableciendo lo siguiente:

Se entenderá que las obras o servicios ejecutados por el o la contratista son inherentes o gozan de la misma naturaleza de la actividad propia del contratante, cuando constituyan de manera permanente una fase indispensable del proceso productivo desarrollado por éste, de 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.”

Alfonzo (1999) indica que *inherente*, es lo que está unido por su naturaleza a otra cosa. Establece el autor que:

La solidaridad existirá, pues, siempre que la obra o el servicio concertado sean de idéntica naturaleza o inseparables de los que desarrolla el contratante, o de tal moda unidos entre sí que no puede concebirse el resultado perseguido por el contratante, sin el auxilio de la actividad del contratista (p. 101).

Para descubrir el exacto sentido 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 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 en sentencia N° 2022 de fecha 12 de diciembre de 2006 (caso: Pedro Requena y otros vs. Transporte Benito Casaña y otros) la SCS del TSJ analiza el objeto de los documentos constitutivos de las co-demandadas, en los siguientes términos:

Respecto a la solidaridad entre las codemandadas SISPRECA y PREFABRICADOS MARCOTULLI, C.A. con las codemandadas TRANSPORTE BENITO CASAÑA y TRANSPORTE MONVIG 99, C.A., de conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Trabajo, el dueño o beneficiario de un servicio es solidariamente responsable con la contratista que le preste el servicio en su beneficio si el servicio es inherente o conexo con las actividades que realiza habitualmente, presumiéndose la inherencia o la conexidad entre la actividad de las empresas mineras y de hidrocarburos con las obras realizadas por la contratista.

De conformidad con los documentos constitutivos, las facturas consignadas y las declaraciones en la audiencia de juicio, las codemandadas SISPRECA 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 DEMANDANTES en el libelo.

En efecto, la actividad conexas está ligada, unida y vinculada tan estrechamente con la actividad 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.

A este respecto, en sentencia N° 720 de fecha 12 de abril de 2007 (caso: Misael Ramón Finol vs. BP Venezuela Holding Limited) la SCS del TSJ estableció que:

Planteados así los hechos, los límites de la controversia están circunscritos en determinar la existencia de la inherencia o conexidad de las actividades desplegadas por las partes a los fines de establecer la responsabilidad solidaria y por tanto la legitimación de la accionada para sostener el juicio.

En ese sentido, de conformidad con las reglas de la carga probatoria corresponde a la parte DEMANDANTE a la demostración de la existencia de la vinculación inherente o conexas entre su labor como ayudante de cocinero y la actividad petrolera ejecutada por la sociedad mercantil BP Venezuela Holding Limited para el establecimiento de la responsabilidad solidaria.

Así, a los fines de corroborar los hechos alegados como fundamento de la pretensión, debía el DEMANDANTE inicialmente conformar un litis consorcio necesario, según como quedó resuelto en la denuncia que dio lugar al recurso de casación, haciendo el llamado a la causa de los sujetos que conforman la relación sustancial existente y principalmente al obligado directo o principal, carácter éste que recae en la empresa Inversiones Procodeca, la cual fue discrecionalmente excluida por el reclamante en el ejercicio de la acción.

De lo dicho y de la revisión efectuada a las actas del expediente, constata la Sala que el trabajador demandante incumplió con las cargas legales impuestas, toda vez que, no logró demostrar con ninguno de los elementos probatorios evacuados, entre ellos, la prueba testimonial, recibos de pago y adelanto de prestaciones sociales efectuados por su patrono, la inherencia o conexidad y, por ende la solidaridad derivada de la relación de contratación ni cumplió con la obligación de, conformado un litis consorcio pasivo necesario, hacer el llamado a la causa de los interesados, en consecuencia, se declara sin lugar la demanda. Así se decide.

En relación con la actividad conexas, la SCS del TSJ en sentencia N° 201 de fecha 13 de febrero de 2007 (caso: Hernando Felipe Méndez vs. BP Venezuela Holdings Limited) estableció que:

...la actividad conexas es la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella, es decir, que está ligada, unida, vinculada tan estrechamente con la desarrollada por la contratante que sin su concurso no podría desarrollar la actividad, por lo que la actividad conexas del contratista o subcontratista se presenta como necesaria, 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.

Igualmente, en sentencia N° 874 del 25 de mayo de 2006 (caso: Rafael Bracho y otros vs. Concretos Industriales, C.A y otra.) la SCS del TSJ 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.

Según se ha citado, la inherencia y conexidad se presentan como cualidades inseparables de la actividad habitual 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 al 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.

Igualmente, la SCS del TSJ en sentencia N° 864 de fecha 18 de mayo de 2006 (caso: José Antonio Villegas vs. C.A. Cervecería Nacional), estableció lo siguiente respecto a los artículos antes señalados:

...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 lo anterior se colige que para que exista conexidad entre los servicios sería necesario cumplir con los tres requisitos constitutivos de la conexidad los cuales pueden subsumirse de la siguiente manera: (i) relación íntima entre la obra ejecutada o el servicio prestado por el contratista y la actividad que constituye el objeto jurídico del beneficiario; (ii) relación de causalidad, que la actividad del contratista se produzca como consecuencia de la actividad productiva desplegada por el

beneficiario; y, (iii) permanencia o coexistencia, esto es, que la obra ejecutada o el servicio prestado por el contratista se desarrolle juntamente con la actividad productiva del beneficiario.

Respecto a las consecuencias de la existencia de inherencia o conexidad, Iranzo y Richter (2012) indican que:

La responsabilidad solidaria, concede en cambio una protección mayor al trabajador por varias razones: primero, porque el trabajador puede actuar directamente contra el beneficiario de la obra o servicio, lo que hace que este sea más cuidadoso a la hora de seleccionar sus contratistas y que les exijan a estos una serie de garantía laborales; segundo, la posibilidad de insolvencia en los contratantes en menor, lo que redundaría en una mayor seguridad en el cobro de las acreencias por parte de los trabajadores; tercero, los contratistas se cuidan de cumplir con sus obligaciones laborales, pues demandas directas contra la contratante significaría la finalización de la relación comercial con esta y probablemente tendrían que indemnizarla (p. 45).

Una vez establecida la existencia de inherencia o conexidad, la legislación laboral se limita a declarar la solidaridad de la empresa beneficiaria del servicio pero no llega al punto de ordenar la isonomía de condiciones laborales que aseguraría que las remuneraciones y los beneficios laborales de los trabajadores de la contratista fueran iguales a las remuneraciones y beneficios otorgados a los trabajadores de la empresa principal.

No obstante lo anterior, algunas sentencias han ordena la procedencia de la igualdad de condiciones laborales tras la determinación de la existencia de inherencia o conexidad en la prestación del servicio.

Como ejemplo de lo anterior podemos citar la sentencia N° 1940 de fecha 2 de octubre de 2007 (caso Ender Leonardo Perea Ferrer contra FEDECAR y otro) que indicó:

En principio, el contratista es responsable frente a los trabajadores por él contratados, pudiendo el beneficiario de la obra, responder solidariamente de las obligaciones contraídas por éste ante los trabajadores que el contratista haya contratado, cuando la obra ejecutada sea inherente o conexas con la actividad desarrollada por el dueño de la obra o beneficiario del servicio.

Para ello, el artículo 56 eiusdem, y el artículo 22 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, establecen los criterios que deben tomarse en cuenta para determinar cuando la actividad del contratista es inherente o conexas con la del contratante, siendo inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante y conexas, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.

De manera que, cuando la obra o servicio sea inherente o conexas, entonces sí opera la responsabilidad de carácter solidario entre el contratante y el contratista, y como consecuencia de esa solidaridad, los trabajadores de la contratista deben disfrutar de los mismos beneficios y condiciones de trabajo establecidas para los trabajadores de la contratante.

Intermediación.

El empleo de intermediarios no es una práctica novedosa, toda vez que la misma se ha usado frecuentemente en determinadas industrias.

Es el caso de los trabajos rurales, donde por la naturaleza de labor se requería mano de obra temporal, era usual encargar a una persona que consiguiera al personal requerido. Ese reclutador, generalmente, se limitaba a buscar al personal requerido por el dueño del fundo, dotarles de alimentos y pagar el salario. Su función no abarcaba responsabilidad alguna de supervisión o desempeño de los trabajadores

temporeros sino tener a su disposición un número indeterminado de posibles trabajadores para llevar a cabo el trabajo requerido.

Para Alfonso - Guzmán (1999), el intermediario es aquel que actúa en nombre ajeno al encargarse de ejecutar trabajos para otras personas.

En opinión de Bontes (2011), la intermediación “se ha concebido como la prestación de servicios por cuenta propia con la utilización de uno o varios trabajadores en beneficio de un tercero” (p. 300).

Jaime (2003) resume las características del intermediario en los siguientes términos:

1. Es una persona que actúa en nombre propio y en beneficio de otras. Si bien el resultado de la labor que va a realizar a provecha a otro, no obstante, es el intermediario quien aparece ante los trabajadores como patrono y por tanto, como el responsable de las obligaciones laborales. Muchas veces los trabajadores ni se enteran de la identidad de aquél que en definitiva va a obtener el provecho de la labor que ellos realizan.
2. El intermediario actúa mediante autorización expresa o tácita del beneficiario de la obra.
3. El intermediario no tiene la gestión de la obra, si asume los riesgos propios de un empresario contratista (p. 43).

Compilando las definiciones propuestas por los autores citados, podemos afirmar que la intermediación es la prestación de servicios por cuenta propia utilizando trabajadores a beneficio de un tercero conservando ambas la responsabilidad solidaria en cuanto a los pasivos laborales y teniendo la obligación de otorgar los mismos beneficios laborales a los trabajadores captados por el intermediario.

En el ordenamiento jurídico venezolano, el artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT 1997) derogada, establecía la definición de intermediario y sus efectos. El contenido de la referida norma era del siguiente tenor:

A los efectos de esta Ley se entiende por intermediario la persona que en nombre propio y en beneficio de otra utilice los servicios de uno o más trabajadores.

El intermediario será responsable de las obligaciones que a favor de esos trabajadores se derivan de la Ley y de los contratos; y el beneficiario responderá además, solidariamente con el intermediario, cuando le hubiere autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada. Los trabajadores contratados por intermediarios disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario.

Es importante destacar que una de las características más importantes del intermediario, consiste en que éste no utiliza sus propios elementos en la actividad realizada, sino que se aprovecha de los elementos pertenecientes al beneficiario de la obra o servicio.

Aunque la LOTT elimina la definición de intermediario, la figura sigue estando presente como una figura prohibida en el artículo 48, numeral 2 de la LOTT (2012) al que nos referiremos con detenimiento más adelante.

Cooperativas.

Las Cooperativas son asociaciones en las que personas se unen mediante un proceso y acuerdo voluntario, para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes, para generar bienestar integral, colectivo y personal, por medio de procesos y empresas de propiedad colectiva, gestionadas y

controladas democráticamente, artículo 43 de la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas (2001), en adelante LEAC.

Es importante destacar que las cooperativas no solo tienen rango legal, sino que también se les ha otorgado carácter constitucional al establecer en los artículos 70, 118 y 308 que las son medios de participación y protagonismo del pueblo por lo que gozarán de protección de parte del Estado quien además promoverá su constitución pudiendo desarrollar cualquier actividad económica de conformidad con la ley (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, en adelante CRBV).

Los miembros o asociados de una cooperativa no deben ser considerados como trabajadores de la misma, sino asociados. De acuerdo con lo previsto en el artículo 34 de la LEAC (2001), la prestación del servicio personal por parte de los asociados de una cooperativa no está considerada como una relación de trabajo sujeta a la legislación laboral, pues dicha prestación tiene su origen precisamente en un acuerdo libre e igualitario –tal y como lo enuncia el artículo 6 de la mencionada ley. En efecto, la utilización de la figura de trabajador en los sistemas cooperativistas es excepcional. En efecto, el artículo 36 de la LEAC dispone la contratación excepcional de trabajadores por parte de las Cooperativas en los siguientes términos:

Las cooperativas podrán, excepcionalmente, contratar los servicios de no asociados, para trabajos temporales que no puedan ser realizados por los asociados. Esta relación se regirá por las disposiciones de la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y terminará cuando estos trabajadores se asocien a la cooperativa.

Las personas naturales que trabajen hasta por seis meses para la cooperativa en labores propias de la actividad habitual de ésta, tendrán derecho a exigir su ingreso como asociados, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el estatuto, y cesarán en su relación laboral.

Lo indicado anteriormente implica que el propósito del legislador es que los asociados de la cooperativa sean dueños de la unidad productiva y responsables de los riesgos de la operación.

En ese sentido, se ha pronunciado la SCS del TSJ en sentencia N° 552 de la SCS del TSJ de fecha 30 de marzo de 2006 (caso: Luis Molero vs. Asociación Cooperativa de Gandolas de Volteo) en los siguientes términos:

Con vista en las exposiciones de ambas partes expuestas en la audiencia oral ante esta Sala, la Sala llega a la convicción que la Asociación Cooperativa de Carga Zuliana de Gandolas de Volteo “Coozugavol”, es una asociación integrada por un grupo de socios dueños de la unidad de trabajo o vehículos de carga pesada, quienes por sí mismos o a través de un tercero trasladan mercancía, y a su vez son responsables por los riesgos y daños que las gandolas puedan acarrear. Tiene como objeto organizarse con la finalidad de prestar un servicio de forma ordenada a quien lo solicite, a través de contratos y con las gandolas propiedad de cada socio.

Tercerización.

La evolución de los métodos de trabajo, así como la realidad empresarial han permitido que ciertas funciones no intrínsecas al proceso productivo de las empresas sean externalizadas, y por lo tanto se ejecuten fuera de la unidad productiva por empresas independientes que utilizan sus propios medios y personal para ejecutarlas.

De igual forma, el excesivo proteccionismo provisto para la relación laboral ha causado que ciertos tipos de prestaciones de servicio, por voluntad del patrono, se hayan permeado hacia áreas distintas del derecho por los costos incrementados que provoca el manejo de trabajadores subordinados.

Lo indicado anteriormente, ha producido, cada vez en mayor grado, la vinculación empresarial, la cual existe “entre dos o más personas jurídicas, que puede dar lugar a un comportamiento concertado, o a un comportamiento subordinado, en los casos en los que una de las empresas ejerce influencia en las decisiones operativas o financieras de las otras” (Vera, 2013, p. 408).

En un informe preparado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2003) se ha estudió la externalización en sus distintas expresiones, utilizando la expresión *relaciones triangulares* que se refiere no solo al empleo de un tercero, sino a la externalización de funciones que, si bien antes eran realizadas por trabajadores propias de la empresa, ahora pasan a ser ejecutadas por un tercero, externo a la empresa.

De igual forma, en el informe de la OIT (2003) se afirma que este tipo de relaciones siempre ha existido. Sin embargo, lo que sorprenden actualmente es y su extensión y continúa expresando “esas situaciones pueden ser beneficiosas para todos los interesados, pero en ciertas circunstancias también pueden ser fuentes de desprotección de los trabajadores” (p. 44).

Siguiendo la opinión de la OIT (2003), si bien es cierto que este tipo de relaciones puede procurar ciertas ventajas a los trabajadores, proliferando las fuentes de empleo, no es menos cierto que también pueden ser empleadas de mala fe para precarizar las relaciones de trabajo, lo que ha producido una reacción adversa hacia la tercerización.

Chacón y Laffé (2004) indican que el concepto de tercerización comienza a ganar credibilidad en la década de los 70, enfocado sobretudo en el área de la tecnología, creándose el término en el año 1980 para describir la tendencia creciente de las grandes compañías de transferir sus sistemas de información a proveedores,

alcanzándose una cifra de negocio a escala mundial de cien mil millones de dólares, cifra que solo se ha exponenciado con los años.

En los términos de Hernández (2013), la tercerización hace referencia a procedimientos y situaciones mediante las cuales un puesto de trabajo, usualmente ocupado por un trabajador, pasa a ser desempeñado por un tercero que no es parte del contrato de trabajo suscrito entre el trabajador y el empleador.

Según Ermida y Colotuzzo (2009), la tercerización se produce cuando la empresa contrata con terceros, confiándole el cumplimiento de actividades de desarrollo o periféricas o simplemente descentralizadas en relación a la organización originaria.

Saturno (2011), introduce en su obra una especie de historia sucinta de la globalización, estableciendo que la relación de trabajo en el mundo se ha tercerizado y que con la utilización de este término, el Derecho Laboral, procura explicar el aumento de casos y situaciones en las cuales un tercer sujeto interviene en la relación tradicional y lineal que existía entre el trabajador y el empleador, por lo cual, se han creado relaciones triangulares en las que pueden intervenir sujetos a través de muy diversas formas de contratación jurídica.

Por su parte, Bontes (2011) define la tercerización en los siguientes términos:

Tercerizar se puede entender como la contratación de terceros para ejecutar labores o parte de ellas que se puedan requerir, y que inicialmente también pudieran hacerse a través de los propios trabajadores del mismo empleador, pero que no siendo esenciales para el proceso productivo o no estando intrínsecamente relacionadas con el mismo, por múltiples razones, pueden ser ejecutadas por otro (p. 299).

Por otro lado, los autores Ermida y Colotuzzo (2009) han identificado los siguientes como los elementos integradores del concepto de tercerización en su acepción generalizada:

1. Elemento Objetivo: este elemento responde a la pregunta: ¿qué actividades pueden ser objeto de descentralización?

Se refiere a las actividades susceptibles de someterse a externalización o descentralización productiva. Existen distintos enfoques para responder a tal pregunta. En abstracto, la misma se responde de manera sencilla al indicar qué actividad puede ser objeto de tercerización.

Un enfoque afirma que las actividades objeto de tercerización son aquellas que no son esenciales al proceso productivo, es decir, aquellas actividades de apoyo o medio, que no son sustantivas al proceso efectivamente desarrollado.

Tal delimitación respecto de la actividad es de suma importancia, porque es justamente lo que aleja conceptualmente la tercerización de otras formas simulatorias o fraudulentas de externalización de funciones.

Para hacer tal afirmación, es necesario regresar a las definiciones de patrono y trabajador que hemos propuesto inicialmente. En ese sentido, el patrono es aquel que tiene trabajadores a su cargo; a su vez, el trabajador es el sujeto que realiza la labor a favor del patrono, pero debemos llevar tales afirmaciones al siguiente paso respondiendo, cuáles son las labores que realiza el trabajador a favor de su patrono.

Si se asume que cada patrono tiene una empresa, entendiéndose ésta en el sentido amplio de ciclo productivo de creación de bienes y servicios, las prestaciones laborales comprendidas en el contrato de trabajo, son aquellas realizadas dentro del

ciclo productivo ordinario. Por lo que en principio, las actividades tercerizadas que son de tipo secundario, no deberían formar parte de una relación de trabajo con el patrono de la explotación principal, toda vez que esas actividades no forman parte de su ciclo productivo.

Visto el proceso productivo como la secuencia de actividades requeridas para elaborar un producto, las actividades cuya ejecución no inciden directamente en la producción son aquellas que pueden considerarse periféricas o de servicios; entre las que se encuentran, en principio: los servicios de limpieza, servicios médicos, servicios de mantenimiento, servicios de alimentación, servicios de vigilancia, actividades de transporte; además de la actividad accesorio permanente dentro de la que se contemplan la comercialización, asistencia técnica, gestión de contabilidad, servicios de marketing, publicidad, servicios legales y servicios de proyección.

Otro enfoque, consiste en aplicar el criterio de la razonabilidad que analiza lo que en cada caso concreto puede ser tercerizado a una empresa en especial. Con esta aproximación, se mantiene que no solo las actividades periféricas pueden ser tercerizadas, sino también algunas fases del proceso productivo, siempre que se mantengan las actividades características esenciales de la empresa.

2. Elemento Subjetivo: o también llamado determinación del tercero.

La tercerización consiste en la contratación con terceros para la ejecución del cumplimiento de actividades externalizadas respecto a la organización originaria.

Una vez contratada la ejecución de la actividad, pasan para ser sujetos de un contrato y mantienen, en principio, su carácter de terceros respecto a las relaciones laborales de la empresa beneficiaria.

Como hemos indicado anteriormente, la OIT (2005) se refiere a las relaciones triangulares de trabajo, en las cuales el binomio por excelencia de la relación de trabajo se ve aristado por un tercero que de manera más o menos determinante interviene, modificando el sistema de responsabilidades para ambas partes.

Dado lo que antecede, en puridad existen las distintas opciones de tercero que pueden surgir en los sectores público y privado:

- i. Contratación no laboral con un tercero que es una persona que no tiene vinculación con la beneficiaria del servicio.
 - ii. Contratación con ex integrantes de la empresa, bien sea con ex trabajadores en calidad de profesionales autónomos (especial atención se hará a este caso respecto a la situación venezolana), y la contratación con una empresa.
 - iii. Contratación con un integrante de la empresa beneficiaria.
3. Elemento Negocial: se refiere al instrumento jurídico del proceso de tercerización o cuáles son las relaciones jurídicas posibles que se establecen entre los sujetos.

La tercerización es una realidad tanto económica como social, que desde el punto de vista jurídico, puede llevarse a cabo a través de distintas figuras. En ese sentido, el vínculo jurídico puede crearse a través de la firma de un contrato jurídico o través del establecimiento de relaciones jurídicas sin firma de contrato.

En el ordenamiento jurídico venezolano, la LOTTT (2012) en su artículo 47 define la tercerización en los siguientes términos:

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

A primeras luces la antedicha definición parece extremadamente rígida y reduccionista, sobretudo comparada con las definiciones de tercerización trabajadas por la doctrina.

Lo cierto es que, en puridad, desde un punto de vista específicamente conceptual la tercerización no es más que una externalización de funciones, la encomienda a un tercero de funciones que antes eran realizadas en el seno de la unidad productiva. Ahora bien, si conceptualmente eso es la tercerización, por qué el legislador patrio decidió asimilarla con el fraude y la simulación (dos figuras que en sí mismas son independientes según veremos más adelante), para buscar un sentido a ello, debemos analizar los orígenes de la definición patria.

Por un lado la CRBV (1999) en su artículo 89 propugna la intangibilidad y progresividad de los derechos de los trabajadores y la prevalencia de la realidad sobre las formas o apariencias.

Por su parte, en la exposición de motivos de la LOTTT (2012) se indica:

Se prohíbe expresamente la tercerización, y en general toda simulación o fraude cometido por patrono o patronas, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral, y en general se establece la primacía de la realidad en la relación laboral.

Del artículo 89 de la CRBV y la exposición de motivos de la LOTTT se entiende que se consagra de manera constitucional el principio de la primacía de la realidad sobre las formas y apariencias y la LOTTT al determinar que la tercerización es igual a simulación o fraude, es decir, un escape de la realidad de la relación de trabajo, tiene prohibición constitucional datada con mucha anterioridad a la propia LOTTT.

Plá (1998) indica que el principio de la primacía de la realidad significa “que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (p. 313).

Caldera expresa (como se cita en Plá, 1998) que es “el hecho real que aparezca de las relaciones verdaderamente existentes, el que hay que buscar debajo de la apariencia, muchas veces simulada, de contratos de derecho común, civil o comercial” (p. 323).

Por su parte J. García (2012) indica que la primacía de la realidad “va en contra de todas las formas encubiertas, fraudulentas, disfrazadas, acuerdos contractuales para simular, prácticas simuladoras o fraudulentas para reducir costos laborales, etc cuando el patrono, en su beneficio, busca abstraerse de la aplicación de la normativa laboral” (p. 114).

El mismo autor termina indicando que lo importante “es determinar a través de qué mecanismo se realiza la actividad del tercerista, para precisar si estamos frente al fraude o simulación” (p. 114).

La tercerización como ha sido definida por el legislador venezolano, no se enfoca exclusivamente, en el elemento objetivo de la tercerización, que como se ha

indicado, se refiere a las actividades que pueden ser objeto de tercerización, sino que se centra en el instrumento mediante el cual se externalizan las funciones, y la intención con la cual se realiza tal actividad.

Resulta entonces claro que, de una interpretación literal del artículo 47 de la LOTTT, se puede evidenciar que sólo estaremos ante una situación de tercerización cuando exista simulación o fraude de parte del patrono con el propósito de evitar la aplicación de la legislación laboral en una relación en la cual, dicha aplicación se haría automática y necesaria por mandato legal.

La ley sustantiva laboral asimila la noción de tercerización a los conceptos de fraude y simulación, por lo que puede argumentarse que, si la externalización de labores del seno de la unidad productiva se produce por razones técnicas de optimización de los procesos y no con la finalidad de perjudicar a los trabajadores pretendiendo desconocer la relación de trabajo existente, no se estará en presencia de tercerización.

Es importante reiterar, que lo que prohíbe la LOTTT (2012) es contratar a terceros para simular o cometer fraude con el fin de evitar la aplicación de la legislación laboral, por lo que somos de la tesis que será necesario probar tal intención para demostrar la existencia de tercerización.

La LOTTT define de manera confusa el término tercerización, al pretender asimilar el fenómeno permitido de externalización de funciones, con los conceptos de fraude a la ley y simulación, cuyas definiciones propias incluiremos en el capítulo siguiente.

Consideramos que la LOTTT incluye se pone a sí misma una trampa al definir la figura de tercerización, sobre todo al utilizar los conceptos de fraude y simulación

que condicionan la existencia de una voluntad previa que debe ser probada. Por ello, consideramos que puede ocurrir que en muchas situaciones en las cuales en las que efectivamente se estén perjudicando a los trabajadores puede ser complicada la determinación de la tercerización si no logra probarse la intencionalidad, al menos ante los tribunales.

Muy distinta es la situación en el campo administrativo, en el cual la Inspectorías del Trabajo en muchos casos sin mayor estudio ni lógica alguna, llegan a declamar la existencia de tercerización en casos donde no solo no se demuestra tal intencionalidad, sino que tampoco cumplen con los elementos propios de la tercerización determinados por la ciencia del trabajo.

En lugar de proponer tal definición, consideramos que la LOTTT (2012) debió proceder a indicar solamente las situaciones que son consideradas tercerización, sin hacer referencia a la intención que tuvieron las partes al emplear dicha figura y no la figura en sí.

CAPÍTULO II

La Simulación y Fraude en la Tercerización

Simulación

Uno de los presupuestos filosóficos de la obligatoriedad atribuida a los actos jurídicos, es la identidad que regularmente se produce entre la voluntad interna y la voluntad declarada. Por ello, la vinculación entre cualquier acreedor y deudor tiene como principal efecto el desarrollo regular de lo pactado, debido a que no existe contradicción entre apariencia y realidad, entre el elemento volitivo y la actuación.

Como indica Irureta (2013) por excepción, puede suceder que la apariencia no coincida exactamente con la realidad. Esto puede ocurrir bien sea por una actitud deliberada (simulación), por la concurrencia de un vicio en el consentimiento otorgado por las partes contratantes (por lo general, error o dolo), o simplemente por la falta de cumplimiento en alguna de las formalidades propias de todo contrato, lo que condiciona que cree una situación ficticia que genera una determinada idea o aspecto que no tiene respaldo efectivo con lo que ocurre en la realidad.

Dicha divergencia puede tener su origen en un hecho externo a las partes o, en razón de un acuerdo específico en tal sentido, ya que, en este último caso, las personas involucradas en un acto simulador desean mantener en reserva la verdadera naturaleza del acto, o de los sujetos que lo han llevado a cabo.

Como indica Ferrara (1960), la simulación no es realidad, sino ficción de ella “haciendo aparecer hacia el exterior lo que no es, o mostrando una cosa que realmente no existe” (p. 42). Por lo tanto, la simulación genera una contradicción entre apariencia y realidad, puesto que los involucrados mantienen en secreto el verdadero acto que se está celebrando.

Dicha reserva, en principio, no tiene por qué ser considerada ilegítima, toda vez que, de conformidad con el principio de libertad de forma, las partes pueden ejecutar cualquier acto jurídico que deseen, siempre y cuando se ajuste a las reglas generales que establece el ordenamiento legal. Si bien la simulación, por lo general, se celebra con el claro objeto de provocar un engaño específico a los terceros que se relacionan con alguno de los contratantes, de ahí no tiene por qué concluirse a priori una intención fraudulenta.

Lo anterior no supone, que el acto simulador no pueda derivar en una figura legalmente indebida o fraudulenta. Sin embargo, en la mayor parte de los supuestos de fraude –sobre todo en el ámbito laboral– queda en evidencia una voluntad maliciosa que se ampara en el subterfugio o aparato engañoso utilizado, generando una consecuencia antijurídica.

De acuerdo con el estudio realizado por Saturno (2009), en el derecho común la simulación es entendida como la creación ficticia con aparente validez, con el objetivo de ocultar la realidad.

Según lo expresado por Maduro, citado por Carballo (1995) en el Derecho Común, y especialmente en el Derecho Civil, los caracteres de un negocio simulado son los siguientes:

1. Acuerdo entre las partes: ambas partes del negocio deben concertar la realización del negocio simulado. En ese sentido, debe haber una manifestación de voluntad de las partes para la creación del negocio ficticio.

Indica Carballo (1995) que en el Derecho del Trabajo, tal concierto entre las partes es atribuible casi en la totalidad de los casos, de manera exclusiva al patrono;

toda vez que la misma es concebida e impuesta unilateralmente por éste, “prevaleciéndose para ello de su mayor poder de negociación derivado a su desigual capacidad económica” (p. 18).

El disimulo surge desde el inicio, cuando el patrono notifica al trabajador que debe cumplir con ciertos requisitos que pretende deslaboralizar del negocio jurídico, atribuyéndole los caracteres propios de una relación de naturaleza civil o mercantil. En algunos casos se llega a la obligación de constituir una persona jurídica a través de la cual actuará el trabajador.

2. Disconformidad consciente entre la voluntad aparente y la voluntad real: tenemos entonces que en el negocio simulado existen dos voluntades, una es la voluntad que las partes pretenden hacer ver a los terceros a través del negocio simulado y la otra es la voluntad que efectivamente persiguen las partes con el negocio real.

Por su parte, en el Derecho del Trabajo, el ánimo de engañar a terceras personas es específico, pues se dirige a los órganos jurisdiccionales del trabajo, con el efecto de crear en ellos la creencia de su incompetencia para conocer del asunto por la falsa certidumbre de no tratarse de relaciones de trabajo.

3. Propósito de engaño: el objetivo de la simulación es engañar a los terceros respecto al negocio realmente ejecutado por las partes, a través de la creación de un negocio que, aunque tiene apariencia verdadera, no es real.

Las teorías sobre la apariencia y la simulación constituyen están íntimamente vinculadas al Derecho civil, el cual no sólo ha regulado estas figuras, sino que además es la que mayores contribuciones doctrinarias ha efectuado sobre la materia y

ha sido doctrinariamente entremezclada con otras figuras como el disimulo y el fraude.

Por el contrario, en el Derecho del Trabajo no hay consenso respecto a la inclusión de la simulación como situación que ocurra en esta rama del derecho.

Ejemplo de ello es la opinión de Alfonso - Guzmán (2007), quien señala que el encubrimiento de la relación de trabajo mediante otra figura no constituye un acto de simulación en el sentido del vocablo en el derecho común. De seguidas, señala que cuando un patrono impone a un trabajador dependiente la firma de un contrato no laboral con el fin de burlar la legislación del trabajo, no puede afirmarse que exista voluntariedad para la realización del acto simulado, ocultando un acto secreto pero confidencial de las partes y que por el contrario, se trata de la voluntad exclusiva del patrono quien utilizando su posición de superioridad frente al trabajador, consigue que éste acepte dar a la relación laboral una calificación distinta que le permita eludir los costos y límites de la legislación del trabajo, creándose entonces la figura de fraude a la ley. El autor considera entonces, que en estos casos solo existe dolo o reserva mental de parte del patrono y no simulación.

Lo cierto es que, a simple vista la simulación en materia laboral no encaja de manera perfecta en el trinomio de caracteres propios de la simulación en el Derecho Común, toda vez que, generalmente, deviene de una imposición patronal previo conocimiento y aceptación del trabajador, forzado a obtener los medios de subsistencia incluso mediante la puesta a disposición del patrono de sus labores por un precio o no por el pago de los beneficios laborales que le corresponderían.

Consideramos que no pueda afirmarse que se trate de reserva mental, toda vez que éste tipo de dolo presupone el ánimo de engañar de parte de uno de los

contratantes el cual es desconocido para las otras partes; y en este caso, el trabajador conoce ampliamente el ánimo del patrono, pero decide aceptarlo.

Por las mismas razones consideramos que tampoco se trata de dolo, porque éste presupone la voluntariedad de provocar, reforzar o dejar subsistir una idea errónea en otra persona, que en este caso, entendemos que no existe, porque el trabajador conoce la intención del patrono.

Cabe destacar que el Derecho del Trabajo cuenta con mecanismos propios tendentes a dejar sin efecto los actos simulatorios que tengan como objetivo impedir la aplicación de su normativa.

El primero de ellos, y que es objeto de la presente investigación, es la declaratoria de tercerización consagrada en la LOTTT (2012) que constituye una norma específica para desestimular y reprimir las conductas simulatorias o fraudulentas en el ámbito laboral. Adicionalmente, existen disposiciones generales basadas en principios del derecho del trabajo a los cuales nos referiremos en el aparte correspondiente al fraude a la ley, toda vez que ambos comparten los mismos remedios para su resolución.

Fraude a la Ley

La LOTTT caracteriza a la figura de la tercerización por el fin buscado, es menester que para que se configure una situación de tercerización, haya un fraude o simulación de una realidad distinta.

Visto que ya hemos definido la simulación, es necesario entonces definir el fraude a la ley, con la finalidad de diferenciar ambas nociones y establecer la relación

individual de ellas con la tercerización establecida en la LOTTT, toda vez que el legislador venezolano utilizó en la definición de ésta, ambas figuras.

En la opinión de Mansilla (2013), fraude a la ley consiste en:

Burlar la aplicación de una norma desfavorable y buscar obtener que sea otra disposición favorable la que aplique.

En otras palabras, el fraude a la ley consiste en la conducta totalmente voluntaria realizada con el exclusivo fin de obtener un fin ilícito a través de un medio lícito.

El fraude a la ley radica en evitar la aplicación de una norma imperativa, mediante el cambio de punto de contacto. (p. 107).

Por su parte, el fraude como tipo penal comprende, entre otros elementos, intención del sujeto activo de defraudar al sujeto pasivo de la acción, además del ánimo de lucro, el deseo de obtener una ventaja económica del engaño de la víctima.

Según indica Mansilla (2013), el fraude penal se realiza mediante un acción u omisión. En el supuesto de acción, una persona obtiene un beneficio económico a través de actos realizados de mala fe y de manera planeada, logrando engañar a la víctima. En el supuesto de la omisión, el perpetrante se aprovecha de ignorancia o el error de una persona y no actúa alertándolo del mismo, para obtener un beneficio económico.

Por otro lado, Atienza y Ruíz (2000) para dar explicación al fraude a la ley, utilizan el concepto de ilícito atípico que ocurre cuando una aplicación concreta de una norma transgrede un principio de Derecho.

En este sentido, los mencionados autores definen los ilícitos atípicos como acciones que, en principio, están permitidas por una regla, pero que, consideradas todas las circunstancias, deben estimarse prohibidas.

Entendiendo estos autores el fraude a la ley como un ilícito atípico, proponen la siguiente definición:

La acción realizada por el sujeto S en las circunstancias X es fraudulenta si y solo si:

1) Existe una regla regulativa que permite a S usar la regla que le confiere poder para producir el resultados R al realizar A en las circunstancias X.

2) Como consecuencia de R, se produce un cierto estado de cosas E que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido, y no hay una regla regulativa que prohíba producir R, aunque puede haber una regla dirigida a evitar E (p. 46).

En resumen, en opinión de Atienza y Ruíz (2000) el fraude exige siempre que el estado de las cosas aparezca siempre como injustificado de acuerdo con los principios del derecho, pero no debe ser necesariamente contrario a Derecho. El fraude a la ley constituye entonces, una conducta contraria a los principios que operan el sistema de justicia.

Resulta entonces claro que, de una interpretación literal del artículo 47 de la LOTTT, se puede evidenciar que sólo estaremos ante una situación de tercerización cuando exista simulación o fraude de parte del patrono con el propósito de evitar la aplicación de la legislación laboral en una relación en la cual, dicha aplicación se haría automática y necesaria por mandato legal.

El fraude de acción implica la existencia de mala fe; en su ejecución hubo conciencia y se actuó con planificación; por el contrario, en el fraude de omisión, lo que existe es un aprovechamiento de un error y no planificación. En todo caso, en ambos supuestos se causa un daño a la víctima.

Es justamente en ese sentido, que se configuran los dos elementos del fraude como son el ánimo, o la decisión volitiva, planeada o aceptada para obtener un beneficio y el corpus, o realización de la conducta para obtener un beneficio económico.

En ese sentido, indica Saturno (2009) que los requisitos indispensables del fraude son: (i) la intención de evadir el cumplimiento de una disposición legal; y, (ii) el ánimo defraudador de perjudicar a otro.

Con el fraude se ejecuta un acto real y conforme con la normativa jurídica, pero con el que se pretende transgredir lo dispuesto por otras leyes. Los elementos determinantes del fraude laboral son: (i) que haya prestación personal de servicios; (ii) que sea en condiciones laborales inferiores al resto de los trabajadores; y, (iii) mediante la creación de un vínculo civil o mercantil que encubre la relación laboral en fraude a la ley.

En relación al fraude a la ley, la SCS del TSJ en sentencia N° 302 de fecha 28 de mayo de 2002 (caso: Juvenal Aray y otros contra INSTITUTO AUTÓNOMO AEROPUERTO INTERNACIONAL DE MAIQUETÍA) dejó establecido que el fraude consistía en procedimientos tendentes a eludir indirectamente la aplicación de una normativa imperante, como por ejemplo la laboral. El referido fallo dispone lo siguiente:

En efecto, cuando un patrono, a fin de burlar la legislación laboral, impone a un trabajador dependiente la firma de un contrato mediante el cual se declara la existencia de una relación autónoma civil o mercantil, no puede decirse que existe una voluntariedad para la realización de un acto simulado -el civil o mercantil- ocultando un acto secreto -el laboral- que corresponde a la verdadera pero confidencial voluntad de las partes. Por el contrario, en este caso se trata de la

imposición de la voluntad de una de las partes, el patrono, que prevalido de su situación de superioridad frente a la hiposuficiencia económica de la otra, el trabajador, hace que éste acepte dar a la relación laboral que vincula a ambos, una calificación distinta que permite eludir las limitaciones y costos que para el patrono supone la legislación laboral. Es por ello, que parece más adecuado calificar tales situaciones como casos de fraude a la ley entendiendo por tal al conjunto de “maniobras” o procedimientos tendientes a eludir, en forma indirecta, la aplicación de una ley imperativa.

El artículo 94 de la de la CRBV (1999) indica que: “El Estado establecerá a través del órgano competente, la responsabilidad de los patronos o patronas en general, en caso de simulación a fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral”.

De igual forma, en sentencia N° 366 dictada por la SCS del TSJ en fecha 9 de agosto de 2000, (caso: Harold Franco vs. Aerobuses de Venezuela) se dejó establecido:

Por otra parte, ciertamente nuestra Carta Magna, en su artículo 89, numeral 1°, establece que en las relaciones laborales prevalecerá la realidad sobre las formas o apariencias, y en el artículo 94 regula, la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas, en caso de incurrir en situaciones de simulación o fraude con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación del trabajo.

Ahora bien, para la determinación del fraude o simulación en materia laboral, los Tribunales Laborales han aplicado los principios consagrados en el Derecho Venezolano, a saber: (i) la Irrenunciabilidad de las Normas Laborales, (ii) la Presunción de una Relación Laboral, y (iii) el Principio de la Primacía de la Realidad.

1. Irrenunciabilidad de las Normas Laborales: Las normas del Derecho del trabajo son irrenunciables; es decir, se trata de reglas de orden público que privan aún

sobre la voluntad de las partes de conformidad con los artículos 3 y 10 de la LOT (1997) y el artículo 89 de la CRBV (1999).

Este principio implica, que la aceptación del trabajador de cualquier acto fraudulento o simulatorio de la relación de trabajo carece de eficacia y podrán ser denunciados por éste en cualquier momento; incluso si el trabajador aceptó el fraude o la simulación inicialmente.

Entendido lo anterior, una vez probada la simulación o el fraude, la misma tiene un efecto nugatorio y produce efectos incluso retroactivos, por lo que se impone retrotraer la relación jurídica disimulada a su inicio, ordenándose el pago de todos los beneficios laborales a los cuales el trabajador tenía derecho y que no le fueron pagados oportunamente por la voluntad engañosa del patrono.

2. La Presunción de la Relación Laboral: El Artículo 53 de la LOTTT (2012) establece que, salvo prueba en contrario a cargo del supuesto patrono demandado, existe una relación de carácter laboral entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe. Es de destacar que la referida presunción quedará desvirtuada siempre y cuando contra quien opere la misma demuestre que la prestación del servicio no concuerda con los presupuestos para la existencia de la relación de trabajo, a saber, ajenidad, subordinación y remuneración.

Para verificar la existencia de una relación de trabajo subordinada, el TSJ ha desarrollado un test de dependencia al cual nos hemos referido en el aparte correspondiente a la persona del trabajador.

3. El Principio de la Primacía de la Realidad: analizado anteriormente y consagrado en el artículo 22 de la LOTTT (2012), la doctrina y jurisprudencia venezolana señalan que el contrato de trabajo es un contrato realidad. En otras

palabras, independientemente de lo pactado por las partes y de las apariencias formales, sean éstas espontáneas o producto de la presión impuesta por un patrono encubierto, la realidad de los hechos tiene primacía.

En la opinión de Murgas (2011) “son históricamente constantes las situaciones de fraude en las relaciones laborales, como una sostenida tendencia dirigida a evitar la aplicación total o parcial de la legislación del trabajo. Con frecuencia, se utiliza la simulación como instrumento para consumir el fraude (p. 241)”.

No obstante lo indicado, en la opinión de Mélich (como se cita en Saturno 2009), “es posible que la simulación se configure sin uno de los elementos fundamentales del fraude: intención o ánimo de perjudicar a otro (p. 68)”.

Diferencias de la tercerización con el fraude y la simulación

Como se ha explicado en el capítulo correspondiente, la tercerización, como figura estudiada por la ciencia del trabajo, es la contratación de terceros por parte de una empresa, para la ejecución de tareas no esenciales a su ciclo productivo; por lo que, visto de manera teórica, la tercerización no tiene como elemento esencial para su existencia una voluntad dañosa.

En efecto, para precisar la figura de tercerización de manera teórica, los autores no se refieren a la voluntad del patrono tercerizante, toda vez que la intención del patrono en la tercerización no es ilícita. La intención es meramente económica y operativa, siendo que se trata de uno de los métodos de desconcentración productiva de funciones empleadas por las empresas.

En consecuencia, resulta claro que cuando el legislador de la LOTT (2012) indica que la tercerización es -la simulación o fraude- introduce una intención que no existe en la figura de la tercerización corriente que se conoce a nivel teórico.

Reiteramos la tercerización, en abstracto, no es simulación ni fraude, sino un método de optimización de la producción, desarrollado con mayor auge a partir de las últimas décadas del siglo pasado.

Por otro lado, las figuras de la simulación y fraude si implican un acto volitivo dañoso pero de manera diferente; aunque una valoración superficial de los términos puede conducir al error de afirmar que la simulación se ejecuta necesariamente con fraude a la ley, en tanto que pareciera siempre implicar la evasión de la aplicación de una norma jurídica creando un negocio ficticio o de aparente validez, y, generalmente, se ejecuta en perjuicio de un tercero (Saturno, 2009).

Sin embargo, los autores nacionales y extranjeros señalan que es posible ejecutar una simulación sin que esté presente uno de los elementos fundamentales del fraude como es la intención o ánimo de perjudicar a otro.

Como ejemplo de lo anterior, se puede señalar el dueño de una empresa que suscriba un contrato de trabajo simulado con un amigo, que no le presta servicios, para que éste pueda obtener un crédito para adquirir una vivienda. En ese caso estamos ante un negocio simulado que se ejecuta sin el ánimo de perjudicar a nadie.

De igual forma, es factible cometer un fraude, sin necesidad de simular negocio alguno y reviste autonomía cuando consiste en un negocio real (no simulado) pero dirigido a perjudicar a terceros. El fraude a la ley no pretende ocultar la realidad (como si lo hace la simulación), sino trasgredir o no aplicar las normas que efectivamente le corresponden.

En consecuencia, la tercerización, el fraude y la simulación no son lo mismo. Si bien en muchos casos se encuentran conectadas, cada una puede presentarse de manera independiente.

La tercerización, incluso bajo la ley venezolana, puede presentarse como una simple externalización de funciones, y si no existe ánimo defraudatorio o simulatorio, somos de la opinión que no puede considerarse prohibida.

Por su parte, en la simulación ambas partes están de acuerdo en el negocio simulado, por lo que la diferencia entre lo pactado y lo simulado es voluntariamente consciente. En cambio, en el fraude a la ley, una de las partes impone a la otra la situación, sin importar que la otra parte esté de acuerdo o no. Puede haber y, generalmente, hay desacuerdo entre lo pactado y lo efectivamente realizado.

Otra diferencia entre ambas, es que para que el Juez decrete en juicio la existencia de simulación, la misma debe ser denunciada por una de las partes. En cambio, para que se decida la existencia de fraude de ley, no es necesario que haya denuncia de alguna de las partes, el Juez puede pronunciarse sobre ella de oficio.

Tenemos entonces que, de acuerdo con la opinión de los doctrinarios en la materia, la simulación y fraude no son figuras análogas, si bien es común que ambas se encuentren íntimamente relacionadas en algunos negocios jurídicos.

Una vez hechas las anteriores consideraciones se entiende, al menos de manera teórica, la existencia de fraude o simulación a la ley en el Derecho del Trabajo, y especialmente, la proliferación de tal figura en una realidad como la venezolana, donde las disposiciones legales pueden llegar a hacer excesivamente oneroso la contratación de trabajadores.

Sin que sea específicamente el tema de nuestro estudio, un somero análisis de la legislación laboral venezolana nos permite intuir, que la misma se caracteriza por su proteccionismo hacia el trabajador, tal característica solo parece haberse incrementado con la sanción de la LOTTT (2012) y del Ley de Inamovilidad Laboral (2015), en adelante Ley de Inamovilidad.

Ambos instrumentos aseguran, por un lado, el otorgamiento de un mínimo de beneficios legales a ser otorgados a cualquier persona que preste servicios en condición de subordinación, y por otro lado, su estabilidad absoluta en el cargo hasta la duración de la vigencia de la Ley de Inamovilidad.

La inamovilidad laboral en Venezuela ha sido concedida por orden presidencial (decreto o decreto ley) desde el 28 de abril de 2002, lo que significa que hasta la fecha hemos tenido al menos 15 años de inamovilidad laboral ininterrumpida.

A tales resguardos, se suman las disposiciones referentes a la protección de la fuente de empleo para evitar el cierre de empresas, las medidas para asegurar la seguridad y salud en el trabajo, y el aseguramiento del derecho a la negociación colectiva y a la huelga.

Bajo éste panorama, no resulta extraño encontrar que en Venezuela, se han proliferado los esfuerzos por, al menos de manera aparente, desnaturalizar algunas relaciones de trabajo, con el objetivo de llevarlas a áreas del derecho con menor regulación legal, acciones que, en alguno casos, han sido contrarrestadas con decisiones judiciales y de manera más contundente en tiempos recientes con la prohibición de tercerización.

Sin ánimos de hacer crítica a las tendencias proteccionistas del legislador venezolano, parecemos encontrarnos entre dos realidades disímiles, una que deviene de la experiencia internacional que hasta hace unos años se había caracterizado por una flexibilización de las relaciones laborales y los beneficios otorgados al trabajador y la realidad venezolana que pretende, de manera artificial, regular excesivamente las relaciones laborales.

Resulta obvio que ambas tendencias responden a realidades y modelos económicos divergentes y que en algunos casos la excesiva flexibilización conlleva a abusos hacia aquellos que sólo tienen sus capacidades y mano de obra para ofrecer.

No obstante lo anterior, la excesiva regulación de la tercerización y la identificación con el fraude y la simulación puede considerarse que va en sentido contrario a las tendencias mundiales y pretende establecer paralelos certeros entre figuras que, teóricamente, pueden presentarse independientemente.

Supuestos de tercerización en la LOTTT

Una vez precisado el concepto de tercerización, el artículo 48 de la LOTTT, establece las situaciones que son tercerización y que por lo tanto no están permitidas. Procederemos a analizar cada uno de los supuestos por separado:

1. No está permitida la contratación de entidades de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la beneficiaria del servicio, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma.

Dicho supuesto contiene dos elementos que son importantes destacar: (i) el carácter permanente de la actividad desarrollada por la entidad de trabajo contratada, y (ii) la necesaria relación directa con el proceso productivo de la entidad de trabajo contratante, “sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma”.

Entonces, es necesario que la vinculación jurídica de la entidad de trabajo contratada y de la entidad de trabajo contratante y el beneficiario sea continuada y consistente en el tiempo, de manera que no exista duda alguna sobre la participación de la primera en el proceso productivo de la segunda; por lo tanto, cualquier tipo de actividad temporal, se encuentra excluida.

Además de ello la vinculación jurídica entre ambas entidades de trabajo debe estar relacionada directamente con la actividad productiva de la entidad de trabajo contratante, por lo que, cualquier tipo de actividad no relacionada directamente con la actividad productiva, se encuentra también excluida.

Como indica Pró-Rísquez (2012) la actividad descrita en éste numeral no corresponde con lo que el Derecho del Trabajo denomina tercerización, toda vez que las personas que trabajan de manera permanente en una empresa no son terceros, son sujetos de una relación laboral y lógicamente es fraudulenta cualquier contratación suscrita para evitar costos laborales, aún incluso antes de la sanción de la LOTTT (2012).

En este caso, lo determinante es la actividad desplegada, quedando incluidas en la tercerización todas aquellas actividades sin cuya ejecución se afectaría o interrumpirían las operaciones de la empresa.

Es importante tomar en cuenta, que, según lo contemplado en este numeral, debe inspeccionarse la sede de la beneficiaria del servicio para verificar que las actividades estén siendo desplegadas en la misma y que el objeto social de ambas empresas sea similar, para cumplir con las condiciones establecidas por el mismo. No consideramos posible que se declare la existencia de tercerización con base en éste numeral, si no hay prueba *in situ* e inmediata de la presencia de las condiciones requeridas para ello.

2. La contratación de los trabajadores a través de intermediarios para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral de la beneficiaria del servicio.

Según indicáramos en el aparte precedente, la intermediación estaba prohibida desde la LOT en un artículo especialmente dedicado para ella, considerándola una figura específica e independiente. Actualmente, la LOTTT la considera una de las modalidades de tercerización.

Entendemos que conserva los mismos caracteres de la intermediación, según la cual el tercero no es una empresa con su propia estructura sino una figura que se limita a aparentar la veces de patrono, y en realidad los trabajadores prestan servicios a favor de la principal, por lo que se trata de una manifestación del fraude laboral.

Es menester traer a colación que, estando en el marco de la tercerización, es necesario que haya una intención de evadir la aplicación de la legislación laboral, por lo que, al eliminarse de la LOTTT el artículo independiente referente a la intermediación, se deja desprotegidos a todos aquellos trabajadores que se encuentren en una relación de intermediación que no tenga la antedicha intención.

3. Las entidades de trabajo constituidas por el patrono para evadir sus obligaciones con los trabajadores.

El ordinal tercero se trata de una modalidad de fraude laboral que fue especialmente empleada en Venezuela en la década pasada cuando aprovechando una política gubernamental de fomento de cooperativas algunos empleadores hicieron constituir tales para contratar servicios que le venían prestando trabajadores (Pró-Rísquez, 2012).

Como se ha indicado anteriormente, de acuerdo con la LEAC los miembros de la cooperativa no son trabajadores, por lo que éste numeral se limita a reiterar la existencia de una intencionalidad evasiva, sin especificar cómo demostrarla o los límites específicos a los que se requiere la creación de entidades de trabajo.

En ese sentido, pensamos que el legislador podría referirse a la creación de sociedades mercantiles aparentemente independientes para que contraten trabajadores que presente servicios a la principal pero sin recibir los beneficios correspondientes a los trabajadores de ésta.

De ser el caso, es necesario destacar, que, dependiendo del caso específico, podríamos estar ante la existencia de un grupo de empresas, figura establecida en el artículo 46 de la LOTTT (2012) cuya existencia demostrada en juicio conlleva la declaratoria de consecuencias jurídicas específicas ampliamente estudiadas por la doctrina y que distan de las fijadas para la existencia de tercerización, por lo que podría estarse ante un caso de antinomia.

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

El deseo de evadir la aplicación de la legislación laboral ha estado presente desde el nacimiento y regulación del Derecho del Trabajo, que comenzó a fijar

límites mínimos de salarios y beneficios laborales en beneficio de los trabajadores, pero que los patrones, en algunos casos, podían ver como un detrimento en su capacidad de obtener ganancias de su negocio.

Las formas utilizadas por los patronos para evitar la aplicación de la legislación laboral ha sido muchas. Una de las más utilizadas, consiste en la firma de un contrato mercantil o civil por honorarios profesionales para esconder un contrato que en su naturaleza es de trabajo.

Como hemos señalado anteriormente, en aplicación del principio de la primacía de la realidad cuando existe un contrato civil y en realidad se trata de una relación de trabajo, deben aplicarse las disposiciones de la relación laboral, toda vez que las leyes laborales son de orden público y hay que buscar debajo de la apariencia muchas veces simuladas de contratos de Derecho común, civil o comercial.

“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” (Mújica, 2014, p. 77).

Esto ocurre de diversas maneras, algunos ejemplos ocurren cuando se obliga al trabajador a constituir una firma personal a través de la cual se contrataría a cambio del pago de honorarios profesionales, o cuando se le exige al trabajador que constituya una persona jurídica en la que es accionista mayoritario con un objeto social que implique la ejecución de actos de comercio con el objetivo de entablar una relación contractual con esa persona jurídica y burlar así el pago de beneficios laborales ya que solamente se le pagaría por el servicio prestado, sin incluir salarios, prestaciones sociales, vacaciones u otros conceptos que normalmente corresponden a un trabajador.

Como remedio de tal situación, la jurisprudencia patria ha creado el test de dependencia al que nos hemos referido en varias ocasiones y analiza, en el caso concreto, la presencia de los elementos propios de la relación de trabajo que, sin pretender ahondar excesivamente en ellos son los siguientes:

- i. Prestación de un servicio personal: El derecho del trabajo parte del supuesto de la prestación de servicios por parte de una persona natural. Las disposiciones sobre jornada de trabajo, salario mínimo, riesgos profesionales, etc., no pueden aplicarse a las personas jurídicas. Una persona jurídica puede obligarse a ejecutar determinados trabajos y puede hacerlos realizar por conducto de sus trabajadores, pero no puede ejecutarlos directamente. De igual forma, el contrato de trabajo es *intuitu personae* lo que significa que las labores tienen que ser ejecutadas por el propio trabajador y no por personas encomendadas por éste, lo que presenta una clara diferencia con contratos de tipo civil o mercantil.
- ii. Remuneración: El contrato de trabajo es remunerado a través del pago de un salario mensual, pago que debe recibir el trabajador incluso si no presta servicios por estar de vacaciones o por otras circunstancias legales. En el caso de un contrato civil o mercantil, se recibe el pago por los servicios efectivamente realizados en el marco del contrato suscrito y solo en el caso que haya efectiva realización de los servicios.
- iii. La subordinación o dependencia: 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.
- iv. Por cuenta ajena: El artículo 35 de la LOTTT (2012) establece que el trabajador es la persona natural que presta servicios personales en el proceso social de trabajo bajo dependencia de otra persona natural o jurídica. La

prestación del servicio debe ser remunerado. Es decir, que el trabajador se inserta en una unidad donde se ordenan los factores de la producción bajo la dirección y orientación del empleador. Los frutos del trabajo son cedidos al empleador desde el inicio, y a él le corresponde asumir los riesgos del proceso productivo.

La tercerización permitida

Para referirnos a la tercerización permitida es necesario hacer algunas precisiones anteriores. Como se ha podido evidenciar de los apartes anteriores del presente estudio, la tercerización surge como una solución encontrada por la empresa moderna para responder a una necesidad.

La necesidad creciente de los empleadores se refería a optimizar la elaboración de sus productos, obteniendo mayores ingresos con la menor mano de obra posible.

Esa situación que puede verse como sumamente ventajosa para los patronos que estaban en una situación de ganar – ganar, no fue siempre igual para los trabajadores.

Si bien es cierto que el derecho del trabajo moderno ha superado la noción del trabajador como débil jurídico, no es menos cierto que éste se encuentra en una situación de mayor o menor dependencia respecto del patrono, ya que éste –el trabajador- ve en el patrono, el decisor de la entidad capaz de darle los medios necesarios para su subsistencia o no.

En un mundo donde las estructuras y las personas combaten por superarse a sus pares tanto como a sí mismos, los grados de especialización de ambos por igual

llegan a niveles cada vez más definidos; las empresas luchan por crecer y consolidarse en un mercado complejo.

En ese clima, la tercerización surgió, se proliferó y se asentó como una alternativa viable para obtener mayores beneficios a bajo costo, y lo cierto es que la tercerización en sí misma tiene sus ventajas; pero también es cierto que la experiencia nos ha dicho que la misma ha sido abusada en muchos casos, perjudicando a los trabajadores, que en su esencia, son las piezas que mueven las industrias.

Los trabajadores se han visto obligados a aceptar contratos desregularizados por el Derecho del Trabajo cuando, en realidad, prestan servicios en condiciones muy inferiores y forzadas que aquellas personas consideradas como verdaderos trabajadores. En otros casos, han tenido que pretender ser trabajadores de una empresa que solo está encargada del pago de su salario, cuando en realidad prestan servicio para otras a cambio de remuneraciones muy inferiores a otros trabajadores, incluso inferiores a los mínimos legales, o sin siquiera obtener los beneficios laborales correspondientes; no teniendo posibilidad de formar parte de sindicatos y en muchos casos sin siquiera gozar de los beneficios de la seguridad social.

En esta situación, el Derecho del Trabajo ha tenido la necesidad y la verdadera carga de reinventarse, de luchar en contra de las apariencias y superar los intentos, cada vez más capaces, de simulación y prácticas fraudulentas para asegurar a los trabajadores las condiciones mínimas laborales que les corresponden. Es por ello que existe la incipiente tendencia a demonizar la tercerización; estando prohibida en varias legislaciones a nivel mundial.

Venezuela no escapa de la realidad mundial y se ha visto azotada por situaciones crecientes de desregularización y escape del Derecho del Trabajo y la prohibición de tercerización establecida en el artículo 47 y profundizada en el artículo

48 de la LOTTT (2012) son evidencia del esfuerzo del legislador de proteger a los trabajadores y evitar prácticas ilícitas.

Lo cierto es que, como hemos indicado anteriormente, el esfuerzo del legislador es el de evitar prácticas ilícitas, y no creemos correcto afirmar que el legislador procuró evitar todo tipo de externalización de funciones con fines lícitos.

Como ejemplo de lo anterior, tenemos la definición de tercerización establecida en el artículo 47 de la LOTTT que indica que habrá tercerización cuando haya simulación o fraude con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

Como argumento a contrario, si la externalización de funciones no se hace con la finalidad de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral y ambas partes, tanto beneficiario como proveedor cumplen con las obligaciones establecidas en la ley del trabajo, no podrá decirse que se esté ante la tercerización prohibida por la LOTTT (2012).

Con base en lo expuesto anteriormente, consideramos erróneo afirmar que la externalización de funciones en Venezuela se encuentra prohibida, lo que está prohibido son las prácticas fraudulentas o simulatorias que pretendan burlar los derechos de los trabajadores y la aplicación de las normas legales que por derecho les corresponden.

La LOTTT, al prohibir la figura de la tercerización, no prohibió la figura de los contratistas, sino que por el contrario, mantuvo dicha institución en los mismos términos previstos en la LOT.

Lo que la LOTTT prohibió fue la simulación o el fraude cometido por patronos, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. En tal sentido, se puede válidamente contratar los servicios de terceras empresas, siempre y cuando la intención no sea la de simular o defraudar la legislación laboral venezolana -elemento definitorio de la tercerización, una figura prohibida por la LOTTT.

A manera de conclusión afirmamos que no toda tercerización es un fraude o simulación, si se cumple con las siguientes condiciones: (i) se realiza con sus propios elementos y con recursos propios; (ii) con trabajadores bajo su dependencia; (iii) para la ejecución de servicios no relacionados con la operación de la empresa; (iv) sin dependencia económica de la empresa contratante; y, (v) con servicios que no estén comprendidos dentro del objeto señalado en los estatutos sociales de la empresa principal.

CAPÍTULO III

Declaración de la Tercerización y sus Consecuencias

Órgano competente

Dispone el artículo 47 de la LOTTT (2012) que la tercerización implica la simulación o fraude cometido por patronos con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral; por tanto, se requiere de un procedimiento en el que esté garantizado el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva de las partes, con amplias y suficientes facultades de alegación y probatorias para determinar si existen tales supuestos.

El artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT, 2002) indica que los tribunales del trabajo son competentes para sustanciar y decidir los asuntos contenciosos del trabajo que no correspondan a la conciliación y arbitraje, los asuntos de carácter contencioso que se susciten con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, entre otros.

A su vez, el artículo 513 de la LOTTT (2012) establece el procedimiento para atender los reclamos presentados por los trabajadores. En el mencionado artículo se indica que los trabajadores podrán “introducir reclamos sobre condiciones de trabajo”, por lo que en primer lugar cabe preguntarse si puede aplicarse tal procedimiento para los reclamos por presunta tercerización establecidos por los trabajadores.

Los reclamos por presunta tercerización, pueden dar lugar a una o varias inspecciones realizadas por la Inspectoría del Trabajo para verificar las condiciones de trabajo y establecer la existencia de tercerización. Las inspecciones a cargo de la

Inspectoría del Trabajo también pueden realizarse por iniciativa de la propia Inspectoría del Trabajo.

El artículo 514 de la LOTTT (2012) establecen la competencia de los Inspectores y Supervisores del Trabajo en materia de inspecciones para:

- i. Visitar los lugares de trabajo comprendidos dentro de su jurisdicción.
- ii. Verificar el cumplimiento de las disposiciones legales relativas al trabajo.
- iii. Ordenar cualquier prueba, investigar, interrogar al patrono o a cualquier trabajador, exigir la presentación de libros, registros o documentos ordenados por la Ley.

De igual forma, el artículo 515 de la LOTTT ordena a los Supervisores del Trabajo a poner en conocimiento a los patronos de los incumplimientos verificados con la inspección y las medidas que deberán adoptarse, así como el lapso para ejercer los correctivos necesarios. Asimismo, se indica que, de persistir el incumplimiento vencido el lapso fijado, se solicitará el inicio del procedimiento de sanción por incumplimiento, e incluso, la revocatoria de la solvencia laboral.

El artículo 516 de la LOTTT indica, por su parte, que los Supervisores del Trabajo podrán actuar en los lugares donde ejecute la prestación de servicio, bien sea en vehículos de transporte, botes o aviones, inmuebles residenciales y entidades de trabajo.

De los artículos citados anteriormente se puede evidenciar, al menos en la letra de la ley, que en el procedimiento de inspección no existe posibilidad de contradictorio. El funcionario acude al centro de trabajo, verifica los incumplimientos que existen en su parecer y si bajo su criterio los mismos continúan tras el

vencimiento del lapso otorgado por él mismo, se pasará el expediente a la fase de sanción; el patrono solo tendrá oportunidad de corregir los incumplimientos, no de combatir o su existencia.

En el caso específico de la tercerización, en el evento de una inspección los funcionarios del trabajo generalmente verifican las siguientes condiciones para establecer la existencia de tercerización: (i) si la actividad ejecutada por la empresa contratada está relacionada de manera directa con el proceso productivo de la principal; (ii) si la actividad realizada por la empresa contratada está relacionada íntimamente con la actividad de la empresa principal; (iii) si la actividad ejecutada por la empresa contratada se ha venido realizando de manera permanente y continua en las instalaciones de la contratante; (iv) si las obras o servicios que ejecuta habitualmente la empresa contratada constituyen su mayor fuente de lucro; (v) si las herramientas de trabajo son provistos por la empresa principal; (vi) si los trabajadores de la contratada reciben instrucciones de la empresa principal; y, (vii) si los trabajadores de la contratada prestan servicios en el horario establecido por la principal.

En caso que, con base en la inspección o el reclamo por presunta tercerización, se verifiquen la existencia de las situaciones descritas anteriormente, la Inspectoría del Trabajo ha dictado decisiones cautelares que imponen las siguientes prohibiciones: (i) realizar cualquier actuación que de manera directa o indirecta persigan la extinción, modificación o suspensión de las fuentes de trabajo; (ii) extinguir o modificar las relaciones jurídicas que vinculan a la empresa principal con las contratadas; y, (iii) contratar y/o crear otras empresas para ejecutar obras, servicios o actividades dentro de sus instalaciones.

Como se colige de lo anterior, los artículos 514 al 516 de la LOTT que establecen todo lo relacionado a las inspecciones a cargo de la Inspectoría del Trabajo

solo contemplan la realización de inspecciones sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar en la cual se prestan los servicios, con la consecuente toma de decisiones de naturaleza sumarial relacionado con dichos particulares, pero de las que no puede derivar la calificación jurídica de las relaciones existentes entre las entidades de trabajo y los trabajadores que les prestan servicios.

El artículo 49 de la CRBV (1999) consagra que el debido proceso deberá aplicarse a todas las actuaciones judiciales y administrativas, por el cual se otorga a toda persona el derecho a ser oída en cualquier clase de proceso y a ser juzgada por sus jueces naturales.

El derecho a la defensa debe poder ejercerse incluso a través de un procedimiento administrativo, en el administrado debe contar con las garantías mínimas para asegurar que ese derecho verdadero y no una mera formalidad. Al respecto, Peña (2005) ha indicado que el procedimiento administrativo sancionatorio debe estar estructurado de la siguiente manera:

- i) La fase de iniciación, representada esta por las actuaciones previas;
- ii) el contenido del acuerdo de iniciación del procedimiento, conocido como auto de apertura;
- iii) la fase de sustanciación o instrucción, el cual se encuentra supeditado a la materialización del derecho a la defensa, la formulación de los alegados frente al auto de apertura, la negativa del investigado a declarar contra sí mismo y a confesar su culpabilidad como expresión pasiva del derecho a la defensa y las pruebas, y
- vi) la fase decisoria, donde observamos el contenido del proveimiento administrativo, así como la impugnabilidad del acto sancionatorio (p. 401).

Resulta entonces claro, que en la inspección, no existe la tercera fase de instrucción del procedimiento, donde se materialice el derecho a la defensa de la empresa beneficiaria, por lo que el procedimiento administrativo no cuenta con las garantías mínimas requeridas para los justiciables.

De igual forma, aún si se llega a afirmar que habría derecho a la defensa, la determinación de la existencia de tercerización no es un asunto de hecho o relacionado con las condiciones de trabajo, que es el requisito para que el mismo sea ventilado ante la Inspectoría del Trabajo. Por el contrario, es un asunto de derecho que impone verificar la existencia de un propósito de simular o actuar en fraude a la ley para evitar la aplicación de las leyes laborales para el cual la Inspectoría del Trabajo no tiene competencia.

La decisión de tercerización solo puede devenir de un procedimiento en el cual todas las partes puedan ser oídas y puedan formular alegatos y defensas, puedan promover y evacuar pruebas y en el que la decisión constituya un pronunciamiento expreso, y preciso con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas por las partes.

Así lo ha señalado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (“SP del TSJ”) sentencia N° 727 del 15 de mayo de 2014 (caso: Luis Enrique Dávila vs. INDUSERVI, C.A. y PROCTER & GAMBLE INDUSTRIAL DE VENEZUELA, C.A.), en la cual asentó:

En virtud, que en el presente caso, se establecen discrepancias en las causas de cómo se extinguió la relación laboral (...) y la supuesta tercerización que alega el trabajador (...) siendo que la mencionada figura de tercerización es considerada como “la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral”.

Considera esta Sala que la determinación de tales aspectos requiere de un debate probatorio entre las partes para determinar la pretensión deducida en autos, por lo tanto le correspondería a los órganos jurisdiccionales conocer el presente caso controvertido, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva y la justicia material que propugna la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, el Poder Judicial tiene jurisdicción para conocer del presente asunto y se revoca el fallo consultado en fecha 18 de marzo de 2014 por el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Juicio de la Circunscripción Judicial del Estado Lara. Así se declara.

(...)

Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala (...) declara:

(..)

2.- Que el PODER JUDICIAL TIENE JURISDICCIÓN para conocer y decidir la solicitud de “incorporación a su puesto de trabajo”, y denuncia de tercerización (...).

Como hemos indicado anteriormente, los Inspectores del Trabajo pueden realizar inspecciones en los centros de trabajo para verificar el cumplimiento de normas laborales sobre condiciones de trabajo, mas no están facultados para emitir pronunciamientos contentivos de calificaciones jurídicas como la existencia de una tercerización o un fraude a la ley, sin sustanciar un procedimiento en el cual estén garantizados el derecho a la defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva.

En una inspección realizada por un funcionario de la Inspectoría del Trabajo sobre condiciones de trabajo no existe duda o controversia sobre la norma aplicable y la naturaleza del hecho verificado, por lo que el funcionario del trabajo, no necesariamente abogado, puede constatar si hay un incumplimiento de las normas sobre condiciones de trabajo y disponer la forma de cumplimiento efectiva de las mismas, pues en este caso solo es un asunto de subsumir en la norma el hecho verificado y tal pronunciamiento no implica la calificación jurídica de una relación de trabajo ni la modificación de la misma ni crea a las partes obligaciones distintas de las expresamente pactadas.

Por el contrario, consideramos que ni los Inspectores del Trabajo ni los Supervisores del Trabajo están facultados por la ley para, como resultado de Inspecciones de Trabajo, emitir pronunciamientos que conlleven la calificación jurídica de las relaciones existentes entre la entidad de trabajo contratante, la entidad de trabajo contratista y los trabajadores que le prestan servicio.

Determinar si existe una tercerización, simulación o fraude en las relaciones que vinculan a la entidad de trabajo contratante, la entidad de trabajo contratista y los trabajadores que le prestan servicio, no es un mero problema de subsunción, sino que implica calificar relaciones jurídicas e interpretar normas y contratos, y ni los Inspectores del Trabajo ni los Supervisores del Trabajo están facultados para emitirlos como resultados de una mera inspección que es un procedimiento sumarial en la cual las partes no tienen la posibilidad específica ni lapsos concretos para oponer defensas y excepciones ni de promover y evacuar pruebas.

Además un pronunciamiento de Inspectores del Trabajo y/o los Supervisores del Trabajo sobre la calificación jurídica de las relaciones que vinculan a la entidad de trabajo contratante, la entidad de trabajo contratista y los trabajadores que le prestan servicio implica la determinación de la existencia de trabajadores tercerizados y su incorporación como trabajadores de la entidad de trabajo contratante, creando nuevas relaciones jurídicas (trabajador – entidad de trabajo contratante) y extinguiendo o modificando otras relaciones jurídicas (trabajador – entidad de trabajo contratista y entidad de trabajo contratante y entidad de trabajo contratista) con carácter obligatorio y los efectos de un acto de administrativo definitivo y de ejecución inmediata, y ello excede las facultades de la administración del trabajo de dictar medidas que aseguren el cumplimiento de la normativa legal como resulta de una inspección.

Siendo estas las circunstancias, parece posible afirmar que el proceso necesario para determinar la existencia de tercerización, pleno de garantías procesales y en el cual se garantice el derecho a la defensa de la beneficiaria del servicio y de la Contratista en ningún caso está previsto en las normas contenidas en los artículos 514 al 516 de la LOTTT,

Ciertamente el artículo 514 de la LOTTT faculta a los Inspectores del Trabajo y a los Supervisores del Trabajo a realizar Inspecciones para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales relativas al trabajo, y el artículo 515 de la LOTTT (2012) establece que debe ponerse en conocimiento al patrono de los incumplimientos en de la normativa legal que fueren detectados durante la supervisión y las medidas que deben adoptarse.

Sin embargo, estas facultades de inspección y determinación de incumplimientos en materia de normativa legal y la consecuente indicación de medidas de cumplimiento no puede extenderse en ningún caso a la posibilidad de determinación de la existencia de tercerización; pues, de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 507 de la LOTTT, las Inspecciones de las entidades de trabajo son para garantizar el cumplimiento de condiciones de trabajo (modo, tiempo y lugar de la prestación de servicios), de la salud y seguridad laboral y de la protección de la familia, la maternidad y la paternidad.

No puede entenderse que los Inspectores del Trabajo o los Supervisores del Trabajo tienen facultades para determinar la existencia de una tercerización porque la ley les da las facultades de inspeccionar condiciones de trabajo; pues como se ha expuesto las condiciones de trabajo están referidas al modo tiempo y lugar de la prestación de servicios y no a la calificación de las relaciones de trabajo.

Las condiciones de trabajo están referidas al modo (forma digna), lugar y tiempo (jornada de trabajo, días hábiles, horas extraordinarias y descanso vacacional) de la prestación de servicio.

Lo anterior, es compartido por Pró-Rísquez (2012) cuando indica que, según lo dispuesto tanto en la LOPT y en el DLOTTT 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. Siendo el Poder Judicial quien tiene 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.

Continúa Pró-Rísquez (2012) indicando que:

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 examen detallado de diferentes normas jurídicas, entre ellas del DLOTTT, 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 del DLOTTT, los referidos órganos administrativos no pueden dilucidar asuntos de naturaleza eminentemente jurídica, como sería la determinación de una simulación o fraude (p. 83).

Entonces las facultades del Inspector del Trabajo y/o del Supervisor del Trabajo para, de conformidad con los artículos 507, numeral 4, 514 y 515 de la LOTTT y 232 y 233 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, realizar inspecciones, determinar incumplimiento y disponer de medidas de cumplimiento están referidas al modo (forma digna y salud y seguridad laboral), lugar y tiempo (jornada de trabajo, días hábiles, horas extraordinarias y descanso vacacional) de la prestación de servicio y a la protección de la familia maternidad y paternidad y no a la determinación de la tercerización.

Por otro lado, la SPA del TSJ en sentencia N° 1459 del 10 de diciembre de 2015 (caso: Jorge Zapata Villarreal y otros vs. Carbones del Zulia, S.A.) ha decidido que, solo cuando se trate de procedimientos donde se alegue la inamovilidad laboral, tendrá la Inspectoría del Trabajo jurisdicción para pronunciarse sobre la tercerización y será jurisdicción de los Tribunales del Trabajo cuando la denuncia sea con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, estipulaciones de los contratos y la seguridad social, en los siguientes términos:

En aquellos casos en los cuales los trabajadores y las trabajadoras invoquen la tercerización como causal de inamovilidad, corresponderá a las Inspectorías del Trabajo resolver y decidir tales causales, por ser el órgano administrativo encargado en materia de Inamovilidad Laboral.

(...)

Por otra parte, cuando la tercerización se alegue dentro del marco de una demanda que se suscite con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, de las estipulaciones del contrato de trabajo y de la seguridad social, corresponderá a los órganos jurisdiccionales conocer de dichas reclamaciones, en atención a lo previsto en el artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

En el mismo sentido debemos señalar que cuando el artículo 47 de la LOTTT faculta a los órganos de la Administración Pública a establecer la responsabilidad que corresponda a los patronos en caso de simulación o fraude está refiriéndose a la

facultad de imponer la sanción prevista en el artículo 535 de la LOTTT una vez que la existencia de la simulación, fraude a la ley o tercerización ha sido establecida por en un proceso judicial. El artículo 47 de la LOTTT no faculta a la administración del trabajo a determinar si existe la tercerización.

En igual sentido, es importante tener en consideración que el artículo 26 de la CRBV, garantiza a los justiciables el derecho a una tutela judicial efectiva, razón por la cual la justicia debe ser cercana al justiciable, lo que nos permite afirmar que serían los Tribunales Laborales lo competentes para conocer de los Recursos de Nulidad que sean ejercidos en contra los Actos dictados por la Inspectoría del Trabajo.

Al respecto, el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil (CPC, 1987) indica que “la falta de jurisdicción del Juez respecto de la administración pública se declarará aun de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso”.

Por su parte, la competencia es un elemento subjetivo del acto administrativo, que incide en la aptitud del órgano para actuar en determinadas condiciones, lo que en este caso, se refiere a la materia sometida a su conocimiento – la declaratoria de tercerización-. El artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA, 1981) establece que los actos administrativos serán absolutamente nulos “4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes”.

En este sentido, puede afirmarse que en caso que la Inspectoría del Trabajo emita providencias administrativas declarando la existencia de tercerización en aquellos casos no relacionados con una solicitud de reenganche (materia de inamovilidad) tendrá que declararse la nulidad del acto administrativo, a través del ejercicio del Recurso de Nulidad.

Los Tribunales del Trabajo deben ser los competentes para calificar cuándo existe simulación o fraude del patrono y, en consecuencia, también para pronunciarse sobre su nulidad por materializar el supuesto de tercerización. Creemos que dicha actividad no corresponde a la Inspectoría del Trabajo por tratarse de asuntos de Derecho para lo cual carecen de competencia, recursos e infraestructura, lo cual viciaría el acto de nulidad.

Sin embargo, una vez determinada judicialmente la tercerización, podrán las autoridades administrativas imponer las sanciones que se establezcan a tales transgresiones.

Consecuencias jurídicas de la determinación de tercerización

El artículo 48 de la LOTTT (2012) establece que en los casos contemplados en ese artículo, los patronos deberán cumplir con los trabajadores todas las obligaciones derivadas de la relación laboral, debiendo incorporar a la nómina de la empresa principal a los trabajadores tercerizados. De igual forma, se indica que los trabajadores tercerizados gozarán de inamovilidad laboral mientras sean incorporados a la nómina de la empresa principal.

Las consecuencias indicadas en el mencionado artículo ofrecen algunas luces sobre los efectos de la determinación de tercerización y crean algunas preguntas aparentemente sin respuesta.

Ciertamente, la situación será distinta dependiendo del supuesto de tercerización del que se trate. En el caso del ordinal cuarto del artículo 48 que se refiere a los trabajadores que hayan firmado contratos de naturaleza civil o mercantil, resulta claro -porque siempre ha sido así- que, demostrado el fraude cometido, se deberá declarar la existencia de la relación de trabajo, retrotrayéndose sus efectos *ab*

inicio por lo cual el patrono deberá cumplir con sus obligaciones relacionadas en materia de seguridad y salud laboral, alimentación, guardería, educación y adiestramiento, salarios, beneficios legales y/o colectivos, prestaciones sociales e indemnizaciones.

Con ello, deberá pagar al trabajador todos los beneficios dejados de percibir desde el inicio de la relación laboral, debiendo adjudicar los montos mensuales pagados como salario y otorgando el necesario impacto de los mismos en todos los beneficios laborales, así como pagar y conceder todos los beneficios dejados de percibir tales como vacaciones, utilidades, prestaciones sociales, bonificaciones y otros.

Sin embargo, la situación no es tan meridianamente clara en el caso de los ordinales uno al tres del artículo 48 de la LOTTT, toda vez que estos se tratan de trabajadores que eran reconocidos como tal, si bien se pretendía que trabajaban para otras empresas.

En ese sentido, puede entenderse que esos trabajadores gozaban de los beneficios propios del derecho del trabajo, recibiendo salarios de manera mensual y siendo incorporados a la seguridad social. De no ser así, queda claro que la empresa principal tendría la obligación de pagar todos los beneficios dejados de percibir desde el inicio.

No obstante, ¿Qué ocurre en el caso de los trabajadores que siempre recibieron los beneficios de manera legal, aunque lo hicieran de parte del patrono encubierto?, o ¿Qué ocurre si los trabajadores tercerizados recibían beneficios laborales inferiores a los otorgados a los trabajadores de la empresa principal?; ¿Tendrán estos derecho a recibir la diferencia de los beneficios dejados de percibir?, si es así, ¿Con base en qué disposición legal puede afirmarse tal resultado y desde qué

fecha se adquiere ese derecho, desde la declaratoria de la tercerización o desde el inicio de la relación de trabajo?.

Puede argumentarse que en el evento de simulación o fraude el patrono tendrá que como propios a los trabajadores de la contratada y asumir los pasivos laborales causados. Sin embargo, lo mismo no está contemplado de manera expresa en la LOTTT (2012).

Aunque la legislación no lo señala, es equitativo concluir que al declararse la tercerización, la beneficiaria deberá asumir todos los pasivos desde la fecha de ingreso de los trabajadores de la contratada, con el correspondiente pasivo de beneficios laborales dejados de pagar.

Por otro lado, la LOTTT en su artículo 535 dispone la imposición de una multa para los patronos incurso en actos de simulación o fraude con el propósito de desvirtuar, desconocer, u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral no menor del equivalente a 120 unidades tributarias, ni mayor a 360 unidades tributarias; pudiendo incluso revocarse la solvencia laboral, de conformidad con el artículo 553 de la LOTTT.

Sin duda, la mayor sanción para los patronos tercerizadores es la obligación de asumir la nómina de los trabajadores tercerizados, teniendo en cuenta que en muchos casos impondría duplicar la nómina que venían manejando anteriormente con el costo económico y logístico que ello implica.

CONCLUSIONES

1. La historia del hombre y la historia del trabajo están entrelazadas de manera inseparable siendo ambas objeto de cambios y transformaciones. El hombre obtiene de su capacidad para trabajar y de los servicios que presta, los medios necesarios para su subsistencia. Frente al hombre trabajador, se encuentra el hombre como dueño de empresa y la empresa como estructura que aboga por su crecimiento y evolución.
2. La necesidad de evolución de la empresa ha producido modificaciones en las maneras de organizar la producción para lograr el objetivo de crear riquezas y producir bienes y servicios de la manera más eficiente. El Derecho del Trabajo lucha por mantenerse relevante ante tan variados cambios y mantener la protección de sus sujetos.
3. Entre los métodos de descentralización o externalización de funciones se cuentan la subcontratación, la intermediación, las cooperativas y la tercerización. La tercerización, como objeto del presente trabajo, consiste en la contratación de un tercero para realizar labores periféricas no esenciales al proceso productivo de la empresa principal. Sin embargo, en Venezuela la tercerización ha sido definida como el fraude o la simulación que tiene como objetivo obstaculizar la aplicación de la legislación del trabajo y se han indicado las situaciones fácticas objeto de prohibición.
4. Solamente en el caso de concierto entre las situaciones descritas por la LOTTT y el acto volitivo de simular o defraudar estaremos en presencia de tercerización según la Ley venezolana y tras su declaración, los patronos tendrán la obligación de incorporar a los trabajadores tercerizados en su

nómina, quienes estarán amparados por la inamovilidad laboral mientras se completa tal obligación y deberán asumir el pasivo por los beneficios dejados de pagar, desde el inicio de las relaciones de trabajo individuales

5. A pesar de lo indicado por la LOTTT, los Tribunales del Trabajo son el órgano competente para determinar la existencia de tercerización, y los órganos administrativos podrán imponer la sanción correspondiente, una vez sea declarada la tercerización por el órgano judicial.

RECOMENDACIONES

Basado en la investigación realizada y en la política laboral desplegada en nuestro país, si bien afirmamos que es posible la existencia de tercerización sin fraude o simulación, proponemos la adopción de medidas de protección de los trabajadores y de la relación de trabajo, en los siguientes términos:

1. Los patronos deben evitar la contratación de firmas personales o contratación de personas naturales. Recomendamos que se utilicen personas jurídicas debidamente constituidas.
2. Las contratistas o proveedores de servicios profesionales deben prestar sus servicios empleando para ello sus propios elementos, equipos, personal y demás medios necesarios. En tal sentido, en la medida que las contratistas o proveedores de servicios profesionales deben prestar sus servicios cuenten con su propio personal (y que no dispongan de personal de la Compañía), cuenten preferiblemente con su propio asiento físico (no disponga del espacio propio de la Compañía) y ejecuten sus servicios utilizando sus propios elementos (i.e. propiedad de los recursos que utilizan para prestar el servicio); en esa misma

medida se garantizará con mayor seguridad que la relación jurídica pactada no tiene naturaleza laboral.

3. Los actores de la relación de trabajo deben combatir cualquier tipo de simulación o fraude en las relaciones de trabajo e instruir de manera adecuada a los Jueces, Inspectores del Trabajo y demás auxiliares de justicia relacionados, de los términos en los que está planteada la tercerización a nivel legal en Venezuela, para qué logren identificar los casos en los que realmente existe tercerización, basada en elementos jurídicos y fácticos y no solo en presunciones.
4. La jurisprudencia debe determinar de manera certera el alcance de la protección otorgada a los trabajadores en contra de la tercerización, limitar la misma a los términos legales para evitar confusiones respecto a los derechos de los que son titulares y qué deben esperar de la acción de los órganos administrativos y jurisdiccionales del Estado.
5. La jurisprudencia debe delimitar el papel de la Inspectoría del Trabajo en relación con la tercerización. Procurar la realización de parte de ésta de inspecciones sin que ésta determine existencia de tercerización y evitar que se fijen medidas cautelares y sanciones sin contradictorio.
6. La jurisprudencia debe reservar la decisión de controversias relacionadas con la determinación de tercerización a los Tribunales del Trabajo, órganos con la competencia, conocimiento e infraestructura para asumir las discusiones del tema.

REFERENCIAS

Alfonzo- Guzmán, R. (2007). *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo venezolana*. Caracas: Asociación Venezolana de Abogados Laboralistas.

Alfonzo- Guzmán, R. (1999). *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo* (10ma ed.). Caracas: Servilibros.

Alonso, M., y Casas, M. (1998). *Derecho del Trabajo* (16ma ed.). Caracas: Civitas.

Atienza, M. y Ruíz. J. (2000). *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madrid: Trotta.

Bontes, I. (2011). Tercerización o nuevas formas de trabajo. Realidad legislativa venezolana: ¿deben regularse o eliminarse?. En *Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social* (pp. 297-316). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Cabanellas, G. (1998). *Diccionario de Derecho Laboral*. Buenos Aires: Heliasta.

Caamaño, E. (2007). La descentralización productiva y el surgimiento de nuevas formas de empleo autónomo. *Revista de Derecho de la Empresa*, 12, 9-30.

Cabanellas, G. (2001). *Compendio de Derecho Laboral*. Buenos Aires: Heliasta.

Carballo, C. (1995). Comentarios sobre la simulación en el Derecho del Trabajo venezolano. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, (95), 16-57.

- Chacón, G y Laffé. I. (2004). *Resistencia en los trabajadores de RRHH hacia el Cambio una vez implementado un proceso de Tercerización*. (Trabajo de Grado). Recuperada de la base de datos Biblioteca UCAB. (Núm. AAQ1268).
- Código de Procedimiento Civil. (1987). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 3.970 (Extraordinario), marzo 13, 1987.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 5.253 (Extraordinario), marzo 24, 2000.
- Decreto con Fuerza de Ley Especial de Asociaciones Cooperativas. (2001). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 37.285, septiembre 18, 2001.
- De la Garza, E. (2005). *Las teorías sobre la reestructuración productiva y América Latina*. Recuperado de <http://sgpwe.izt.uam.mx/pages/egt/publicaciones/libros/Tratadolatinoamericanodesociologiadeltabajo/Teoriassobrelarestructuracion.pdf>
- De la Garza, E. (2011). *Metodología marxista, hacia una propuesta configuracionista. Tratado de metodología de las ciencias sociales. Perspectivas actuales*. (pp. 229-254). México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Escudero, L. (2010). El Empresario. En *Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Proceso Laboral*. (pp. 509-553).
- Ferrara, F. (1960). *La simulación de los negocios jurídicos*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

- Ganga, F y Toro, I. (2008). Externalización de funciones: algunas reflexiones teóricas. *Journal of Management Economics and Economics for Iberoamerica*, 4 (107). Recuperado de https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/estudios_gerenciales/article/view/261/html.
- García, J. (2012). *Sustantivo Laboral en Venezuela*. Caracas: Ediciones Liber.
- González, M. (2006). Flexibilización de las relaciones laborales. Una perspectiva teórica postfordista. *Revista Gaceta Laboral*, 12 (1), 33-68.
- Hernández, O. (2013). La tercerización: ¿fraude empresarial o forma de descentralización empresarial.? *Revista Derecho del Trabajo*, 16, 101-117.
- Hernández, O. y Hernández, M. (2011). Descentralización empresarial y responsabilidad laboral en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En *Estudios Homenaje a la Memoria del Profesor Rafael Caldera*. Barquisimeto: UCAB.
- Iranzo, C. y Richter, J. (2012). Las implicaciones de la subcontratación laboral. *La subcontratación laboral en América Latina: miradas multidimensionales*. (pp 41-68). Medellín: Escuela Nacional Sindical.
- Irureta, P. (2013). Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 40. Doi: 10.4067/S0718- 68512013 0001 00 007
- Jaime, H. (2003). *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*. Barquisimeto: Jurídicas Rincón.

Jiménez, F. (2012). *Los Grupos de Empresa y la Relación Individual de Trabajo en el Marco de una Economía Productiva Descentralizada*. Recuperada de la base de datos Tesis Doctorales en Xarxa. (Núm. UMI 10803/87344)

Ley de Inamovilidad Laboral. (2015). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 6.207 (Extraordinario), diciembre 28, 2015.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2002). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 37.504, agosto 13, 2002.

Ley Orgánica del Trabajo. (1997). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 5.152 (Extraordinario), junio 19, 1997.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (1981). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 2.818 (Extraordinario), julio 1, 1981.

Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. (2012). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 6.076 (Extraordinario), mayo 7, 2012.

Mansilla, M. (2013). Fraude a la ley: *fraus legis facta*. *Cultura Jurídica*. 105-117. Recuperado de [http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ\(Art_7\).pdf](http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ(Art_7).pdf).

Martín, V., Rodríguez- Sañudo, F. y García, J. (2009). *Derecho del Trabajo* (18va ed.). Madrid: Tecnos.

- Martínez, H. (2005). La empresa y los grupos de empresa. *Ensayos Laborales*. Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Estudios Jurídicos, N° 12.
- Medina, R. (2012). La tercerización. En 2do Congreso Nacional de la Nueva LOTTT. Caracas: Fundación Universitas.
- Mújica, M. (2014). Tercerización laboral: Práctica prohibida en la Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras. *Observatorio Laboral Revista Venezolana*, 7 (13), 79-93.
- Murgas, R. (2011). Las situaciones de fraude en la relación de trabajo. Doctrina derecho compatado y situación en el derecho panameño. En *Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social*. (pp. 241-272). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Oficina Internacional del Trabajo. (2009). *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. Lima. Ermida Uriarte, O y Colotuzzo N.
- Organización Internacional del Trabajo. (2003). *El ámbito de la relación de trabajo, Informe V, Conferencia Internacional del trabajo, 91° reunión*. Ginebra: Autor.
- Ortiz, A. (2003). Externalización de actividades y estabilidad en el empleo: subcontratación, contratos temporales y despidos por causas económicas. En *Descentralización Productiva y Responsabilidades Empresariales. El "Outsourcing"*. (pp. 219-256). Navarra: Thomson Aranzadi.
- Peña, José. (2005). *La potestad sancionatoria de la Administración Pública*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

- Pérez, F. (1990). *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Plá, A. (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo*. (3era. ed.). Buenos Aires: De Palma.
- Pró-Rísquez, J. (2015). *La Tercerización y La Subcontratación: En el marco del Decreto Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras*. Caracas: Legis.
- Racciatti, O. (2008). Tercerización: exteriorización del empleo y la descentralización Productiva. *Revista Derecho Laboral*, 185, 1-25.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. lema.rae.es/drae/?val=empresa
- Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. (2006). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 38.426, abril 28, 2006.
- Sanguinetti, W. (2007). Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del trabajo. *Revista de Derecho Social de Latinoamérica*, 3. Recuperado de <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2008/12/06/las-transformaciones-del-empleador-y-el-futuro-del-derecho-del-trabajo/>
- Saturno, G. (2009). *La Relación de Trabajo*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Saturno, G. (2011). Tercerización y grupo de empresas en Venezuela. *Revista Gaceta Laboral*, 17, 2013-253.

Sennet, R. (2000). *La corrosión del carácter*. Barcelona: Anagrama.

Sempere, A. (2010). Derecho del trabajo, seguridad social y proceso laboral. *Las contratas y subcontratas de obras y servicios* (pp. 556-616). Madrid: La Ley.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social (2000). Sentencia N° 366. Magistrado Ponente: Omar Alfredo Mora Días. Caso: Harold José Franco Alvarado contra Aerobuses de Venezuela, C.A. y otro. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/A366-090800-00197.HTM>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social (2002). Sentencia N° 302. Magistrado Ponente: Omar Alfredo Mora Días. Caso: Juvenal Aray y otros contra Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional De Maiquetía (I.A.A.M.). Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/mayo/RC302-280502-01811.HTM>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social (2002). Sentencia N° 498. Magistrado Ponente: Omar Alfredo Mora Días. Caso: Mireya Beatriz Orta De Silva contra Federación Nacional de Profesionales de la Docencia- Colegio de Profesores de Venezuela (FENAPRODO-CPV). Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/0808-11608-2008-071520.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social (2006). Sentencia N° 552. Magistrado Ponente: Juan Rafael Perdomo. Caso: Pedro Ramón Requena

Hernández y otros contra Transporte Benito Casaña y otro. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/2022-121206-06612.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social (2006). Sentencia N° 864. Magistrado Ponente: Carmen Elvigia Porras de Roa. Caso: Luis Molero vs Asociación Cooperativa de Gandolas de Volteo. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/0552-300306-051285.HTM>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social (2006). Sentencia N° 874. Magistrado Ponente: Luis Eduardo Francheschi Gutiérrez. Caso: Rafael Bracho y otros vs. Concretos Industriales, C.A y otra. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/mayo/0874-250506-06040.HTM>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social (2006). Sentencia N° 2022. Magistrado Ponente: Juan Rafael Perdomo. Caso: Pedro Ramón Requena Hernández y otros contra Transporte Benito Casaña y otro. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/2022-121206-06612.HTM>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social (2007). Sentencia N° 201. Magistrado Ponente: Juan Rafael Perdomo. Caso: Hernando Felipe Méndez vs BP Venezuela Holding Limited. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/febrero/0201-130207-061279.HTM>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social (2007). Sentencia N° 720. Magistrado Ponente: Omar Alfredo Mora Días. Caso: Misael Ramón Finol vs BP Venezuela Holding Limited. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/abril/0720-120407-061294.HTM>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social (2007). Sentencia N° 1940. Magistrado Ponente: Carmen Elvigia Porras de Roa. Caso: Ender Leonardo Perea Ferrer contra FEDECAR y otro. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/1940-021007-07934.HTM>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social (2010). Sentencia N° 437. Magistrado Ponente: Luis Eduardo Francheschi Gutiérrez. Caso: Manuel Yáñez Fernández contra Empresa de Inspección y Control de Venezuela, C.A.. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/mayo/0437-11510-2010-08-2000.HTML>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social (2014). Sentencia N° 1405. Magistrado Ponente: Omar Alfredo Mora Días. Caso: Nohelys Yulimar Urdaneta y otros contra Inversiones Sharon Empresa de Trabajo Temporal. Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/169245-1405-31014-2014-12-698.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa (2014). Sentencia N° 727. Magistrado Ponente: Emilio Ramos González. Caso: Luis Enrique Dávila contra INDUSERVI, C.A. y Procter & Gamble Industrial De Venezuela, C.A.). Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/164266-00727-15514-2014-2014-0554.HTML>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa (2015). Sentencia N° 1459. Magistrado Ponente: Emiro García Rosas. Caso: Jorge Zapata Villarreal y otros contra Carbones del Zulia, S.A.). Recuperado de <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/183683-01459-101215-2015-2015-0230.HTML>.

Ugarte , J. (2006). Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores. *Ius et Praxis*, 12(1). Recuperado de, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122006000100002&lng=en&tlng=es. 10.4067/S0718-00122006000100002.

Vera, A. (2013). Límites a considerar en el uso de la tercerización entre las empresas de un mismo grupo. La experiencia peruana. *Revista Derecho del Trabajo*, 15, 406-424.