

28 de Junio de 2012

Tercerización Bajo la Nueva Ley Laboral Venezolana

Por Emma Neher

La reciente reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela impacta a los empleadores locales y multinacionales en diversos aspectos, especialmente lo relacionado con la práctica de tercerización. La nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (en lo adelante "LOTTT") entró en vigencia el 07 de mayo de 2012 y en términos generales prohíbe la tercerización, definida como "simulación o fraude cometidos por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral." La LOTTT otorga al Ministerio del Trabajo la responsabilidad de investigar las presuntas violaciones y la imposición de sanciones de acuerdo a la Ley.

Expresamente la LOTTT prohíbe la contratación de servicios a través de terceros para realizar labores permanentes y que se llevarán a cabo en las instalaciones del beneficiario, cuando los servicios estén directamente relacionados con los procesos productivos del beneficiario, y las operaciones del beneficiario podrían verse afectadas o interrumpidas sin esos servicios. Adicionalmente, la ley prohíbe la contratación de trabajadores a través de intermediarios o entidades creadas por el beneficiario con el propósito de evitar el cumplimiento de las obligaciones del beneficiario o desmejorar las relaciones de trabajo. Por lo tanto, ni la intermediación (por ejemplo, la simple provisión de personal) ni el uso de contratos de servicios profesionales están permitidos cuando el acuerdo se celebre con la intención de disfrazar una relación laboral. Un factor determinante para todas estas prohibiciones es la **intención de fraude** o evasión de las obligaciones laborales.

Es importante resaltar que la LOTTT permite un período de adaptación de tres (3) años, desde el 7 de mayo de 2012 al 7 de mayo de 2015, para los beneficiarios de los servicios absorber a los trabajadores tercerizados en su nómina. Durante el período de adaptación y hasta la fecha de su incorporación en la nómina, los trabajadores tercerizados no podrán ser despedidos y tienen derecho a los mismos beneficios y condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores del beneficiario.

Disposiciones Claves de la LOTTT con Respecto a la Tercerización

Responsabilidad Solidaria para el Beneficiario del Servicio y el Contratista

Es importante destacar que la contratación de contratistas "per se" no está prohibida por la LOTTT, siempre que el servicio sea ejecutado usando los propios recursos y empleados del contratista.

Juan Carlos Varela & Asociados, S.C.
RIF J-30622070-4

Avenida Blandin
Centro San Ignacio
Torre Kepler, Piso 9, Ofic 9-2
La Castellana, Caracas, 1060
Venezuela

No obstante, la ley dispone que el contratista y el beneficiario de los servicios podrán ser considerados solidariamente responsables por todas las obligaciones relacionadas con el empleo, si los servicios son considerados "inherentes" o "conexos" con las actividades del beneficiario.

Un servicio es "inherente" o "conexo" con las actividades del beneficiario cuando la actividad es de la misma naturaleza o está estrechamente relacionada con la actividad del beneficiario, o el volumen de las actividades en beneficio de un cliente es la fuente principal de ingresos del contratista. De darse este caso, el contratista y el beneficiario serán solidariamente responsables por todas las obligaciones laborales y los empleados del contratista tendrán los mismos derechos disponibles que el personal del beneficiario.

Facultades de Ejecución de las Autoridades Administrativas

El Inspector del Trabajo está facultado para iniciar una inspección para determinar si una actividad de tercerización o violación a la LOTT ha ocurrido. Cuando se determina que una compañía tiene trabajadores tercerizados, la compañía sería responsable por multas y sanciones penales, como se describe abajo. Adicionalmente, el Inspector del Trabajo puede emitir una orden de reenganche para que la compañía "absorba" o incorpore al trabajador "tercerizado" en la nómina de la compañía, incluso si el trabajador nunca formó parte de la fuerza de trabajo de la compañía.

El desacato de la empresa en el cumplimiento de una orden de "reenganche" tendría severas consecuencias. Primero, los representantes de la compañía estarán sujetos a una investigación criminal y/o a prisión. Adicionalmente, el recurso de nulidad contra la orden de "reenganche" no será admitido a menos que se certifique que la compañía cumplió con dicha orden.

Además, y que puede ser el aspecto más draconiano de la nueva ley, el Inspector del Trabajo e incluso funcionarios de menor rango están ahora investidos de amplios poderes para actuar con la fuerza pública (policía o militares) para hacer cumplir la orden. Si la compañía suspende sus actividades o cesa sus operaciones, las autoridades laborales pueden también, a su propia discreción y sin permitir a la compañía ninguno tipo de debido proceso, emitir órdenes de apropiación para que el gobierno la ocupe y se haga cargo de la operación de la compañía.

Multas y Sanciones Penales

Las multas y sanciones penales pueden ser impuestas al empleador que haya cometido fraude o que mantenga actividades de tercerización después del período de tres (3) años de adaptación. Las multas están en un rango entre 120 y 360 unidades tributarias (aproximadamente US\$ 2.500 a US\$ 7.500). Adicionalmente, el empleador que incumpla u obstruya el cumplimiento de una orden emitida por el Inspector del Trabajo puede sufrir pena de prisión de seis (6) a quince (15) meses.

RECOMENDACIONES

Aunque la LOTT ha establecido una distinción legal entre tercerización (actividad prohibida) y la provisión de servicios por un contratista (que está permitido), para determinar si una empresa incurre tercerización es necesario contar con factores y criterios de las autoridades laborales y los tribunales que aún no han sido emitidos. Esperamos que el Reglamento de la LOTT incluya lineamientos específicos y criterios para analizar y determinar cuándo se incurre en tercerización, o cuando la actividad es realizada con la intención de defraudar o evadir el empleo y las leyes laborales.

En el ínterin, durante el período de tres años de implementación, las compañías deben evaluar su cumplimiento con la ley. Si los servicios han sido subcontratados a terceros, las compañías deben determinar si el tercero (i) califica como "contratista" dentro del concepto de la ley; (ii) ejecuta los servicios usando sus propios recursos y empleados; y (iii) asume todos los riesgos y costos relacionados con la conducción de sus actividades.

En lo que respecta a los servicios provistos por terceros bajo contrato, los elementos que las empresas deben evaluar, incluyen (i) el tipo de actividad a ser ejecutada por el contratista; (ii) el lugar de la prestación de los servicios; (iii) el volumen de ingresos generados por el contratista por cada servicio; (iv) la duración y permanencia de los servicios provistos a través del tercero; y (v) los beneficios garantizados por el contratista a su personal.

Como el contratista y el beneficiario de los servicios pueden ser solidariamente responsables por las obligaciones laborales, las compañías también deben evaluar el impacto de tener que "absorber" los trabajadores tercerizados (por la incorporación del personal del contratista en

la nómina del beneficiario) en el caso que las autoridades laborales determinen que la tercerización ha ocurrido en violación de la ley. Para efectos de calcular la exposición al riesgo, el período a considerar sería desde el 7 de mayo de 2012 a el 7 de mayo de 2015, que es cuando finaliza el período de adaptación de tres años.

[Emma Neher](#) es Socia en la oficina de Littler en Caracas, Venezuela. Si desea obtener más información, por favor contacte su abogado Littler al + 58.212.610.5464, 1.888.Littler, o info@littler.com. Usted puede contactar a la Sra. Neher vía ENeher@Littler.com.