

DISCURSO DE CONTESTACIÓN DEL ACADÉMICO  
DR. RAMÓN ESCOVAR LEÓN\*

Dr. César Carballo Mena, Individuo de Número Electo  
Presidente y demás miembros de la Junta Directiva de la Academia de  
Ciencias Políticas y Sociales  
Señores Académicos  
Señores Presidentes de otras Academias  
Sra. Eli Silva Martínez, Diego y Fernando Carballo Catalá  
Sra. Carmen Alicia Mena de Carballo y demás miembros de la familia  
Carballo  
Invitados especiales  
Señoras, Señores

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales recibe hoy a César Augusto Carballo Mena, un laboralista de sólida cultura jurídica, de vocación universitaria, con amplia producción jurídica e intenso ejercicio profesional; actividades que ejerce con brillo y honestidad.

Conozco bien al nuevo académico, porque el destino puso en mi camino la posibilidad de ser el tutor de su tesis doctoral, titulada *Relación de Trabajo. La Técnica del test de laboralidad*<sup>1</sup> presentada en la Universidad Católica Andrés Bello, con la cual obtuvo la mención de honor; distinción que recibió sobre la base de la relevancia del tema escogido, la metodología utilizada y por ser un aporte original a la ciencia jurídica venezolana.

---

\* Abogado *summa cum laude* (UCAB: 1974). Licenciado en Letras *Magna Cum Laude* (UCV: 2016). Magister en Administración de Empresas (UCAB: 1997). Doctor en Derecho (UCV: 1990). Profesor Titular UCV y UCAB. Profesor en la Escuela de Letras UCV. Miembro de Número del Instituto Venezolano de Derecho Social. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

<sup>1</sup> Caracas, UCAB, 2016

El nuevo académico es profesor en la Universidad Católica Andrés Bello (Ucab) desde el año 1991. Es jefe del Departamento de Derecho Social y de la Cátedra de Derecho Colectivo; investigador adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas, ambas en la misma Universidad. También es; profesor invitado en la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina) y en la Universidad Libre (Bogotá Colombia). Es, igualmente, expositor en eventos nacionales e internacionales.

El académico que hoy se incorpora ha publicado seis libros, otros cinco a cuatro manos (4 con Humberto Villasmil Prieto y 1 con el catedrático de la Universidad de Salamanca, Wilfredo Sanguineti Raymond), y ha coordinado 3 obras jurídicas: *Debate laboral y Constitución de 1999*, *Estudios de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en homenaje a la memoria del Prof. Rafael Caldera*, y *Ensayos del I Congreso de Derecho Social*. Al mismo tiempo, ha publicado más de treinta artículos científicos.

En la función pública fue consultor jurídico (1994-1995) y viceministro del Ministerio del Trabajo (1997-1999); fue corredactor del proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997; y coordinador del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999. Por esta última labor fue condecorado por el Rafael Caldera con la Orden Mérito al Trabajo en su primera clase.

#### **GONZALO PARRA ARANGUREN**

Estas credenciales de mérito académico fueron ponderadas por los miembros de la Academia de Ciencias y Políticas y Sociales al momento de elegirlo para ocupar el sillón número 29, vacante por el lamentable fallecimiento del Maestro Gonzalo Parra Aranguren, hecho ocurrido el día 2 de diciembre de 2016.

Voy referirme brevemente a la figura estelar de Parra Aranguren, quien en vida tuvo una productiva carrera en el mundo jurídico nacional e internacional. Apenas ocurrió su muerte publiqué un artículo en *El Nacional* en su edición digital del día 8 de diciembre de 2016. Voy a recordar lo que expresé en esa oportunidad.

Quienes tuvimos el privilegio de ser sus alumnos podemos dar fe de la calidad de sus clases de Derecho Internacional Privado en las cuales hacía fácil lo complejo y claro lo oscuro. Esta materia fundamental en la formación de los abogados requiere que el expositor pueda presentar, con claridad y sencillez, temas relativos a la determinación de la jurisdicción y el derecho aplicable, eficacia extraterritorial de sentencias y otras equivalentes.

En el caso de Parra Aranguren todo se hacía, además, de una manera muy grata y hasta con un fino humor. Sus clases comenzaban a la hora fijada y terminaban en el momento exacto. Era un hombre de una puntualidad admirable. Tengo la fortuna de que mi título de abogado lleva su firma, lo que constituye un compromiso y un estímulo.

Parra Aranguren no solo se destacó desde el aula universitaria, sino que dejó una huella indeleble como juez nacional e internacional, como doctrinario, como litigante y como deportista, pues fue campeón de tenis en la categoría de veteranos.

Desde 1958 ejerció la magistratura judicial como Juez Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda, y sus sentencias eran (y siguen siéndolo) utilizadas como material de estudio en Derecho Civil, Mercantil, Procesal Civil, Procesal Internacional e Internacional Privado. Una de esas decisiones constituyó un estudio sobre las obligaciones en moneda extranjera.

Como Parra Aranguren había estudiado en Alemania y en Nueva York, conocía la más avanzada doctrina sobre la materia para la época. Su tesis doctoral, presentada en la Universidad de Múnich, versa sobre la regla *Locus regit actum*. Además de la autoridad intelectual que respaldaba sus decisiones, las mismas iban, además, rubricadas por su autoridad moral, su independencia de criterio y su dignidad.

Su producción jurídica como doctrinario fue muy rica, pero la reseña de toda su vasta obra excede los límites de este discurso. Solo mencionaré aquí sus trabajos sobre *La nacionalidad venezolana originaria* (1964) y *Ensayos de Derecho Procesal Civil Internacional* (1986). También vale la pena destacar su *Curso general de Derecho internacional privado. Problemas selectos*, dictado en la Academia de La Haya en 1988. Cada uno de sus estudios significó un aporte seminal para el área de estudio que he referido.

Asimismo, Parra Aranguren se destacó significativamente en la vida gremial y académica. Fue miembro del Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y de la Escuela de Derecho de la UCAB. También fue Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, cargo que ejerció con brillo. En todos estos espacios hizo sentir su personalidad y lucidez y terminó como juez de la Corte Internacional de Justicia, cargo al cual fue designado en 1996 y reelecto en 1999 para cumplir funciones hasta el año 2009.

Entre los innumerables aportes del profesor Parra Aranguren, hay que destacar su participación estelar en el impulso de la cátedra de Derecho Internacional Privado en las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello. Estoy convencido de que hay dos áreas del Derecho venezolano que viven un momento de esplendor y son: el Derecho Laboral y el Internacional Privado.

El desarrollo de este último se debe a que esta cátedra contó con la presencia de tres profesores de relevancia intelectual: Joaquín Sánchez Covisa, Gonzalo Parra Aranguren y Tatiana de Maekelt. Esto explica que tengamos una moderna Ley de Derecho Internacional Privado –en cuyo proyecto original (1963-1965) participó el profesor Parra Aranguren, junto con Joaquín Sánchez Covisa y Roberto Goldschmidt–y la calidad de las tesis que se están produciendo en la Maestría de Derecho Internacional Privado de la UCV. Estos tres juristas excepcionales supieron crear una generación de relevo en cuyas manos se mantiene la elevada producción científica. En la actualidad, la cátedra se encuentra en las manos de Eugenio Hernández Bretón y Claudia Madrid quienes han garantizado la continuidad de la calidad académica que sus maestros impusieron a la cátedra de Derecho Internacional Privado.

La partida de Gonzalo Parra Aranguren nos recuerda que en la era de los gobiernos civiles nuestro país contó con venezolanos que ejercieron la magistratura con probidad, generando decisiones transparentes, de elevada calidad jurídica y confiables. En esa época era posible que un venezolano independiente y de sólida formación intelectual pudiese ocupar un cargo de juez. Hombres como Parra Aranguren solo pueden desarrollar su sabiduría en un ambiente de libertades.

#### **PERFIL FAMILIAR DE CÉSAR CARBALLO MENA**

El nuevo académico es hijo de Augusto Carballo Alarcón, quien nació el 24 de mayo de 1924 en La Palma, España (Provincia de Santa Cruz de Tenerife). Viajó a Venezuela el 15 de agosto de 1951, un año antes había llegado a nuestro país, Miguel Antonio Carballo Hernández, abuelo de César, dejando atrás la larga posguerra civil y sus penurias económicas.

Luego llegaron su abuela María de los Reyes y sus tías Amparo y Carmen María. Carballo Mena es, entonces, de origen canario, la tierra de Benito Pérez Galdós y de gente emprendedora con alto sentido del deber cumplido.

Augusto Carballo Alarcón adquirió la nacionalidad venezolana el 8 de abril de 1957 y luego lo hicieron los demás miembros de su familia. Nunca más regresaron a su primera patria y vivieron siempre en la misma casa –en la California Sur- y todos, uno tras uno, en ella murieron. Augusto falleció el 5 de agosto de 2002.

Carmen Alicia Mena Ramos, madre de César, nació en La Victoria, Estado Aragua el 1 de agosto de 1933. Todavía vive en la casa de La California. Junto a su esposo se concentró en la educación de su hijo, como tarea fundamental de su vida.

César está casado en segundas nupcias con Eli Silva Martínez, quien dará a luz en unos días a Ignacio, su tercer hijo. Diego y Fernando Carballo Catalá son sus dos hijos nacidos en su primer matrimonio. Diego estudiaba Comunicación Social en la Ucab y acaba de migrar a España, como uno de los jóvenes venezolanos que han perdido la esperanza de un futuro debido al “socialismo del siglo XXI”. Fernando estudia tercer año de bachillerato en el Institutos Educativos Asociados (El Peñón).

### **EL DERECHO LABORAL DE HOY**

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales no contaba en los años recientes con un laboralista. En el pasado formaban parte de esta Corporación Rafael Caldera y Víctor M. Álvarez quien fue presidente y secretario de esta Academia.

Esta Corporación tiene actualmente una amplia y distinguida representación del Derecho Administrativo. En menor medida cuenta con constitucionalistas, mercantilistas, civilistas, procesalistas y un penalista. El balance por materias es una necesidad para equilibrar las distintas áreas de la ciencias jurídicas y políticas.

La elección de César Carballo Mena es una manera de reconocer la importancia que el Derecho Laboral venezolano ha adquirido tanto nacional como internacionalmente. La doctrina y jurisprudencia venezolana es una referencia, especialmente en el tema de la simulación del contrato de trabajo, dentro del cual la figura de la tercerización es un tema afín.

La ley del trabajo tiene por objeto la protección del trabajo como *hecho social* y la garantía de los derechos de los trabajadores. Esta es la regla rectora del Decreto de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (Dlottt), llamado así por el “socialismo del siglo XXI”. Este título es excluyente porque no considera a uno de los sujetos de la relación laboral que es el empleador. Se trata, además, de una la ley autoritaria porque no es producto de un diálogo tripartito (Estado, trabajadores y empleadores) sino una imposición del presidente de la república.

El trabajo visto como *hecho social* es de inspiración socialcristiana y el concepto fue expuesto por Rafael Caldera en su mencionado *Derecho del trabajo*. Fue el propio Caldera quien lo incorpora en la ley de 1990. Pero el *proceso social del trabajo* es un concepto acuñado por Carlos Marx, quien lo desarrolla en el capítulo II del libro I de su obra *El capital* (1867).

La noción “trabajo” es el eje central de la obra del filósofo alemán, creador del comunismo. Entonces, a partir de aquí se ve la mezcolanza ideológica en el manejo de los conceptos. La Dlottt –que es una ley de transición hacia el

Estado socialista– menciona *el proceso social del trabajo* en 63 oportunidades para dejar bien clara su inspiración marxista.

No obstante, la legislación laboral no puede tener como propósito quebrar ni sancionar empresas productivas. La interpretación de la ley del trabajo debe hacerse teniendo en cuenta el efecto que produce en la economía y en las posibilidades de expansión de la riqueza. La protección de los derechos laborales no es incompatible con ese propósito. Esta idea es necesaria al examinar los casos de *tercerización* que es el tema del trabajo de incorporación del nuevo académico.

El Derecho Laboral venezolano cuenta con juristas notables que han producido una obra de referencia en el Derecho Comparado. Se puede afirmar sin vacilar que esta es un área del Derecho venezolano con contribuciones originales a la ciencia jurídica en general. Este recorrido se inicia con la publicación de tesis doctoral de Rafael Caldera titulada Derecho del Trabajo (1939) y no ha detenido su expansión con la publicación de estudios monográficos, la realización de congresos y el prestigio del que disfruta la cátedra en varias universidades venezolanas.

En este contexto, el Instituto Venezolano de Derecho Social, ocupa un lugar relevante como promotor de los estudios del Derecho Laboral, por medio de sus congresos anuales. En este trabajo destaca el liderazgo de Juan García Vara, quien fue un juez probo y reconocido al desarrollar una jurisprudencia innovadora. César Carballo Mena es el actual vicepresidente de su junta directiva y ocupa el número 29; y por un juego del destino es el mismo número que pasará a ocupar desde hoy en esta Academia.

La jurisprudencia, por su parte, hizo aportes en el pasado en distintas materias, como, por ejemplo, la simulación del contrato de trabajo, el resarcimiento del

daño moral y el trabajador internacional. Jueces destacados como Alberto Martini Urdaneta, Juan Rafael Perdomo, Omar Mora y Alfonso Valbuena consolidaron –cada uno desde sus posiciones ideológicas–, la justicia laboral.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo introdujo la casación de instancia y significó un avance en el Derecho Procesal venezolano. Todo marchó bien porque se mantuvo un equilibrio jurisprudencial, salvo en aquellos casos donde el Estado tenía intereses. Así sucedió con los jubilados de Pdvsa, a quienes se les negaron sus derechos laborales por razones políticas.

Pese a estos importantes antecedentes, la “revolución bolivariana” tiene una visión del Derecho Laboral que merece reflexiones. Un medidor de calidad de la jurisprudencia laboral lo constituye la aceptación o no por parte de la comunidad jurídica especializada de las decisiones jurisprudenciales. Uno de los aportes reconocidos fue lo que ocurrió en el pasado con los casos de simulación del contrato de trabajo. Lamentablemente la situación ha cambiado en vista de la alta politización que afecta al Tribunal Supremo de Justicia (TSJ). La Sala de Casación Social (SCS) antes integrada por laboristas ahora está integrada por cuatro penalistas y una administrativista Algo que no encuentra explicación lógica, salvo el manejo político de la alta instancia jurisdiccional.

### **EL TRABAJO DE INCORPORACIÓN: TERCERIZACIÓN LABORAL**

El trabajo de incorporación del nuevo académico examina el concepto de *tercerización*, también denominado subcontratación, *outsourcing*, horizontalización o descentralización empresarial, y otros términos equivalentes. Esta monografía se añade a otros estudios sobre el tema<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup>ALFONZO GUZMÁN, Rafael: *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo*. 16ª ed. Caracas, Rafael Alfonso Guzmán, editor, 2016. BONTES CALDERÓN, Irma: “Tercerización o nuevas formas de trabajo. Realidad

La tercerización se inscribe dentro del tema más general de la simulación, el cual fue tratado por César Carballo en su tesis doctoral titulada *Relación de trabajo. La técnica del test de laboralidad*<sup>3</sup>, presentada en la Universidad Católica Andrés Bello; tesis que tuve el privilegio de tutorar.

La secuencia de la línea de investigación desplegada por el nuevo académico es impecable: primero examinó la simulación del contrato de trabajo; y luego se adentra en la noción específica de la tercerización. Son dos modalidades de la simulación, desde mi punto de vista. Por eso el trabajo del nuevo Académico es un complemento de sus estudios sobre la simulación del contrato de trabajo en el cual trae nuevos aportes que enriquecen el estudio del Derecho laboral.

#### **LA SIMULACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

La simulación del contrato de trabajo la examina Carballo Mena en su citada tesis doctoral. En ella se adentra en este tema, respaldado por la doctrina extranjera y nacional. Hace especial referencia al *test de laboralidad* para abonar una original interpretación. Explica la evolución de la jurisprudencia nacional en esta materia y los avances de la doctrina.

---

legislativa venezolana: ¿deben regularse o eliminarse?” *Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Estudios en homenaje a la memoria del profesor Rafael Caldera*. T. I. Caracas, Fernando Parra Aranguren y César Augusto Carballo Mena, editores, Ucab - Fundación Universitas, 2011. HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar: “La tercerización: ¿fraude o forma de descentralización empresarial?”. *Revista Derecho del Trabajo*, N° 16. Barquisimeto, Fundación Universitas, 2013. MARÍN QUIJADA, Enrique: *El galimatías de la tercerización en el DLOTTT*. Caracas, consultado del original, 2012. MUJICA, María Gabriela: Tercerización laboral: una práctica prohibida. En: *La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales*, N° 48. Caracas, UCAB, 2012. PRO RÍSQUEZ, Juan Carlos: *La tercerización y la subcontratación. En el marco del Decreto Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras*. Caracas, Editorial Legis, 2015.

<sup>3</sup> Caracas, UCAB, 2016

La simulación tiene varias nociones afines y la tercerización es una de ellas. La norma del artículo 47 del Decreto de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras (Dlottt) los asimila al decir que “se entiende por tercerización la simulación o fraude cometido por el patrono o patronas en general”. En otras palabras: de acuerdo con la propia letra de la ley, la tercerización es una figura afín de la simulación.

Bueno es advertir que el fraude se distingue de la simulación en el sentido que basta que sea unilateral; aquí se percibe una fisura en la redacción de la norma, puesto que en la tercerización siempre existe un negocio jurídico bilateral dentro del esquema de la relación triangular. Así, por ejemplo, en la subcontratación hay una relación entre tres partes: el contratante A, el contratante B, y el C, que es el trabajador. Estas contrataciones no tienen que ser simultáneas, como enseña la doctrina nacional<sup>4</sup>

En la simulación hay una relación encubierta generalmente civil o mercantil, como lo explica Carballo Mena en su trabajo apoyado en doctrina extranjera. El fraude, por su parte, no se trata de encubrir la realidad “sino que refiere a actos reales que se ajustan, a primera vista, a lo dispuesto por ciertas normas jurídicas” –afirma Carballo- pero dirigidos a transgredir la norma jurídica. En ambos casos, la intención de burlar los derechos de los trabajadores; sin este elemento no habrá ni simulación ni fraude. Por eso Oscar Hernández Álvarez afirma que en los llamados casos de simulación laboral lo que predomina es el fraude porque el patrono impone al trabajador una calificación jurídica a su

---

<sup>4</sup> SAGHY CADENAS, Pedro: *La noción de simulación de contrato. Estudio en Derecho civil francés y venezolanos*. Caracas, Editorial Jurídica venezolana, colección Estudios Jurídicos N° 118, p. Núm. 289, p. 131.

relación “que permite eludir las limitaciones y costos que para el patrono supone la legislación laboral”<sup>5</sup>.

El estudio de la simulación y sus figuras afines encuentra sabias explicaciones en las obras de Francesco Ferrara<sup>6</sup> y José Melich Orsini<sup>7</sup> que estudian la noción central –la simulación– y sus modalidades. La tercerización que regula la Dlottt se añade a lo que ha sido estudiado por los señalados maestros.

La lectura de las enseñanzas de Ferrara y Mélich Orsini se evidencia que lo determinante en toda manifestación de la simulación es el *animus nocendi* (intención de defraudar). Si no se evidencia empíricamente este ánimo de engaño no hay simulación.

José Mélich Orsini entiende que en la simulación hay una declaración dirigida a producir una apariencia, en la cual las partes contratantes “fingen la existencia de un negocio jurídico sin tener en absoluto la intención de que tal negocio produzca efectos vinculatorios entre ellas”<sup>8</sup>. En la simulación, según este sabio, siempre está presente la voluntad de engañar.

Resulta claro que las relaciones encubiertas alteran el objeto verdadero del contrato de trabajo. Por otra parte, el negocio simulado, en su sentido jurídico, es aquél que tiene “una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de cómo aparece”<sup>9</sup>, aunque en el caso que

---

<sup>5</sup> “Relaciones de trabajo encubiertas. Su tratamiento en el Derecho Laboral venezolano”. En: *Ensayos laborales*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos, N° 12, p. 389.

<sup>6</sup> FERRARA, Francisco: *La Simulación de los Negocios Jurídicos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, tr. Rafael Atard y Juan A. de la Puente, reimpresión, 1960, p. 43

<sup>7</sup> “La noción de la simulación y sus afines”. En: *Estudios de Derecho Civil*. Caracas, Ediciones Fabretón, primera edición, 1974

<sup>8</sup> *Ibíd*, p. 351.

<sup>9</sup> FERRARA: *Ob.cit*, p. 43.

nos ocupa –de relaciones encubiertas– sólo una de las partes (el patrono) pretende “engañar” para evitar la aplicación de la legislación laboral.

En el caso de la tercerización el patrono con ánimo de engaño encuentra un cómplice (el subcontratista) en el mecanismo engañoso. Sin embargo, esto solo aplica en los excepcionales casos en que se acuda a la subcontratación para vulnerar derechos de los trabajadores.

El vocablo simulación ha sido utilizado por la jurisprudencia venezolana para referirse a este tema de relaciones encubiertas. En efecto, la sentencia de la Sala de Casación Social (SCS) número 61 del 16.03.2000 se apoya Rafael Caldera al consignar uno de las razones de su decisión de considerar trabajadores a los distribuidores (o revendedores) de cervezas<sup>10</sup>. Este criterio fue modificado posteriormente en sentencia de la SCS N° 1448 del 23.11.04 en la cual concluyó que los distribuidores de cerveza de la empresa Polar no son trabajadores.

De acuerdo con los casos decididos por la jurisprudencia venezolana, determinar la verdadera relación subyacente de una aparente relación laboral funciona en dos direcciones: (i) para determinar la relación laboral encubierta

---

<sup>10</sup> Así lo expone la citada sentencia N° 61 con apoyo en la obra, Derecho del Trabajo de Rafael Caldera:

“En relación con la simulación del contrato de trabajo, el Doctor Rafael Caldera, señala:

“Las diversas medidas de protección que establece la ley a favor de los trabajadores, que se traducen no sólo en cargas económicas sino en limitaciones de la libertad de acción para quien los emplea, hace frecuentes en el Derecho Laboral las tentativas de evadir sus normas; lo que generalmente se busca tratando de encubrir la existencia real del contrato de trabajo con la apariencia simulada de otro negocio diferente.

A veces se da a la relación laboral la apariencia de una relación mercantil. Cuando los servicios del trabajador se ejercitan vendiendo al público los productos de una industria determinada, se trata a menudo de dar al contrato la forma simulada de una compraventa comercial: en apariencia, el trabajador no es sino un comerciante que adquiere unos productos para revenderlos. Sin embargo, las modalidades que acompañan a ese contrato simulado: el hecho de la reventa por la persona misma del revendedor: la exigencia, por ejemplo, de revender dentro de determinado radio, en determinadas condiciones y bajo la vigilancia de la empresa, sirven frecuentemente para demostrar la existencia de un nexo de dependencia característico del contrato de trabajo. (CALDERA, R. “Derecho del Trabajo”, Tomo I, Segunda Edición, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1960, pp. 279-280)”.

con una relación civil y/o mercantil y, al revés, (ii) para detectar una relación civil y/o mercantil que late en el fondo de una relación laboral. Y esto se hace por medio del *test de laboralidad*, el cual es el método empleado para dilucidar los casos en los que se alega simulación del contrato de trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaboró el método para determinar cuándo hay o no una relación laboral (recomendación 198), el cual es el fundamento del test de laboralidad venezolano. En puridad esta metodología se desarrolló jurisprudencialmente en diversos países y la OIT la sistematizó. Así ocurrió con el haz de indicios en Francia. Se trata de la utilización de elementos probatorios para identificar la condición de trabajador. Es un método preciso que aplicado con imparcialidad permite administrar justicia. Hasta el año 2014 la jurisprudencia en esta materia era predecible.

### **LA TERCERIZACIÓN**

La denominada *tercerización* está prevista en el artículo 47 del Dlottt, y el listado de modalidades está regulada en su artículo 48. La ley laboral vigente parte de la prejuiciada idea de que las modalidades de subcontratación laboral constituyen simulación o fraude en un grupo de casos que la propia ley menciona.

De acuerdo con el mencionado artículo 47 Dlottt la tercerización supone “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”; es decir, si no hay *animus nocendi*, entendido como el propósito de burlar los derechos de los trabajadores, no hay simulación, ni tampoco fraude. Esta noción la desarrolla con claridad el nuevo académico en su trabajo de incorporación.

Por otra parte, no puede haber ni simulación ni fraude si hay un responsable que haga frente a los derechos de los trabajadores. La situación se presenta cuando un patrono subcontrata con terceros –quienes cuentan con sus propios elementos empresariales– distintas etapas del proceso de producción. El objeto de esta estrategia es –presumiblemente- optimizar la productividad y aumentar las ventajas competitivas. En estos casos no hay simulación ni fraude, el propósito es noble y no se pretende esquivar los derechos laborales.

Mención especial merece el método examinado por Carballo Mena para determinar el propósito engañoso por medio de la subcontratación. En este sentido propone el llamado *test de indicadores de laboralidad* elaborado por la jurisprudencia de la SCS en su sentencia 489/13.08.2012, al cual se debe añadir el *test de unicidad empresarial* integrado por los indicadores desarrollados por la administración y la doctrina.

Los indicadores del último test se agrupan en torno a los presupuestos de disponibilidad de “factores humanos, materiales e inmateriales” y “organización autónoma” de la actividad empresarial. Se trata de un aporte original del autor para resolver los casos de tercerización dudosos que podrían caer en la denominada *zona gris* del Derecho laboral.

Con esto se trata de resolver si hay o no prestación personal y la autonomía entre los patronos involucrados en la subcontratación. Todo esto constituye un valioso aporte de César Carballo en el estudio de la tercerización y en la determinación de la existencia o no del ánimo de engaño. Integra, además, sus estudios sobre la simulación del contrato de trabajo con los de la tercerización y diseña un nuevo método para determinar cuándo estamos en uno u otro caso.

Sobre este aporte del nuevo académico se puede establecer un criterio sencillo para distinguir los supuestos de simulación de la relación de trabajo con los de

la tercerización, a partir de los mencionados test. Para la simulación o fraude destinados a encubrir la relación de trabajo funciona el test de indicadores de laboralidad; para la tercerización que implica múltiples sujetos que se arrogan –real o ficticiamente- el poder de organización de la actividad empresarial, se añade el *test de unicidad empresarial* que se puede llamar, en mi opinión, *test de patronos múltiples o de relaciones triangulares*. Este último aplica en el caso de que hayan, al menos, tres partes involucradas: dos contratantes y el trabajador.

Este es un aporte original y útil para resolver en los casos concretos los casos de relaciones encubiertas bien sea de simulación, fraude y de subcontratación o tercerización.

#### **BREVE REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA LABORAL**

El Dlottt señala que la norma de dicho cuerpo normativo se debe interpretar de acuerdo con “el ideario Bolivariano, Zamorano y Robinsoniano”, lo que constituye una modalidad de interpretación jurídica desconocida por el Derecho Comparado y sería risible si no fuese porque fue incorporada en tan importante cuerpo normativo. Esta norma tal vez fue incluida por un burócrata con una confusión intelectual debida a una lectura mal digerida de la biografía titulada *Tiempo de Ezequiel Zamora* (1996), del historiador marxista Federico Brito Figueroa.

En la interpretación de las leyes laborales, al contrario de lo que dice el Dlottt, debe usarse, entre otros criterios de interpretación, las reglas del *análisis económico del Derecho*, buscando siempre el sentido de eficiencia de la norma jurídica.

En materia laboral hay que ponderar los derechos de los trabajadores sin sacrificar la expansión y desarrollo de la empresa, para hacerla tan competitiva

como las empresas de otros países. Así, por ejemplo, cuando se decretan aumentos salariales no se considera el impacto que estos producen: contribuciones o cotizaciones, recargos por jornadas nocturnas o extraordinarias, beneficios de carácter no remunerativo como como el *ticket* de alimentación; además del impacto en las prestaciones sociales y otros conceptos. No es solo el aumento del salario sino todo un paquete de aparentes beneficios que pueden desajustar los planes de crecimiento de las empresas. La improvisación en estos ajustes salariales constituye un carburante adicional para la inflación.

En el mundo moderno esta modalidad está en expansión y a nadie se le ocurre pensar en limitarla o fulminarla. Si China, país comunista, hubiese aplicado esta norma de la legislación laboral del “socialismo del siglo XXI”, no habría convertido su economía en unas de las de mayor crecimiento en los tiempos recientes. Tampoco lo hacen los rusos, ni los nicaragüenses, ni ecuatorianos, ni bolivianos. En Bolivia se permite la tercerización, salvo para realizar tareas “propias y permanentes al giro” de la empresa. Pero en Venezuela, se reprime en las distintas modalidades que señala el artículo 48 del Dlottt.

Resulta curioso que la Dlottt pretende reprimir la *subcontratación o tercerización* cuando las empresas del sector público son las que más la practican como modalidad en su ejercicio empresarial. Si se revisan las operaciones de Pdvsa, se comprobará la veracidad de esta afirmación: en el sector petrolero es la tercerización la regla cotidiana. Igual sucede con las empresas de Guayana. Entonces, ¿por qué prohibirla a la empresa privada?

En todos los temas laborales debe ponderarse el sentido de eficiencia económica sin sacrificar los derechos de los trabajadores. El derecho a un trabajo digno se protege estimulando la expansión empresarial y la libertad

económica. Cada vez que se aplica una norma o política laboral hay que considerar los efectos negativos que pueda producir en la economía en general y en los trabajadores en particular. Las restricciones y sanciones diseñadas por el fanatismo ideológico solo traen miseria y atraso. El caso venezolano ha sido un buen ejemplo de ello.

### **EL PERFIL LITERARIO DEL NUEVO ACADÉMICO**

El origen de nuestra Corporación es la Academia Francesa, fundada por Luis XII en 1635. Esta nació como una tertulia entre amigos para comentar obras literarias. El Cardenal Richelieu, al tanto de estas reuniones, propuso que las mismas se hiciesen en público. Así nació la Academia francesa. Este origen marca la importancia de la literatura con la Academia.

Además, la literatura es un instrumento necesario para el Derecho porque contribuye a expandir la capacidad creativa del abogado. La relación entre *Literatura y Derecho* se ha consolidado en Europa y en América. Por eso es importante señalar que el nuevo académico es un jurista con vocación literaria, como lo demuestra su interés por la poesía. Eso explica la claridad de su estilo gramatical y la capacidad creativa al interpretar nociones jurídicas.

Entre sus autores preferidos están Jorge Luis Borges, Albert Camus, Ernesto Sábato, José Saramago y Franz Kafka. No escapa el gran Miguel de Cervantes y su obra magna: *don Quijote*.

Mención especial merece la obra del gran escritor francés Michelle Houellebecq, tanto su poesía como sus novelas; entre ellas: *Las partículas elementales*, *La posibilidad de una isla*, *Ampliación del campo de batalla*, *Plataforma*, *El mapa y el territorio* (Premio Goncourt) y *Sumisión*.

En lo que atañe a escritores latinoamericanos es lector de: Fernando Vallejo, Mario Bellatin, Rodrigo Fresán y Jorge Volpi. Entre los venezolanos se pueden mencionar: Rómulo Gallegos, Mariano Picón Salas y los poetas José Antonio Ramos Sucre, Rafael Cadenas, Eugenio Montejo, Guillermo Sucre y Armando Rojas Guardia.

El nuevo académico tiene un estilo literario claro y directo, sin palabras rebuscadas, como le gustaba a Jorge Luis Borges y a Juan Rulfo. Es diestro en el manejo de las preposiciones y de los adjetivos.

Tiene sensibilidad artística como se evidencia de su pasión por la fotografía. No en balde expuso al alimón con su gran amigo Mario Trivella un trabajo fotográfico que recoge las imágenes de la celebración del día de muertos en Oaxaca, México. Todo esto evidencia que el nuevo académico es un humanista integral.

### **BIENVENIDA**

Recibe hoy la Academia a un jurista y ciudadano ejemplar por sus convicciones republicanas, valores familiares, vocación intelectual y compromiso con del Derecho Laboral.

Doctor César Carballo Mena: la Academia de Ciencias Políticas y Sociales lo recibe hoy en su seno en la seguridad de que su talento seguirá enriqueciendo a la Corporación tal como lo hizo su predecesor, Gonzalo Parra Aranguren.

En nombre de mis colegas académicos y en el mío propio le doy la bienvenida.

Caracas, 5 de diciembre de 2017