

EL CONTRATO DE TRABAJO Y LA RELACIÓN DE TRABAJO: TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

*Rosiris C. Rodríguez G.**
*Nuvia Pernia H.***
*Leticia C. Montilla R.****

Resumen

El contrato de trabajo y la relación de trabajo adopta gran connotación, en virtud de la extensión del ámbito de aplicación de la Ley Laboral a relaciones que se desenvuelven, si bien no en un plano de relativo equilibrio, si en condiciones más ventajosas para el prestador de servicios, que aquellas ofrecidas por la legislación laboral, y con las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales, el contrato de trabajo se extiende sólo a verdaderas y típicas relaciones de trabajo. No obstante, las nuevas formas de trabajo surgidas con ocasión de la globalización y el desarrollo tecnológico, han hecho que la doctrina en general, y en Latinoamérica, se plantee nuevos cuestionamientos en relación al elemento subordinación, como definitorio del contrato de trabajo. Se hizo una investigación descriptiva, que permitió obtener nuevos conocimientos, ampliando las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales existentes, a través del análisis documental.

Palabras clave: Contrato de trabajo. Relación de trabajo. Subordinación.

THE CONTRACT OF WORK AND THE RELATION OF WORK: JURIPRUDENTIAL TRENDS

Abstract

The contract of work and the relation of work adopts great connotation, by virtue of the extension of the area of application of the Labour Law to relations that are unrolled, though not in a plane of relative balance, if in you determine more Profitable for the lender of services, that those offered by the labour legislation, and with the new doctrinaire and jurisprudential trends, the contract of work spreads only to real and typical relations of work. Nevertheless, the new forms of work arisen on the occasion of the globalization and the technological development, they have done that Doctrine in general, and in Latin America, appears new questions in relation to the element subordination, sinceas definitorio of the contract of work. There was done a descriptive investigation, which allowed to obtain new knowledge, extending the doctrinaire and jurisprudential existing positions, across the documentary analysis.

Key words: Contract of work. Relation of work. Subordination.

Recibido: 20-2-09

Aceptado: 11-6-09

* Abogado. Magíster en Derecho del Trabajo UC. Miembro del Poder Judicial. Docente de Postgrado en la Universidad Nacional Experimental de las Fuerzas Armadas (UNEFA). Doctorante en Ciencias Sociales UC. rosiris_rodriguez_gonzalez@hotmail.com

** Abogada. Licenciada en Relaciones Industriales. Magíster en Derecho del Trabajo UC. Miembro del Programa de Promoción del Investigador (PPI). Docente de la Universidad de Carabobo. Docente de Postgrado en la Universidad Nacional Experimental de las Fuerzas Armadas (UNEFA). Doctorante en Ciencias Sociales UC. nuviaph@hotmail.com

*** Abogada. Especialista en Derecho Laboral USM. Magíster en Derecho del Trabajo UC. Docente de Postgrado en la Universidad Nacional Experimental de las Fuerzas Armadas (UNEFA). Doctorante en Ciencias Sociales UC. leticia.montilla@gmail.com

Sumario

Introducción

1. El contrato de trabajo y la relación de trabajo

Regulación normativa de la relación de trabajo

2. El trabajo subordinado

La subordinación

Cuestionamiento a la subordinación

La subordinación en la doctrina en general y en la doctrina latinoamericana

Otras concepciones: La parasubordinación

Especial mención a El Principio de la Primacía de la realidad en los contratos de trabajo

4. Nuevas formas de empleo. Adaptabilidad del marco regulatorio.

5. Las relaciones laborales excluidas

6. Pequeñas empresas y legislación laboral.

6.1 Necesidad de adoptar normas especiales

7. Tendencias jurisprudenciales en materia de contrato de trabajo, formas atípicas y trabajo independiente

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

La prestación de un servicio a otra persona, no constituye en forma única, el objeto del contrato de trabajo, por el contrario, ella puede ser el objeto de contratos de otra naturaleza, como civil o mercantil. Esto refleja la necesidad de adoptar un criterio jurídico que permita distinguir cuándo la prestación de servicios se realiza en el marco de un contrato de trabajo, y cuándo constituye el objeto de una relación jurídica de naturaleza diferente.

El presente ensayo, estudia la regulación normativa del contrato de trabajo y la relación de trabajo, con énfasis en el elemento subordinación y sus distintas acepciones, generadoras de nuevas formas de trabajo, que precisan de un marco regulatorio.

Este tema permitirá ampliar el conocimiento que se tiene sobre la materia, tanto doctrinaria, como legal y jurisprudencialmente; siendo de gran preocupación para las autoras, debido a la complicada problemática que se presenta por el hecho de que, de un lado los empleadores pretenden exteriorizar los empleos, para hacer ver que quienes ejecutan actividades para ellos lo hacen de forma autónoma, en tanto que por otra parte, algunas categorías profesionales, no compatibles con la condición laboral, pretenden estar amparadas por un contrato de trabajo. De allí surgen, trabajadores autónomos o independientes que no lo son en realidad, y falsos trabajadores subordinados.

En tal sentido, el Derecho del Trabajo está dirigido fundamentalmente a regular el trabajo dependiente. Partiendo de esa concepción, la normativa laboral deja fuera del ámbito de su específica tutela a un vasto sector de trabajadores, cual es el constituido por quienes prestan servicios en forma independiente o autónoma, atípica, en fin, las denominadas relaciones excluidas. Por ello, para considerar la extensión del trabajo sin tutela en Venezuela, es indispensable tomar en cuenta la cobertura del Derecho del Trabajo en función del sector laboral, y los discernimientos doctrinarios y jurisprudenciales adoptados en lo que al contrato de trabajo, la relación de trabajo y el trabajo independiente se refiere.

La falta de un nuevo concepto de trabajo, como objeto de protección o regulación del Derecho del Trabajo, es lo que quizá origine la crisis del concepto mismo de subordinación como elemento determinante de la protección que debe brindar el Estado, o mejor aún, la sociedad, para quienes

derivan su sustento de las actividades que realizan. La doctrina casacional venezolana actual, en materia de determinación de los caracteres esenciales del contrato de trabajo indica al elemento subordinación o dependencia como el rasgo definitorio o esencial ante un contrato dependiente o independiente laboral.

La reciente tendencia jurisprudencial de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, establece los criterios y directrices de demarcación entre el contrato de trabajo y otras modalidades contractuales, como el trabajo independiente, que también entrañan la prestación personal de servicios.

La innegable trascendencia y actualidad del tema justifica el presente estudio, porque es de gran relevancia la distinción o caracterización del trabajo objeto del Derecho Laboral, y las razones de las marcadas y actuales tendencias doctrinarias casacionales encaminadas a erosionar el ámbito personal de aplicación del Derecho del Trabajo, o de la huida o éxodo de importantes contingentes humanos, prestadores de servicios, hacia modalidades distintas al contrato de trabajo.

En el presente ensayo, se aborda el contrato de trabajo y la relación de trabajo. Se hace un análisis de su regulación normativa. Se estudia el trabajo subordinado, con sus respectivos cuestionamientos, y su concepción tanto en la doctrina general como en la doctrina latinoamericana. Se estudian los criterios tipificantes del contrato de trabajo, las nuevas formas de empleo y sus marcos regulatorios, las relaciones laborales excluidas, las pequeñas empresas y la legislación laboral, finalizando con la necesidad de adoptar normas especiales en la materia.

El Contrato de Trabajo y la Relación de Trabajo

Generalidades

Durante la Revolución Industrial, en el siglo XVIII en Inglaterra, y XIX en el resto del mundo, el trabajo humano era ejecutado bajo dependencia o subordinación y por cuenta de otro, y sometido al régimen del derecho común. Los términos de interdependencia quedaban liberados del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de trabajo.

La relación jurídico-laboral estuvo acompañada de desigualdades inobservadas por el ordenamiento jurídico, desdibujando el equilibrio

ideal en los poderes de negociación que asistían a las partes del contrato de arrendamiento de servicios. La interacción que se desarrolló a partir del contrato de trabajo estuvo tipificada por la asimetría de los poderes negociales y la preponderancia patronal, derivándose la explotación del trabajador en desprecio de su vida, salud y dignidad.

Tal situación hizo que los trabajadores se integraran en grupos para restablecer mediante la acción colectiva, el poder negocial decreciente en el plano individual, y que se dictaran normas proteccionistas del sujeto prestador de servicios, revestidas de orden público, y por consiguiente, irrelajables, destinadas a salvaguardar, su vida, salud y dignidad. Estas normas se incrementaron progresivamente y se articularon en torno al principio proteccionista, surgiendo una nueva disciplina jurídica encaminada a regular las condiciones en que debería prestarse el servicio.

El régimen de protección indicado, opera en el estadio de evolución del Derecho del Trabajo, respecto de una modalidad específica de prestación de servicios personales, que es ejecutada libremente por el ser humano bajo condiciones de dependencia y ajenidad.

El trabajador subordinado representó a finales del siglo XIX y principios del XX, la hegemonía social, reclamando una intensa tutela normativa. En tal sentido, la protección de la clase trabajadora constituyó durante los citados siglos, un sinónimo de protección y promoción de los desposeídos, los pobres y los necesitados.

El contrato de trabajo, coexiste con diversas modalidades negociales que implican, de igual modo, la prestación personal de servicios al margen del Derecho del Trabajo. Obviamente, el hecho de que estas modalidades de prestación personal de servicios no laborales, según algún sector de la doctrina, se encuentren reguladas por instrumentos normativos ajenos a la legislación del trabajo, explica las severas dificultades de armonización que se suelen suscitar en la práctica al momento de calificar su naturaleza jurídica.

La evolución de los sistemas productivos y el desarrollo de avanzadas tecnologías, han generado la proliferación de nuevas formas de contratación que no cumplen los requisitos de las relaciones de trabajo típicas, lo que pone en duda la vigencia de los elementos tradicionales del contrato de trabajo como criterio definitorio, para la aplicación de la normativa laboral a una situación en donde se prestan servicios en forma independiente pero en beneficio de otra persona.

La denominada era post industrial, la economía globalizada y competitiva, ha favorecido notablemente, el desarrollo de nuevas formas de contratación laboral catalogadas como atípicas, aunado al hecho de que la sociedad busque alternativas diferentes ante el problema de la crisis económica.

Los desarrollados países de la Unión Europea han presenciado el surgimiento de trabajadores independientes pero informales, al extremo de establecer comparación con el escenario suscitado en la comunidad subdesarrollada de Latinoamérica; por ello, el Derecho Comparado se esfuerza por asumir una tendencia hacia la contención de la fuerza expansiva del Derecho del Trabajo.

En Venezuela, las recientes sentencias de la casación venezolana en materia de trabajo independiente y contrato de trabajo, apuntan en dirección opuesta, pretendiendo resolver situaciones de encubrimiento de relaciones laborales, privilegiando aspectos adjetivos para resolver los conflictos.

La concepción casacional, surgida con la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, en fecha 16 de Marzo de 2000, con Ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, y reiterada hasta la presente fecha, y que permite considerar a los trabajadores independientes como verdaderos trabajadores, vinculados con el beneficiario del servicio por ellos prestado a través de un contrato de naturaleza laboral y no mercantil, ofrece una propuesta atractiva de extender la tutela laboral a toda forma de trabajo humano, lo que precisa un profundo estudio, para determinar su aplicabilidad a través de una voluntad política capaz de impulsarla con éxito.

Detrás de la corriente expansiva adoptada por la doctrina casacional patria, en las sentencias de los casos de distribuidores de productos, y de los corredores de seguros, es posible identificar los siguientes motores interpretativos: la marginación del elemento ajenidad como definidor de la relación de trabajo, la relajación del concepto de dependencia, la radicalización de los principios de irrenunciabilidad y primacía de la realidad sobre las formas, y, la desnaturalización de la presunción de laboralidad. Por todo ello, es importante revisar los argumentos que sostienen la tendencia a la expansión de los límites del Derecho del Trabajo, que plantean distintas perspectivas de aplicación extensiva de las leyes laborales hacia ámbitos de la vida económica que hasta el presente habían estado reservados a otras ramas del Derecho.

Las políticas de ajuste y estabilización llevadas a cabo durante las últimas décadas, han estimulado y concretado una serie de reformas

económicas con el objetivo de mejorar la capacidad de competencia en los mercados internacionales y mantener los equilibrios macroeconómicos. Estas reformas conjuntamente con los cambios operados a nivel jurisprudencial, constituyen el nuevo escenario de las relaciones de trabajo.

La opción expansiva del Derecho Laboral a toda forma de trabajo humano, imposibilitaría la demarcación de las fronteras de este Derecho, por lo que se precisa, definir el contrato y la relación de trabajo, vía ajenidad, subordinación, dependencia económica, para determinar la prestación como laboral y no civil o mercantil. (ERMIDA URIARTE, 2001)

El trabajo en régimen de subcontratación, las relaciones de trabajo disfrazadas o encubiertas, y el trabajo independiente, constituyen entre otras, las discusiones actuales sobre el estado de los sistemas de protección y las nuevas formas de prestación de servicio, en la realidad laboral venezolana, así como en muchos otros países del globo terráqueo.

1. El contrato de trabajo y la relación de trabajo.

La Ley Orgánica del Trabajo, en su Artículo 67, define el Contrato de Trabajo como aquel mediante el cual una persona se obliga a prestar servicios a otra, bajo su dependencia y mediante una remuneración. Y en el Artículo 65, ejusdem, consagra la presunción *juris tantum* de la relación laboral, al considerar su existencia entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe.

La noción de contrato de trabajo contenido en este Artículo 67, se corresponde con el contrato individual de trabajo, esto es, el que se celebra entre un trabajador y un patrono, para establecer las condiciones bajo las cuales dicho trabajador, prestará el servicio convenido, el quantum de la remuneración o contraprestación que recibirá, así como las obligaciones de los contratantes.

El referido Artículo 67, no puede entenderse en forma aislada, sino que es necesario complementar su contenido con lo dispuesto en el Artículo 39 del citado Texto Legal, por definir ésta norma, el vocablo trabajador. Ese Artículo 39, repite todos los conceptos previstos en el Artículo 67, pero agrega: “trabajo por cuenta ajena”. Lo que nos permite concluir, que un trabajador es: 1.) Una persona natural. 2.) Que realiza una labor. 3.) Que trabaja en forma subordinada para otro. Y, 4.) Que trabaja por cuenta ajena, es decir, que no es por su propia cuenta que está laborando, sino que hay un régimen de

ajenidad; lo que al decir de algunos doctrinarios, es un estado de alineación del trabajador respecto al producto de su labor.

Es decir, se trata de un trabajador subordinado, cuya utilidad patrimonial o fruto del esfuerzo que él realiza, no queda para sí, sino para otra persona que es el patrono; y es en virtud de esa ajenidad, que el patrono está obligado a cancelar el salario correspondiente.

Ahora bien, para determinar la existencia de un contrato de trabajo, al igual que como se decía anteriormente, con respecto a la prestación de servicios, debe estar revestido de una serie de características, que en definitiva, lo conceptúen como Contrato de Trabajo.

Igualmente, al hablar de elementos característicos del Contrato de trabajo, no quiere decir, que los mismos, sean únicos y exclusivos de este tipo de contratos. Precisamente una de las causas por la que a veces se dificulta la identidad de la naturaleza de un contrato, es porque los elementos, tales como la subordinación, la ajenidad, la contraprestación, etc., son también elementos que están presentes en otros contratos que no necesariamente, son contratos de trabajo. A tal respecto, Carballo Mena (2001), sostiene, que el Contrato de trabajo se caracteriza por: A) Es un contrato de actividad o de prestación, pues supone la ejecución de un servicio por cuenta ajena y bajo dependencia de otro. B) Es un contrato consensual, es decir, se perfecciona con el sólo consentimiento de las partes, dado en forma válida. C) Para el trabajador es *intuitu personae*. D) Es bilateral. E) Es sinalagmático perfecto. F) De ejecución continua o tracto sucesivo. G) Es oneroso. Y, H) El contrato de trabajo involucra un negocio jurídico, regido por la libertad de formas.

No obstante, el referido Artículo 67, determina cuatro elementos característicos del contrato de trabajo, a saber: 1) La prestación de un servicio. 2) Que ese servicio sea prestado a otra persona. 3) La dependencia o subordinación. Y, 4) La remuneración.

En lo que respecta a la remuneración, más que un elemento del contrato de trabajo, pudiera decirse que es un efecto del mismo. Esto es, el salario es una consecuencia de la existencia del contrato de trabajo. Tan es así, que el criterio jurisprudencial actual, se inclina por aseverar, que probada que sea la relación laboral, estaremos en presencia de un contrato de trabajo, y no obstante, de no constar la existencia del elemento remuneración, éste se tendrá como determinado, por cuanto toda relación de trabajo lleva ínsita, una contraprestación económica denominada salario o remuneración.

La dependencia o subordinación, viene a significar un elemento característico del Contrato de Trabajo. Por una parte, los factores de producción, los avances tecnológicos, la globalización, los actuales problemas económicos, entre algunos aspectos, han venido a darle un vuelco a la concepción tradicional de subordinación. Y por la otra, existe una marcada resistencia a entender y aplicar la evolución del concepto subordinación. Sobre este punto insistiremos en un subtítulo aparte.

Comentario especial merece el Artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, en el cual se define el Contrato de Trabajo en la siguiente forma: “1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. 2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”.

De tal suerte que la norma in comento, incorpora además de los elementos característicos a los cuales nos hemos referido anteriormente, la denominada “permanencia o continuidad”. Asimismo, especifica la denominación de cada una de las partes en el contrato de trabajo, al tiempo de precisar que el trabajador siempre será una persona natural; mientras que el patrono, puede ser una persona natural o jurídica. Una ligera similitud con la citada norma, la configura la noción de la relación individual de trabajo, contemplada en el Artículo 16 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo Venezolano, al considerarla como la desempeñada por una persona natural, denominada trabajador o trabajadora; ejecutada por cuenta y bajo la dependencia de otra, denominada patrono o patrona, en empresas, establecimientos, explotaciones o faenas.

La doctrina diferencia entre el Contrato de Trabajo y la Relación de Trabajo, referida en el también citado Artículo 65 de la Ley Sustantiva, al considerar que no necesariamente ha de concursar el acuerdo de voluntades entre las partes para que se pueda producir un vínculo de naturaleza laboral. Con lo cual se quiere significar que al presentarse la prestación personal de servicios bajo relación de dependencia o subordinación, y mediante el pago de remuneración, existe un vínculo de naturaleza laboral que debe estar amparado por las normas laborales, independientemente de que haya mediado o no para producir esa vinculación, el concurso de voluntades que requiere el contrato de trabajo. El vínculo no deriva necesariamente de un contrato.

En consecuencia, contrato y relación de trabajo se diferencian, por cuanto el primero implica la existencia de una relación de trabajo, pero para que exista una relación laboral, no necesariamente ha de mediar un contrato de trabajo. Y es precisamente atendiendo a esta noción de relación de trabajo que la jurisprudencia patria ha dictado muchísimas decisiones, mediante las cuales se declara la existencia de la relación de trabajo, y se protege la actividad realizada bajo el manto de laboralidad, no obstante que las partes suscriban contratos de naturaleza distinta a la laboral (mercantil). En estos casos, toda vez que se ha constatado la presencia de los elementos identificativos de la naturaleza laboral del vínculo, se declara la existencia de la relación de trabajo, independientemente de que el contrato tenga naturaleza civil, mercantil, o cualquier otra, pues se acoge, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias consagrado además por las normas constitucionales.

Sin embargo, la presunción de laboralidad admite prueba en contrario, ya que al ser demostrada la prestación de un servicio personal, se presumirá la existencia de la relación laboral, y corresponderá a quien sostenga que dicha relación no es de esa naturaleza, probar el carácter no laboral de la misma.

Asimismo, la presunción consagrada en el aludido Artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, contempla como excepción de laboralidad de la relación, cuando por razones de orden ético o de interés social, se prestan servicios a instituciones sin fines de lucro y con propósitos distintos a los de la relación laboral. Pero esto no es tan libre, ya que la Sala de Casación Social Venezolana, determinó el alcance de esta excepción, estableciendo las condiciones de dos órdenes: 1) El carácter de la institución que reciba el servicio prestado, la cual no debe tener fines de lucro. Y, 2) Las características del servicio personal que debe ser prestado únicamente por razones de orden ético o de interés social con un propósito distinto a la relación laboral. Siendo que estas condiciones son concurrentes, para que no se aplique la presunción de existencia de la relación laboral entre quien presta el servicio y quien lo recibe.

1.1. Regulación normativa del Contrato de Trabajo.

Los aspectos fundamentales de la relación de trabajo y el contrato de trabajo, encuentran su regulación normativa en la Ley Orgánica del Trabajo,

en el Título II, Capítulos I y II, Artículos 65 al 79; y en el Reglamento de la Ley, Título II, Capítulo I, y Capítulo III, Artículos 16 al 20; y 24 al 26.

La señalada normativa comprende entre otros, los siguientes aspectos:

Artículo 65 L.O.T.: Presunción de existencia de la relación de trabajo.

Artículo 66 L.O.T.: Remuneración. Elemento del Contrato de Trabajo y aspecto característico de la relación laboral.

Artículo 67 L.O.T.: Definición del Contrato de Trabajo.

Artículo 68 L.O.T.: Efectos del Contrato de Trabajo, obligando a lo pactado y a las consecuencias que de él se derivan. Esta disposición está vinculada con el Artículo 1.160 del Código Civil, que dispone la ejecución de los contratos de buena fe, obligando a cumplir lo expresado en ellos, así como a todas las consecuencias derivadas de los mismos, la equidad, el uso o la Ley. Asimismo, esta norma se complementa con lo pautado por el Artículo 29 del Reglamento.

Artículo 69 L.O.T.: Consagra las reglas aplicables a falta de estipulación expresa, en relación a los servicios que debe prestar el trabajador y la remuneración que debe percibir. También determina el caso de cumplimiento de órdenes, siempre y cuando no sean improcedentes y no pongan en peligro al trabajador, o la actividad que realiza. Lo propio hace el Reglamento en los Artículos 16, 17, 18 y 19.

Artículo 70 L.O.T.: Estipula a preferencia del Contrato de Trabajo en forma escrita.

Artículo 71 L.O.T.: Determina el contenido del Contrato de Trabajo, señalando al respecto, los requisitos mínimos de todo contrato escrito.

Artículo 72 L.O.T.: Establece tres modalidades bajo las cuales se puede celebrar el Contrato de Trabajo, valga decir: A) Por tiempo indeterminado. B) Por tiempo determinado. C) Para una obra determinada.

Artículo 73 al 79 L.O.T.: Regulan todo lo relativo a las modalidades contractuales, antes referidas.

2. El trabajo subordinado

Bajo este tópico, y concretamente en Venezuela, es menester, hacer un recorrido histórico, que comprende la ubicación histórica de la forma laboral, comenzando con la modalidad productiva y la formación económica social, que comprende: la comunidad primitiva, la modalidad esclavista, Colonia

y República; pasando por la etapa petrolera como modalidad productiva capitalista no funcional, seguida por la funcional petrolera; hasta llegar a la contemporaneidad, y a nuestros días (Correa Aponte, 2000)

El derecho del trabajo surge como disciplina jurídica autónoma, ante la evidencia de una relación jurídica con características propias, llamada trabajo, y la insuficiencia del derecho civil para resolver los problemas que presentaba esa relación jurídica en la que, peculiarmente, el objeto del contrato era el trabajo humano, la propia persona del trabajador que se ponía a disposición del empleador, para que éste aproveche su trabajo, lo cual generaba una serie de problemas de tipo ético, social y jurídico, que han sido desarrollados en el tiempo por la doctrina y la legislación laboral bajo lo que se conoce como régimen protector.

De tal suerte, que el Derecho del Trabajo nace para proteger el trabajo subordinado, siendo aquel que se ejecuta para otra persona, bajo sus órdenes, y a cambio de una remuneración o contraprestación económica. En tal sentido, el Derecho del Trabajo tiene como destino principal, la protección jurídica del trabajo subordinado, siendo ésta la forma de trabajo predominante, en los primeros tiempos del derecho del trabajo, no obstante, hoy se hace extensivo a los conceptos de trabajos parasubordinados o cuasilaborales, en atención a la dependencia, o bien, independencia económica.

Las características del contrato de trabajo, y sus elementos, servían para separarlo y delimitarlo del derecho civil, sin mayores problemas. En tal sentido, el trabajo subordinado, implicaba una relación jerárquica, la sujeción a la función organizadora y directiva del titular y a la actividad propia de la empresa; la dación de órdenes e instrucciones y la voluntad prevaleciente del empleador; la dirección y control y el ejercicio del poder disciplinario y sancionador por quien proporciona el trabajo; el carácter personal del servicio, la exclusividad, la continuidad, el horario y los controles; el marco reglamentario interno, la prestación diaria, la disponibilidad personal, el lugar específico de la prestación y la ajenidad, entre otros.

Mientras que el trabajo no subordinado implica: la utilización de medios de producción propios; el uso de servicios de terceros; la percepción no salarial; la organización autónoma y la no sujeción a órdenes o instrucciones, así como la ausencia de controles; la posibilidad de sustituir al prestador del servicio; la real o relativa igualdad jurídica; la asunción de riesgos y gastos por el prestador del servicio; la percepción de ingresos (honorarios) usualmente mayores a los

salariales para el prestador; la prestación del servicio o la ejecución de la obra por cuenta e interés propio; y la no exclusividad.

El cambiante mundo con sus avances, ha traído nuevas formas de trabajo; siendo que a veces se hace difícil determinar cuándo el trabajo es subordinado y cuándo no lo es. Hay muchas actividades que siendo trabajo personal, no quedan necesariamente calificadas como trabajo subordinado y, por consiguiente, comprendidas en el ámbito protector del derecho del trabajo, por ser consideradas prestaciones independientes.

Es por ello, el derecho del trabajo plantea como dilema en los tiempos que corren, saber hasta dónde llega su manto de protección, esto es, si sólo abarca el trabajo subordinado (personal, ajeno, remunerado, dependiente, y exclusivo) y que toda otra relación personal que no encaje dentro de las características de éste, queda desprotegida, o, por ficción pudiera encajar dentro de los postulados tuitivos.

La mayoría de los doctrinarios tanto nacionales como extranjeros, al abordar el tema del trabajo subordinado, coinciden en que la forma tradicional de trabajo subordinado no es la regla, sino la excepción y, en consecuencia, sus posibilidades abarcativas del mundo laboral, en general, son escasas. Todo ello en virtud, de la cada vez más creciente tendencia a considerar el trabajo como una mercancía, a reducir los niveles salariales y a considerar como sobrecosto las cargas sociales que en el fondo son un costo laboral; trayendo como consecuencia, la precarización de la protección laboral, ampliando la gama de formas civiles o mercantiles de contratación, como una manera de eludir el compromiso que dimana del trabajo subordinado, haciendo emerger las zonas grises o de fronteras, y la tercerización.

Del trabajo subordinado, se establece su protección a través de la normativa laboral. Sin embargo, hoy en día, el trabajo se torna más individual, más calificado, polivalente, profesional, informatizado, descentralizado, creativo y flexible en horarios y jornadas. En la actualidad se le da más autonomía a quien presta el servicio, es decir, es menos subordinado; incluso el salario o remuneración, adquiere mayor trascendencia.

Al decir de Oscar Hernández (2001), la crisis del trabajo subordinado hace que el derecho laboral se enfrente a modificaciones como: • La flexibilización laboral. • El trabajo a distancia. • Reducción de costos laborales provocados por la competitividad de la globalización. • La empresa virtual, a través del outsourcing y el offshoring. • La automatización y la robótica. En fin, estas

modificaciones han traído como consecuencia que actividades personales catalogadas como trabajo, no necesariamente adquieren naturaleza de trabajo subordinado, por lo que, no estarían protegidas por el derecho laboral, lo cual ocasiona, como ya se dijo, la excepcionalidad del trabajo subordinado.

Los cambios que se han producido en el campo de una economía globalizada, influida por los avances tecnológicos que han traído como consecuencia cambios en los modos de producción, las variaciones en la estructura del empleo, la posibilidad de fraccionar el proceso productivo y distribuirlo en varias localidades ubicadas en regiones geográficas distintas, no sólo ha venido a cuestionar el llamado “estado de bienestar”, sino que además ha servido para cuestionar igualmente a la subordinación como elemento fundamental y característico del contrato de trabajo. (Jaime Martínez, 2001)

La legislación venezolana, adopta una tendencia hacia la expansión de la protección del derecho del trabajo hacia trabajadores no dependientes; otras legislaciones como por ejemplo la de Panamá, han flexibilizado el contenido protector de manera que se han previsto normas especiales para la pequeña o mediana empresa, o bien, se ha desregularizado el trabajo a domicilio.

El trabajador venezolano necesita al decir de Carballo Mena (2001), leyes y decisiones jurídicas, que no contribuyan a reducir el empleo sino a dinamizarlo y mejorarlo. El necesario reajuste de los límites de la protección laboral, precedido de un armónico criterio jurídico útil para lograr esa protección, que permita detectar al sujeto tutelable, es decir, a la persona que vive de su trabajo, sin contar con recursos de capital significativos, que no tiene suficiente capacidad de autotutela, ni por tanto de negociación, es la base para precisar la vinculación entre el trabajo independiente y el contrato laboral, en criterio de Fernández Brignoni (2001)

Al decir de Hernández Álvarez y Richter (2002), la prestación de servicios subordinados es el centro de la legislación laboral del país. En tal sentido, el elemento subordinación y su concepción, es la clave para determinar el ámbito de aplicación de la Ley Laboral. Es ese concepto el que va a permitir desenmascarar las formas encubiertas o disfrazadas de relaciones de trabajo. En la realidad venezolana, desde hace cierto tiempo, se han consolidado, una serie de prácticas creadas con la finalidad de evadir la aplicación del Derecho del Trabajo, y todo lo que él implica, obligando a los trabajadores a celebrar contratos mercantiles o civiles para la prestación de servicios.

Asimismo, los actos simulados, tales como las imposiciones del patrono para que el trabajador declare que existe entre ellos, una relación distinta a la

laboral, representa para este último, el desmedro y la renuncia de los derechos que la Ley Laboral le profiere. No pueden entenderse a los trabajadores autónomos con dependencia económica, como una categoría separada del resto de trabajadores. En el supuesto uso del derecho del trabajo, los patronos venezolanos, en su mayoría, se inclinan por excluir a los trabajadores del principio tuitivo de esa legislación, ya que señalan al elemento dependencia o subordinación como definitorio y clave para denominarlo como dependiente o independiente, y en consecuencia, ampararlo con un contrato laboral, o bien, de otra naturaleza. (Hernández Alvarez, y, Richter, 2002)

3. La subordinación

Este elemento del contrato de trabajo, a su vez, descriptivo de la relación laboral, es considerado fundamental a fin de determinar el campo de aplicación del Derecho del Trabajo. Una simple acepción de subordinación, connota: “La sujeción a una orden, mando o dominio; por lo que la persona subordinada está sujeta a otra, cuyas órdenes debe cumplir”.

La historia señala que fue Ludovico Barassi (1901), en su obra, *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, quien advierte por primera vez, el empleo de la subordinación como determinante a fin de establecer la existencia de la relación de trabajo. A tal efecto, según este autor, la subordinación no es otra cosa, que la sujeción total, plena, única y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador.

En términos generales, la mayoría de los doctrinarios acogen la esencia de la concepción planteada por Barassi, para definir la subordinación, la cual es entendida, como una obligación del trabajador de sujeción al poder directivo del empleador, y éste a su vez, ejerce ese poder directivo e imparte órdenes, en virtud de la facultad de organizar y dirigir la empresa; fiscalizando el cumplimiento de las órdenes, tomando medidas disciplinarias ante el incumplimiento de las mismas.

Hernández Álvarez, recomienda que el concepto de subordinación, sea examinado en atención al marco que plantean las nuevas realidades laborales, revisándose los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han venido empleando tradicionalmente para determinar los supuestos de hecho que la configuran; ya que ésta no se apoya exclusivamente en hechos como la obligación de cumplir horarios previamente establecidos por el patrono,

o bien, en la prestación de servicios en la sede de la empresa, atendiendo órdenes e instrucciones; por cuanto, estas circunstancias, hoy en día, son objeto de modificaciones, con atención al surgimiento de nuevas formas de trabajo, tales como: el teletrabajo, los sistemas de fabricación flexible y, de manera más general, la robótica y la cibernética.

3.1. Cuestionamientos a la subordinación

Hernández Álvarez (2001) señala que la subordinación en atención a los cambios de la sociedad, debe conceptualizarse haciéndose énfasis en el sometimiento personal a la potestad de dirección del empleador, la cual puede existir aun cuando el trabajo sea prestado al exterior de su sede física. Considera este autor, que la presencia permanente del trabajador en un lugar establecido y su sujeción a horarios de trabajo, aun cuando continúe siendo una circunstancia usualmente presente en una relación dependiente, ya no constituye requisito indispensable de la subordinación, cuya esencia se manifiesta fundamentalmente en la obligación de acatar el poder de organización cuyo titular es el patrono.

De tal suerte, que tratándose del contrato de trabajo, la subordinación implica que el trabajador se obliga a prestar un servicio, pero además está sujeto al poder directivo del empleador, lo que se traduce en el sometimiento jerárquico, y que denota claramente a la subordinación laboral. En tanto, que tratándose de contratos civiles o mercantiles, no existe tal sometimiento jerárquico. Esto en definitiva, ocasiona la diferencia existente entre el trabajador y el empleador, éste último con poder de mando para negociar las condiciones de trabajo. He allí la necesidad del establecimiento de un conjunto de normas legales que amparen al débil de la relación laboral, ante el poder de dirección del empleador.

A la par del elemento subordinación, se configura el elemento “ajenidad”, como una característica del tipo de trabajo, y formando parte del contrato de trabajo, regulado por el Derecho Laboral. Así pues, tratándose de una relación de trabajo, el trabajador presta un servicio a otro (empleador), es decir, por cuenta ajena. El producto realizado con la actividad del trabajador, no es para sí mismo, sino para otra persona, quien también asume los riesgos y costo de esa actividad.

En tal sentido, refiere Carballo Mena (2001), tratándose de la ajenidad como elemento característico, y muy importante tanto en doctrina como en jurisprudencia, lo siguiente:

“El trabajo por cuenta ajena involucra la integración del trabajador a la unidad productiva dirigida por otro, es decir, aquel quien articula los factores que a ello se destinan (ajenidad en la combinación de los factores de la producción) y, consecuentemente, ejerce los poderes de dirección y disciplina del proceso. En otras palabras el trabajador ingresa en una organización colectiva del trabajo diseñada por y para otros.” (Carballo Mena, 2001: 28)

En consonancia con esta cita, señala Carballo Mena que los frutos del trabajo son para el empleador, que nunca quedan en la esfera de propiedad del trabajador, lo cual configura definitivamente la ajenidad. Y refiere:

“La ajenidad, pues, fundamenta jurídica y éticamente el extrañamiento del trabajador de la riqueza derivada de su esfuerzo y a la vez, de ella dimana el poder de mando del empleador y, desde la perspectiva del trabajador, su deber de obediencia o sumisión.” (Ob. Cita.: 28)

Entonces, diremos que el Derecho del Trabajo se configura a partir de la subordinación o dependencia del trabajador sujeto a una remuneración que implica su subsistencia y la de su familia.

Por otra parte, en la actualidad, se tiende a distorsionar un poco la noción del Contrato de Trabajo, inclusive el concepto de trabajador por cuenta ajena, siendo de extrema importancia precisar el elemento ajenidad para poder precisar la existencia o no de un contrato de trabajo.

La ajenidad implica que el trabajador no tenga participación en la riqueza producida a consecuencia de la conjunción de capital y trabajo. Si el trabajador no tiene parte en las ganancias, obviamente es porque tampoco asume las pérdidas, y esto se da porque el patrono asume la totalidad de los riesgos, es decir la ajenidad.

El elemento ajenidad surge ante la debilidad experimentada por la subordinación como elemento definitorio del contrato de trabajo; lo cual nos permite afirmar que la ajenidad precisa si nos encontramos o no ante un contrato de naturaleza laboral, siendo relevante a tal fin, determinar para

quién se trabaja, para sí mismo o para otro, es decir, cómo se trabaja. Esta respuesta aunada a otros indicios, señalarán en definitiva, la naturaleza del contrato. He aquí la importancia de la ajenidad.

Finalmente, se puede hacer una breve referencia a la doctrina española, la cual denota gran relevancia del elemento ajenidad, más que de la subordinación, y la describe como el aspecto diferenciador del contrato de trabajo, y por tanto, la línea divisoria entre el Derecho del Trabajo y los otros Derechos.

A tal respecto sostiene Alonso Olea (1979):

“...no es un dato o carácter autónomo, sino un derivado o corolario de la ajenidad. En efecto, aquella potestad de dar órdenes no tiene otra justificación ni explicación posible como no sea la de que los frutos del trabajo pertenecen a otro”. (Alonso Olea, 1979: 156-157)

Según el citado autor, el poder jerárquico de dirección y mando del empleador, deviene en la ajenidad de los frutos producidos en el trabajo. Siendo lo importante, la determinación del destino de la producción, a fin de saber si se está en la esfera del contrato de trabajo amparado por el Derecho Laboral; o por el contrario, los frutos son percibidos por quien ejecuta la actividad, en cuyo caso, estaríamos en presencia, de una relación que escapa a la laboralidad.

3.2. La Subordinación en la doctrina en general y en la doctrina latinoamericana.

La doctrina latinoamericana es partícipe de la subordinación como elemento indispensable para determinar la existencia o no del contrato de trabajo, y de allí dimanar la aplicación tuitiva del Derecho del Trabajo.

De tal suerte, que esta doctrina considera que la subordinación tiene un carácter esencial, pero que sin embargo, no es un factor exclusivo en la determinación del contrato de trabajo y de la relación de trabajo, pues, pudiera estar acompañada de otros elementos, tales como: la ajenidad, la onerosidad del trabajo o de la actividad desempeñada, el carácter *intuitu personae*, y la voluntariedad.

Hernández Álvarez, señala que estos postulados son seguidos en la mayoría de las legislaciones laborales en Latinoamérica, y cita a: Argentina,

Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, y Venezuela. En todas estas legislaciones, dice el autor, el contrato de trabajo o la relación de trabajo, coloca especial énfasis en el elemento subordinación, ya bien sea, para definir al trabajador (empleado u obrero), o al patrono o empleador, o en la actividad que desempeña, o en fin en relación con el contrato. Lo cierto, es que la subordinación o dependencia, tiene gran importancia como factor definidor del ámbito de aplicación del Derecho Laboral. Especial mención se hace a la legislación boliviana, pues en la denominada Ley General del Trabajo se aparta de la tendencia general, y al definir los conceptos de empleado y obrero dice que es tal “quien trabaja por cuenta ajena”, sin hacer referencia a la subordinación.

Por último, resultante importante señalar que en América Latina, la legislación laboral venezolana es una de las más favorables a los trabajadores, en razón a la amplitud de derechos reconocidos, lo que no existe en legislaciones de países desarrollados, como la de Estados Unidos y Canadá.

3.3. Otras consideraciones sobre la subordinación laboral. Nuevos cuestionamientos.

El esquema tradicional, hacía referencia a que la subordinación precisaba tres variantes: Subordinación técnica, subordinación económica y subordinación jurídica. Con posterioridad, doctrinarios como Rafael Caldera, señalaron, que no existía la subordinación técnica, sino económica y jurídica. Sin embargo, de acuerdo a las nuevas formas de enfocar la subordinación, la misma se verá no individual sino colectivamente. Así pues, cuando la producción es colectiva (independientemente de la individualidad), la subordinación viene dada por la penetración del trabajador, por su inserción dentro de la organización y en la producción de la empresa. La subordinación refleja entonces, un grado de dirección, administración y producción.

El auge actual de las denominadas zonas grises en materia de subordinación, donde no está claro el problema de ésta, es lo que ha hecho, que a ese término se le dé una amplitud para llegar a determinar cuándo hay o no subordinación.

Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, hablan de algunas tendencias que tienen que ver con el concepto subordinación, pero que son menos planteadas, a saber: la denominada fuga del derecho del trabajo, los efectos de la educación

y la formación, la reducción del tiempo del trabajo, y las nuevas formas de organización del trabajo. Para estos autores, son éstas tendencias las que hoy plantean nuevos cuestionamientos a la subordinación.

La subordinación o estado de dependencia del trabajador, que presta un servicio personal a un patrono o empleador, viene a significar un elemento característico del Contrato de Trabajo, el cual se debate entre dos tendencias: La primera, referida a los factores de producción o sistemas de producción actuales (tecnología, automatización, globalización, mercados regionales, la era post industrial, etc.). Y, la segunda, que señala una marcada y creciente resistencia a entender la evolución del concepto subordinación, consecuencia de la evolución humana.

En Venezuela, ha surgido una especie de mitología del elemento subordinación, sobre todo a partir de la decisión jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social de fecha 16 de Marzo de 2000.

La concepción de la subordinación en los términos tradicionales, ha sufrido una gran variación, lo cual es producto de los nuevos sistemas de producción de integración de la economía, y de la revolución tecnológica, entre otros. Tradicionalmente, la subordinación tiene tres variantes: Subordinación técnica, subordinación económica y subordinación jurídica, que luego se fueron acortando, hasta llegar a promulgar la inexistencia de la subordinación técnica, no así de las dos restantes.

Creado este problema, el legislador se vio en la necesidad de tomar iniciativas, en algunos casos, para clarificar cuándo se puede considerar un trabajo subordinado y cuándo no. Es por esto en algunas legislaciones, como la venezolana, se comenzó a incluir como trabajo subordinado, por ejemplo, el trabajo de los deportistas profesionales, con lo cual, las nuevas formas de enfrentar la subordinación (no en el sentido de que alguien dirija el trabajo de otro), hicieron que ésta se analizara no individualmente, sino relacionada con otra serie de aspectos, indicios y circunstancias que perfilan y logran definir el caso concreto.

Desde otra óptica, la subordinación viene dada por la penetración del trabajador en el círculo organizacional, direccional y de productividad de la empresa, y que debido al amplio abanico de situaciones donde no está claro el problema de la subordinación, ha tenido que darse una amplitud como la indicada (inserción en el ámbito administrativo, direccional y de producción), para llegar a determinar cuándo existe y cuándo no. La subordinación así

entendida como un proceso de administración, de dirección y producción, hace que una persona incluida en ese sistema, se adapte (independientemente de sus condiciones personales) a esa forma organizacional, y por lo tanto, se convierta en un trabajador subordinado respecto a un ente. Con ello se quiere manifestar, que la subordinación no es que haya perdido importancia, sino por el contrario, continúa teniéndola, lo que ha variado es la forma de entender su presencia en los casos dudosos.

En conclusión, podemos decir que, existen casos en los cuales la subordinación es evidente y muy simple, aquí no habría problema. Pero, existen otros casos donde no es así, y la subordinación no nos permite definir el contrato de trabajo, sino un contrato de otra naturaleza (por ejemplo mercantil); y es en estas zonas de oscuridad, donde el concepto tradicional de subordinación no ayuda ni permite identificar la situación. Es aquí donde debemos aplicar la concepción de subordinación entendida como un proceso de administración, de dirección y de producción.

3.4. Otras concepciones: La parasubordinación

Haciendo un breve recorrido histórico, podemos decir que el concepto de ajenidad ha sido estudiado aproximadamente, desde 1930; época en la cual, autores como Barassi y Santolo Passareli, entre otros, se referían a la ajenidad para determinar cuándo había diferencia entre un contrato de obra y un contrato de trabajo. En Italia, durante el gobierno de Benito Mussolini, existió una tendencia cooperativista, tratando de unificar todo lo que significaba un contrato donde había prestación de servicio personal, y así se mantuvo en el Código Civil la regulación del Contrato de Trabajo.

Más tarde, el Código de Procedimiento Civil italiano del año 1940, (inspiración del actual Código de Procedimiento Civil Venezolano), en su exposición de motivos, pretendió acabar las diferencias entre el proceso laboral y el civil, ya que el proceso civil absorbió todos los avances contenidos en el laboral.

Sin embargo, la unificación planteada por Mussolini, dura hasta que es derrocado, y surge, en el Código Civil Italiano, una tendencia destinada a diferenciar plenamente entre un Contrato de Obra y un Contrato de Trabajo, dando al traste con la unificación que contemplaba dicho Código.

La diferencia introducida, planteaba que en un Contrato de Trabajo los riesgos son asumidos por el empleador y no por el trabajador; mientras que en

un contrato de obra, los riesgos son compartidos entre el dueño de la obra y el constructor, aunque hay ocasiones en las que el constructor asume los riesgos en su totalidad. Esta diferenciación, significó la presencia de la ajenidad del trabajador con respecto a la actividad por él realizada.

Estos breves comentarios históricos, nos permiten señalar que en la doctrina y en las instituciones de un país, influye el diario enfrentamiento ante hechos nuevos, inéditos, lo que se traduce en la necesidad de crear e innovar para resolver conflictos.

En este orden de ideas, las tendencias jurisprudenciales actuales refieren la parasubordinación, para identificar a la prestación de servicios personales, en provecho de otra persona, que involucran una remuneración económica, pero en donde el elemento subordinación o dependencia, no se presenta en forma clara y lúcida; lo que consecuentemente genera la necesidad de estudiar a los actores de dicha prestación de servicio, a fin de precisar si se encuentran amparados o no por la legislación laboral.

Como consecuencia de las dificultades cada vez más presentes en la práctica, para poder precisar si una determinada prestación de servicio subordinada se encuentra amparada o no por la legislación laboral, y que en el fondo encierra una marcada subordinación económica, ha hecho que se desarrolle el término *parasubordinación*.

La parasubordinación tiene su basamento jurídico en la legislación italiana, concretamente en el Artículo 409 del Código de Procedimiento Civil, que ha servido de base a la doctrina y jurisprudencia italiana para diferenciar entre los contratos de trabajo tradicionales y los nuevos contratos o nuevas formas de contratar, que no obstante de involucrar labores subordinadas y dependientes, no son en puridad de criterio los tradicionales contratos laborales.

La parasubordinación surge ante una situación de debilidad contractual de los trabajadores autónomos que ejercen una colaboración continua y coordinada para la empresa, y que era menester regularla, aplicándose las mismas normas que regulan a los trabajadores subordinados, pero con alcance parcial, ya que no todo el Derecho Sustantivo del Trabajo se aplicará a los denominados trabajadores parasubordinados.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia italiana son contestes en sostener que el término parasubordinación, en modo alguno pretende sustituir a la subordinación como elemento determinante en el contrato de trabajo,

sino que debe ser utilizado como factor propio de ciertas categorías de trabajo autónomo que requieren de protección, en virtud de ser personales, continuas y coordinadas por la empresa, evidenciándose una marcada debilidad contractual por parte de la persona natural que ejecuta el servicio.

En definitiva, la parasubordinación servirá para brindar tutela a una modalidad contractual en la cual se presta un servicio personal, continuo, se goza de autonomía organizativa, pero coexiste funcional y estructuralmente con la organización productiva de la empresa. Y así en el campo de la doctrina venezolana, se comparte el criterio de la parasubordinación, en tanto y en cuanto, los trabajadores parasubordinados estén cubiertos por la seguridad social y puedan ser tratados de manera similar a los demás trabajadores pero en forma limitada a ciertos efectos.

3.5. Especial mención a: El Principio de la Primacía de la Realidad en los contratos de trabajo.

El principio de la primacía de la realidad de los hechos, sobre lo abstracto y lo general contemplado en nuestra Carta Magna en materia laboral, puede verse como una especie de concertación entre los sujetos del contrato de trabajo.

El elemento de valoración de la primacía de la realidad, no nace con el Derecho del Trabajo, ni sólo existe en este derecho, al contrario, en la Teoría general del Contrato este principio forma parte de los elementos de análisis con que hoy día se cuenta para esos fines. El juez, gracias a este principio, podrá concluir que un determinado contrato es de tal o cual naturaleza, no obstante que los sujetos intervinientes en ese contrato, le hayan dado otra connotación.

Ahora bien, en materia laboral, ese principio de la primacía de la realidad, adquiere una mayor importancia a fin de determinar cuál es la naturaleza del contrato. Cuando una persona se subordina al mandato, a la instrucción, a la orientación, al tiempo, etc., de otra persona no puede ser en virtud de un contrato cualquiera, ya que entra en juego la dignidad del ser humano, y esta situación debe encontrar sujeción en la legislación. No importa lo que las partes hayan acordado en general, pues lo que dice la realidad, lo que dicen los hechos, es lo que va a prevalecer al momento de interpretar cuál es la naturaleza del contrato.

Gracias al principio de la supremacía de la realidad, tratándose de un conflicto laboral, donde el patrono alegue la inexistencia del contrato de trabajo, el juez puede constatar a través del estudio y análisis de los hechos, la verdadera naturaleza del servicio prestado, independientemente de la denominación que se le pretenda adjudicar.

4. Nuevas formas de empleo. Adaptabilidad del marco regulatorio.

En los subtítulos anteriores, hemos dicho, que a consecuencia de la avanzada tecnológica, la globalización, el afán por la competitividad, el lucro, entre otros, surgen nuevas formas de organización del trabajo, y con ello, nuevas formas de empleo; y en la mayoría de los casos, en estas nuevas formas de empleo, se busca la manera jurídica para sustraerlas del amparo del derecho del trabajo.

Dentro de estas nuevas formas de trabajo, o de emplear a los trabajadores, pueden mencionarse:

a. El contrato de arrendamiento de servicios: El cual consiste en arrendar al presunto no trabajador, determinado bien, propiedad del presunto no empleador, para el desempeño de una actividad, y donde la contraprestación o remuneración económica, lo constituye, un supuesto canon de arrendamiento, que el arrendatario (trabajador) deberá cancelar por el uso de los bienes que el arrendador (empleador), le arrienda.

Sin embargo, se dice que este contrato siempre existió, primordialmente para trabajadores autónomos, como los profesionales universitarios. No obstante, hoy se abusa de él, pues se ha distorsionado su esencia, al punto de usarse en fraude de la Ley, a fin de disfrazar verdaderas relaciones laborales.

b. La constitución de trabajadores como sociedades mercantiles: En esta forma de trabajo, se le obliga al trabajador a constituir o bien, una Sociedad Mercantil, o, una Firma Personal, para luego contratar directamente con la misma. A tal efecto, se celebran contratos de obras, civiles o mercantiles, entre el empleador y las constituidas sociedades o fondos de comercio, con el propósito de externalizar o exteriorizar al trabajador, lo cual denota el empleo de una fórmula contractual extralaboral.

Esta forma de empleo constituye una flagrante evasión de los pasivos laborales, y una alentadora ventaja tributaria para el patrono.

c. La constitución de cooperativas: Hoy en día, esto puede denominarse como la cooperativización de las relaciones laborales. Esta figura, muy

parecida a la anterior, supone que el trabajador constituya una Cooperativa, la cual a posteriori, contrata el empleador, reportándole insuperables ventajas en atención a la exoneración de impuestos, así como, la evasión de las cargas laborales. En Venezuela, esta forma de empleo ha tenido un avasallador auge, a partir del año 2000, erigiéndose en bastión de la tercerización laboral. Una nota característica de las cooperativas, es que la mayoría se constituyen con quienes fueron trabajadores subordinados de la empresa que la contrata.

d. La subcontratación: Frecuentemente empleada por grandes empresas, para mermar las cargas laborales. Esta forma de contratar pretende liberar de responsabilidad a la empresa contratante, ante los trabajadores empleados por la contratista. No obstante, la mayoría de las legislaciones laborales, así como las decisiones jurisprudenciales, han extendido el vínculo de responsabilidad solidaria entre contratante y contratista, a los fines de honrar las cargas laborales.

e. El staff-leasing y el pay-rolling: Estas formas de empleo constituyen una degeneración de las denominadas empresas temporales de servicio, las cuales fueron suprimidas en nuestra legislación, con la reforma reglamentaria del 2006.

Mediante esta forma de empleo, se colocan trabajadores en la plantilla de trabajo de otras empresas, asumiendo el pago salarial y demás obligaciones derivadas de la relación de trabajo, cuando en la realidad, la verdadera relación de trabajo, se establece entre el trabajador y la empresa usuaria.

f. El teletrabajo: Por lo general es realizado en el domicilio del trabajador; y se concibe como una forma de trabajo netamente informático, ejecutado fuera de las instalaciones físicas de la empresa contratante.

Con esta forma de empleo se pretende desnaturalizar el elemento subordinación, siendo que uno de los aspectos a considerar a tal respecto, es el lugar en el cual el individuo desempeña la actividad encomendada.

g. El contrato de distribución o flete: Constituye una figura del derecho comercial. Su importancia en el mundo del Derecho del Trabajo, estriba, en su utilización para evadir verdaderas relaciones laborales, y sus consecuencias, siendo una de las formas de externalizar más empleada en la actualidad. De tal suerte, que el trabajo desempeñado por choferes y/o conductores, que distribuyen productos, quedan fuera de la tuición del derecho laboral.

En Venezuela, las decisiones dictadas por el Máximo Tribunal de la República en Sala de Casación Social a partir del año 2000, y que más adelante serán analizadas, dieron al traste con la simulación pretendida en este tipo de

actividad, y son concebidas como verdaderas relaciones de trabajo, previo el cumplimiento de los denominados indicios de laboralidad.

h. El contrato de franquicia: Este contrato ab initio, es una verdadera forma comercial, mediante el cual una empresa determinada, autoriza a otra, a explotar una marca o proceso de propiedad de la primera, bajo el cumplimiento de una serie de condiciones.

Para saber cuándo en este tipo de contratación se invade el campo laboral, es menester considerar aspectos como: grupo de empresas, empleador único, responsabilidad solidaria, subcontratación. Un caso típico de evasión del campo comercial de esta forma de contratación, son los denominados vendedores independientes de Empresas Polar, los cuales fungía como trabajadores contratados mediante Sociedades Mercantiles, y en el año 2005, se subrogaron en franquiciantes de la marca Polar.

i. El fraccionamiento o grupo de empresas: En este caso, el empleador se constituye en varias explotaciones, compañías, empresas, o establecimientos, para pretender responsabilidades ante números más reducidos de trabajadores. No obstante, esta práctica evasiva de responsabilidades, ha sido resuelta por vía jurisprudencial, con la instauración de la Teoría del Levantamiento del Velo Jurídico, la cual al ser aplicada al caso concreto, permitirá determinar cuándo se está en presencia de un grupo de empresas y cuándo no.

j. Formas flexibles de trabajar: Aquí se ubica el denominado trabajo en equipo, siendo que lo trascendental a los fines de la protección laboral, es la determinación de los elementos y características típicas del elemento subordinación, como definitorio de la relación de trabajo y del contrato laboral.

Las señaladas nuevas formas de empleo, escapan –en principio- del marco regulatorio laboral, que ampara a las típicas formas de trabajo. No obstante, lo que en algunos casos pudiera no estar regulado por una norma legal, si lo está a través de una decisión jurisprudencial, ello en virtud del dinamismo y la connotación social que ha adquirido el trabajo como forma de subsistencia humana.

De tal suerte, que es preciso atender a cada caso en particular para determinar la laboralidad de la actividad desempeñada, y conseguir aplicar el marco regulatorio correspondiente.

5. Las relaciones laborales excluidas

Al hablar de las relaciones laborales excluidas, es menester redundar en la argumentación contenida en los apartes anteriores, pues las nuevas formas de contratación laboral o más bien, pseudolaboral, parecieran ab initio, estar excluidas del ámbito de protección del derecho del trabajo.

Este aspecto, ha sido ampliamente tratado por la Organización Internacional del Trabajo, en atención a la subcontratación, por cuanto, ésta ha ido adquiriendo una importancia cada vez más creciente en la organización y funcionamiento de la empresa moderna. Así pues, en la búsqueda de una mayor competitividad, las empresas han reorganizado sus procesos productivos, y alentado nuevas modalidades de empleo, entre las que se mencionan: el trabajo temporal y la externalización de funciones y tareas, a través de la subcontratación, el suministro de personal y los contratos a honorarios.

“Se dice que las empresas recurren a estas nuevas formas de empleo, en ocasiones para responder a fluctuaciones en la demanda por causas estacionales, cíclicas o de otro tipo; optimizar el uso de los recursos, evitando excesos de capacidad o tiempos muertos; mejorar la calidad de procesos y resultados, cuando carecen de los conocimientos o la tecnología apropiada; reducir costos, si no pueden operar en la escala eficiente o pueden beneficiarse de su mayor tamaño y poder de negociación (obteniendo menores precios y/o traspasando costos y riesgos). (Observatorio Laboral, 2005: 6 y 7)

En principio, la subcontratación estuvo vinculada a actividades de la empresa, tales como: el aseo, la alimentación y la vigilancia; pero en la actualidad se subcontrata tratándose de cualquier tipo de actividad, desde las más sencillas, hasta las más sofisticadas. Tal crecimiento de la subcontratación es referido por la O.I.T., como una realidad que va in crescendo día a día:

“Muchas empresas, por su parte, han organizado sus actividades de modo que puedan utilizar a su personal en trabajos cada vez más diversificados y de manera más selectiva, que incluyen el recurso a contratos de diversos tipos, la descentralización de parte de la producción u otra actividad a manos de contratistas o trabajadores independientes, o el recurso a agencias de empleo. El fomento de esas prácticas ha sido estimulado por el rápido desarrollo de la tecnología y de nuevos métodos de gestión

de empresas en respuesta a las crecientes exigencias de la competencia”. (Conferencia Internacional del Trabajo, 2006: 10)

Asimismo, Brostein (2006) en la citada Conferencia de la O.I.T., expuso que si bien la subcontratación no es un fenómeno nuevo, se ha erigido en una práctica cada vez más extendida, en la mayoría de los países, y a una variedad de actividades, a consecuencia de los progresos tecnológicos que facilitan la desagregación del proceso productivo, en fases que pudieran considerarse autónomas, y que son externalizadas en condiciones que permiten la reducción de costos y minimización de la mano de obra.

En consecuencia, la subcontratación ha dimanado un cúmulo de inquietudes, ante la cada vez más frecuente exclusión de este tipo de actividades, del campo laboral, asociadas a la pérdida de derechos laborales, junto a condiciones de trabajo muy deficientes y precarias. A tal respecto, la Organización Internacional del Trabajo, en la 95 Conferencia, señaló: “La recomendación debería centrarse en las relaciones de trabajo encubiertas y en la necesidad de contar con mecanismos para garantizar que las personas que son parte de una relación de trabajo tengan acceso a la protección que les corresponde en el plano nacional”. (Informe O.I.T., 2006: 18)

Sin embargo, el hecho de que una empresa subcontrate para labores propias de su actividad, no necesariamente debe entenderse que se trata de relaciones laborales excluidas, y que existe precarización. Lo realmente importante, es cuando se vislumbra la simulación de esa subcontratación, y cuando surjan situaciones ambiguas, en las cuales no puede apreciarse a cabalidad cuáles son los derechos del trabajador subcontratado.

De todo esto, lo importante es lograr la protección adecuada para los trabajadores subcontratados, con las limitaciones adoptadas por la O.I.T., para determinar si esa protección se aplicaría a la totalidad de los trabajadores subcontratados, o bien, quedarían excluidos de la cobertura, los trabajadores amparados en un contrato de trabajo legal con la empresa usuaria, así como los trabajadores de las agencias de empleo privadas que se destinen en una empresa usuaria para realizar un trabajo bajo el régimen de subcontratación.

En definitiva, la O.I.T., ha pretendido que tratándose de este tipo de relaciones laborales excluidas, se adopten instrumentos jurídicos en los que figuren medidas de prevención de accidentes y lesiones a los trabajadores subcontratados, de exigencia del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias contraídas con los trabajadores subcontratados, de garantía de la observancia

de los derechos y obligaciones consagrados en la legislación laboral y de la seguridad social, y de promoción de la igualdad de trato a los trabajadores subcontratados y a los amparados en una relación laboral regular. Y en forma más amplia, la O.I.T., recomienda la aplicación de los derechos fundamentales a los trabajadores subcontratados, acordando incluso que todos los trabajadores, independientemente de su situación laboral, deben disfrutar de idéntica protección de su derecho a organizarse y a negociar colectivamente, a no ser discriminados y a una edad mínima de contratación.

6. Pequeñas empresas y legislación laboral.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 3, de la Ley de Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria de Venezuela, (PYMI), se entiende por:

“1. Pequeña Industria, la unidad de explotación económica realizada por una persona jurídica que efectúe actividades de producción de bienes industriales y de servicios conexos, comprendidas en los siguientes parámetros: 1.1. Planta de trabajadores con un promedio anual no menor de once (11) trabajadores, ni mayor a cincuenta (50) trabajadores. 1.2. Ventas anuales entre nueve mil una (9.001) Unidades Tributarias y cien mil (100.000) Unidades Tributarias.”

Ahora bien, el tema de las pequeñas empresas, también ha sido objeto de discusión y recomendación, por la Organización Internacional del Trabajo; motivo por el cual en el año 1998, adopta un instrumento definitorio de las condiciones generales de promoción del empleo en la pequeña y mediana empresa. Haciendo especial énfasis en que este tipo de empresas, generan más del 80% de los puestos de trabajo que actualmente se crean en el mundo. En dicho instrumento, también es reconocido, que gracias a las pequeñas y medianas empresas, tanto las mujeres, como otros grupos tradicionalmente marginados, accedan a unos puestos de trabajo productivo y de calidad.

En tal sentido, la O.I.T., recomienda a los Estados miembros, la adopción de políticas de creación de un contexto económico estable por lo que respecta a la inflación, los tipos de interés y de cambio, la fiscalidad y el empleo, y la estabilidad social; y la eliminación de los obstáculos al crecimiento y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, incluida la adopción de

medidas específicas tendentes a promover y facilitar la integración del sector no estructurado en el sector estructurado, y a garantizar la extensión de la cobertura de la protección social a los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas, y la observancia de las normas de la seguridad social.

Las pequeñas empresas, pueden al igual que las demás empresas, encontrarse en el sector formal o en el informal, en sectores económicos débiles o competitivos, en países desarrollados, en desarrollo o menos adelantados y enfrentar o no problemas técnicos, financieros o administrativos.

6.1. Necesidad de adoptar normas especiales

Un problema planteado por Supiot (2001), es el enfoque diacrónico, que apunta:

“A desmenuzar los resortes del cambio para intentar comprender mejor su rumbo. Pero, para hacer esta labor, también hay que navegar entre dos escollos. El primero consiste en desorbitar las transformaciones sobre las que se nos invitó a reflexionar. En un mundo cambiante es muy fuerte la tentación de tomar la parte en movimiento por el todo, y de pasar por alto las fuerzas de conservación del sistema social. Por lo mismo que la persistencia de un desempleo de larga duración no significa el final del trabajo para toda la sociedad, el auge de nuevas formas de ocupación (por ejemplo, el teletrabajo) no implica necesariamente la desaparición de las formas antiguas. Es, en cambio, cierto que el desempleo o las nuevas formas de empleo no son epifenómenos marginales, sino que ponen en tela de juicio, los mecanismos centrales de funcionamiento de nuestras sociedades. Por consiguiente, el segundo escollo consiste en menospreciar la importancia de esos cambios y en atenerse meramente a unos principios heredados del modelo industrial, por estimar que siguen dominando el derecho del trabajo y correspondiendo a la situación de un número muy grande de trabajadores en el mundo. En realidad, las prácticas laborales han sido siempre muy variadas, y el modelo industrial no ha sido nunca universal. Ahora bien, este modelo ha servido de referencia para el derecho laboral de los países occidentales y también, en gran medida, para el derecho internacional del trabajo, y tal y como ha sido fijado, sobre todo, mediante la labor normativa de la Organización Internacional del Trabajo. Se trata, por lo tanto, de dilucidar si, y hasta qué punto, han cambiado los puntos de referencia en el modo de concebir la relación de trabajo.” (Supiot, 2001:4)

En atención a la transcrita cita, pudiera decirse que más allá del trabajo subordinado, existe una categoría de trabajadores jurídicamente independientes o autónomos, pero económicamente dependientes y que tiende a generalizarse y ello repercute en el nivel de protección de que gozan o deberían gozar. Por lo cual nos estaríamos refiriendo, a los trabajadores subcontratados en las pequeñas empresas, los cuales distan de estar verdaderamente subordinados, pero a la vez, realizan actividades que son realmente laborales, pero que están excluidas de la tuición del derecho del trabajo. En consecuencia, encuadran en el rubro de la atipicidad o de las relaciones híbridas, pues no se les puede catalogar como verdaderamente independientes, o como, realmente subordinados.

Ello refiere, a un sector desprotegido, o zona gris más amplia entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo independiente. En ella se encuentran personas jurídicamente independientes pero económicamente dependientes, y trabajadores jurídicamente dependientes que más parecen autónomos, tal es el caso de ciertos gerentes y representantes de empresas; lo cual invita a pensar en la necesaria adopción de normas laborales que amparen, y favorezcan a este tipo de trabajadores. Incluso algunos autores hablan de un marco o un derecho común del trabajo que pueda comprender a diversas situaciones como al trabajo subordinado tradicional, al cuasi subordinado que es el económicamente dependiente, propiciando así una mayor igualdad entre los ciudadanos que trabajan de manera personal y subordinada o con relativa autonomía.

Y tal como lo señala Supiot, ésta es una tarea titánica del derecho laboral, por ser esa su naturaleza, génesis e historicidad, apuntalando las bases de la cohesión social, en consonancia con las nuevas formas de producción y de organización de la sociedad actual.

Este instrumento de protección del que habla Supiot, debería profundizar en el principio de primacía de la realidad, a fin de encontrar una fórmula para vincular la tradicional prestación de servicios personales, con formas de protección del trabajo subordinado, o en todo caso, de establecer un repertorio mínimo de condiciones a todo trabajo humano individual, en que exista dependencia económica.

7. Tendencias jurisprudenciales en materia de contrato de trabajo, formas atípicas y trabajo independiente.

7. 1. Evolución jurisprudencial laboral en la República Bolivariana de Venezuela (1999 a 2002)

1. Sentencia de fecha 16 de Marzo de 2000. Sala de Casación Social. Con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo. Caso: Vendedores Independientes vs. Distribuidora Polar S. A.

Se casa de oficio la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, con fundamento en principios constitucionales y legales insoslayables, y se declara la existencia de un contrato laboral (y no mercantil) que vincula a los vendedores independientes o distribuidores de cerveza con la empresa demandada, en virtud del principio de la primacía de la realidad. Se analiza el elemento subordinación, la presunción de la relación laboral y el principio de la relatividad de los contratos.

Análisis crítico

Se señala que el Tribunal Supremo de Justicia hizo mal uso de la Casación de Oficio, al no entrar a considerar el contenido del Recurso de Formalización, sino que bajo la convicción de la existencia de problemas de orden público, entra a conocer la materia de fondo; por lo que se piensa hubo una desviación, al convertirse el Tribunal Supremo en una tercera instancia, pasando a revisar hechos que son de apreciación de los jueces de instancia, y que sólo podrá conocer ese Tribunal, en tanto se haya hecho el anuncio pertinente.

Con esta Sentencia, la Sala de Casación Social crea una especie de mitología en torno al concepto subordinación, sin tomar en cuenta que es un concepto que ha sufrido un alto grado de relatividad en la actualidad, sin examinarse el régimen de ajenidad existente entre el vendedor independiente y la empresa demandada; es decir, se analiza la subordinación, sin considerarse quién se beneficia con el trabajo. En el caso Diposa, la Sala de Casación Social al examinar sólo la subordinación concluyó que los transportistas, vendedores independientes o distribuidores de cerveza, si eran trabajadores.

En el fallo estudiado, no se discutió la existencia o no de una relación contractual, es decir un nexo contractual entre los distribuidores y la empresa, nacido del contrato entre dos sujetos. Por su parte Distribuidora Polar S. A., sostuvo que entre demandantes y demandada existía una relación mercantil; mientras que los vendedores independientes señalaban, que el contrato y la relación eran de naturaleza laboral; pero en ningún momento se discutió sobre el acuerdo entre actores y accionada. Incurrir en el error de no analizar la intención del transportista, vendedor independiente o distribuidor, si fue o no la de ligarse por un contrato de trabajo, la de ser un empresario con su propia flota de camiones y sus respectivos choferes (una infraestructura), incluido su taller mecánico para la reparación de los vehículos, con su propio personal, su contabilidad, etc. Estos aspectos hacen concluir que existiendo esas circunstancias, jamás se podrá considerar a esa persona como un trabajador.

Por lo que respecta a la simulación, la Sala de Casación Social en el caso de marras, determinó la existencia de la simulación de un contrato de trabajo, al aparentarse una inexistente relación mercantil entre los distribuidores y la empresa. Dio por sentada la intención de parte del empleador, para ocultar el real contrato de trabajo, por medio de otra figura contractual que tiene aspectos comunes, como la prestación de un servicio y la retribución.

Se comparte el criterio por cuanto en efecto hay muchos casos en donde el patrono obliga a constituir sociedades para enmascarar el contrato de trabajo con un negocio fraudulento al que se le hace ver de naturaleza mercantil.

La Sala de Casación Social, confunde en el caso Diposa, el Principio de la Relatividad de los Contratos con el de Oponibilidad de los Contratos. La relatividad de los contratos implica que los únicos que pueden ser afectados por los efectos de un contrato son las partes que lo han suscrito; con la excepción en materia laboral del Convenio Colectivo de Trabajo, cuyos efectos se hacen extensivos a terceros hayan formado o no parte del contrato. En el caso comentado, el trabajador demanda y dice que es trabajador de Distribuidora Polar S.A., no obstante, jamás se le consideró como tal, instándosele a que constituyera una sociedad de comercio, obligándosele a realizar la actividad por un contrato de compra de productos ofrecidos por la demandada, no habiéndosele pagado nada (remuneración) en relación con el contrato de trabajo. El trabajador acepta las condiciones, constituye la compañía, pero no tuvo nunca la intención de ser un comerciante sino un trabajador dependiente y en régimen de ajenidad, prestar el servicio a un patrono y que éste pagara

la prestación de servicio; pero lo obligaron a entrar de otra manera y no tiene otra opción. Estos hechos demuestran que se trata de un trabajador y en consecuencia, hubo un negocio en fraude de la Ley Orgánica del Trabajo, ya que la empresa (Diposa) quiso eludir la aplicación de la legislación laboral. Sin embargo, como ésta es una legislación de orden público de imperativo cumplimiento, el contrato mercantil o civil no tiene ningún efecto.

Ante el surgimiento de estos nuevos conceptos a la luz del fallo analizado, son muchas las posiciones doctrinarias suscitadas a favor y en contra, sin embargo, queremos concluir este análisis crítico, puntualizando las siguientes consideraciones:

Existen una serie de aspectos señalados por los demandantes, denominados vendedores independientes, distribuidores o transportistas, que nos hacen reflexionar, no siendo del todo descabellados:

Señala Diposa que los demandantes se presentan en las instalaciones de la Empresa, en el horario que ésta tiene establecido, adquieren de contado el producto, y se retiran a distribuirlo dentro de una zona geográfica acordada; y que hasta allí llega la relación comercial que los vincula; no existiendo ninguna injerencia por parte de Diposa sobre el resto de las actividades desarrolladas por los vendedores independientes.

Ahora, siendo este el postulado de la demandada, llama poderosamente la atención, las siguientes circunstancias reales, que se dan en la práctica en la presunta relación comercial que vincula a las partes en conflicto, y que nos hacen inclinarnos por la existencia de un verdadero contrato laboral:

1. Si es cierto lo señalado por la empresa, nos preguntamos por qué ésta ejecuta sobre las cuentas bancarias de las distribuidoras de productos, las denominadas auditorias, (efectuadas por supervisores de Diposa). Si fuera cierto que no existe más que una vinculación comercial, por qué Diposa debe inmiscuirse en los estados financieros de una compañía que le es totalmente ajena, y la cual le hace las compras de contado. No encontramos explicación lógica a este respecto.
2. La constitución de los denominados fondos de garantías, hoy conocidos como fideicomisos. ¿Cuál es el verdadero sentido, o la verdadera concepción que entraña esta figura?, cuando el vendedor independiente al momento de adquirir la carga, paga de contado el producto, inclusive cancela hasta el envase (vacío). Este fondo

sería entendido cuando la persona (vendedor) tiene deudas con la empresa, pero estando solvente (porque compra de contado) en el pago de sus obligaciones (ha pagado su litraje y su vehículo), cuál es el verdadero sentido de este fondo.

3. Otro detalle muy superfluo pero altamente incidente en el tranquilo y cotidiano desarrollo de las actividades de los vendedores independientes, es la aplicación de Políticas del Grupo Polar, cuando se les obliga a vender o distribuir los productos (cervezas) que ellos han comprado de contado, a crédito. No nos explicamos por qué si ya el vendedor independiente compro el producto y Diposa no tiene más nada que ver con él, le impone las ventas a los clientes a crédito. Produciéndose una fuerte erogación del patrimonio del vendedor que tiene que soportar una carga económica, que a veces termina descapitalizándolo.
4. De ser cierto el planteamiento del elemento ajenidad en el caso Diposa, cómo se explica la obligación impuesta por la compañía a los vendedores independientes en relación a que deben vender un determinado nivel de litros de cerveza. ¿Cuál es el fundamento de esta obligación?, si fuera cierto que los vendedores no son trabajadores sino comerciantes, el provecho de dichas ventas beneficiaría a los vendedores y no a la empresa. ¿Dónde queda la ajenidad?

2. Sentencia de fecha 09 de Marzo de 2000, en Sala de Casación Social, con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz. Caso: Productor de Seguros vs. Seguros La Metropolitana S.A.

En este fallo la Sala de Casación Social, haciendo uso de la doctrina de la Sala de Casación Civil con relación a las relaciones laborales que puedan existir entre los productores de seguros, precisó que pueden coexistir relaciones de intermediarios de seguro nacidas y cumplidas por personas naturales en forma exclusiva para una determinada empresa, con una relación laboral; esto por ser posible la coexistencia de la relación laboral con otras profesiones, artes, oficios o industrias, las cuales no obstante de suponer prestación personal de servicios, están regidas por Leyes Especiales con intervención del Estado, como en el caso de los productores de seguros.

Luego, la Sala pasa a analizar la presunción de la relación laboral contenida en el Artículo 65 de La Ley Orgánica del Trabajo y concluye

determinando que su alcance, es aplicable incluso para los Productores de Seguros, en especial cuando éstos trabajan para la empresa con el carácter de exclusivos.

En este fallo sólo se analiza la existencia de la relación laboral, la cual no fue desvirtuada por la empresa de seguros, y por ende, al no ser desvirtuada dicha relación, el productor de seguros es considerado trabajador.

Es una sentencia que se limita a la sola aplicación del Artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, sin determinar la presencia o no del Contrato de Trabajo, y sus elementos. No hay comentarios sobre la subordinación ni el régimen de ajenidad.

3. Sentencia de fecha 12 de Abril de 2000, en Sala de Casación Social con ponencia del Magistrado Alberto Martini Urdaneta. Caso: Profesional del Derecho vs. Benarroch y Casabera C.A., Internacional de Análisis y Sistemas S.A., Sociedad Anónima Rex y Federal Discount C.A.

La Sala de Casación Social determinó con este fallo, que demostrado el hecho de la prestación de un servicio personal, se presume la existencia de una relación de trabajo, y que al no ser desvirtuada por las demandadas, el abogado (demandante) debe ser considerado como trabajador, en virtud del vínculo laboral que les une.

En este fallo se consideró que existió dependencia jurídica por parte del demandante a las empresas co-demandadas, por lo cual no se desvirtuó la presunción del carácter laboral del caso de marras. De tal suerte, que lo importante es demostrar la naturaleza laboral de la relación, sin entrar a analizar si se cumplieron los demás requisitos, como por ejemplo, la remuneración.

Es posible que en este caso no esté claro, si ciertamente ese abogado es o no un trabajador subordinado y dependiente de las co-demandadas. Entonces, el juez en aplicación de los principios laborales que rigen la materia deberá examinar todas las variantes que le hayan sido presentadas en el juicio: Esa persona sólo trabaja para la empresa demandada, tiene o no su bufete propio en el que atiende a sus clientes, el abogado cumple horario, genera honorarios o recibe una remuneración mensual fija, etc. Con lo cual, podrá precisar lo atinente a un contrato de naturaleza laboral o de otra naturaleza. Finalmente, podrá decirse si había subordinación, si se estaba trabajando por cuenta ajena, y si en efecto lo que ese trabajador obtenía como retribución puede ser considerado como salario.

Obviamente, en el fallo analizado se le critica a la Sala su conformidad y limitación a precisar la sola existencia de la relación laboral, sin entrar a considerar los referidos aspectos, lo cual crea choques continuos entre la doctrina y la jurisprudencia, ya que principios como el de la primacía de la realidad, sin duda, atienden a un ideal que se pueda tener acerca de la cuestión del trabajo del hombre.

4. Sentencia de fecha 12 de Abril de 2000, en Sala de Casación Social con ponencia del Magistrado Alberto Martini Urdaneta. Caso: Transportista Vs. Laboratorios Bristol de Venezuela y otros.

Con este fallo la Sala no trae ninguna innovación. Se mantiene dentro de la misma tónica, en cuanto a que probada la existencia de la relación laboral, debe concluirse que efectivamente la prestación de servicios es llevada a cabo por trabajador. No se abunda en mayor doctrina, ni se consideran los elementos de subordinación y ajenidad.

Se concluye que el actor logró demostrar la prestación personal de servicios, generándose un vínculo laboral, sin tomar en cuenta una serie de circunstancias que rodean los hechos, como que el actor ejecutaba la actividad valiéndose de sus propios medios, como por ejemplo, el uso de un vehículo propio.

5. Sentencia de fecha 21 de Junio de 2000, en Sala de Casación Social con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz. Caso: Productor de Seguro Vs. Seguros Caracas de Liberty Mutual.

En este fallo, una vez más la Sala de Casación Social le resta importancia al análisis y existencia del elemento subordinación y de ajenidad, como definitorios de un Contrato Laboral, ya que sólo se limita a establecer que se incurrió en una errónea interpretación de los Artículos 65 y 68 de la Ley Orgánica del Trabajo, puesto que probada la existencia de una relación laboral, se presume la subordinación, y en consecuencia, el actor debe ser considerado trabajador, correspondiéndole a la demandada desvirtuar tal presunción.

6. Sentencia de fecha 09 de Agosto de 2000, en Sala de Casación Social con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz. Caso: Despachador Vs. Aerobuses de Venezuela C. A., y otra.

En este fallo se reitera el criterio jurisprudencial contenido en la decisión de la misma Sala en fecha 16 de Marzo de 2000 (Caso Diposa) en lo referente a la simulación de contrato y al principio de la primacía de la realidad. Y concluye, en que existe relación de trabajo, dependencia y subordinación, materializada en que el actor tenía que cumplir un horario y realizar entre otras actividades: el recibo y despacho de vehículos, cargas y encomiendas , y venta de pasajes, bajo las órdenes y con carácter exclusivo para la empresa Aerobuses de Venezuela C. A.; no siendo desvirtuada la relación de trabajo con los documentos estatutarios de comisión y sociedad mercantil. Por lo que, en atención al principio de la relatividad de los contratos, éste no se puede hacer valer contra el actor que es una persona distinta a las sociedades mercantiles que suscribieron los mismos.

7. Sentencia de fecha 31 de Mayo de 2001, en Sala de Casación Social con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz. Caso: Vendedores Independientes Vs. Distribuidora Polar S. A.

Este fallo reitera el criterio jurisprudencial del fechado 16 de Marzo de 2000 (Diposa I), y concluye: que la existencia de un contrato de compra venta mercantil entre dos personas jurídicas y la prestación del servicio personal por otra persona distinta, no es suficiente para desvirtuar la existencia de la relación de trabajo, al no ser desvirtuados los elementos de la relación de trabajo, ya que no basta la existencia de un contrato mercantil entre el patrono y el trabajador, en virtud de la aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo y de primacía de la realidad para desvirtuar la presunción laboral. Debe por ende, demostrar el patrono que la prestación personal del servicio se efectuó en condiciones de independencia y autonomía absoluta, para determinar que la relación jurídica es de naturaleza distinta a la laboral.

8. Sentencia de fecha 12 de Junio de 2001, en Sala de Casación Social con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz. Caso: Presidente de un banco Vs. Banco Hipotecario de Inversión Turística de Venezuela C. A.

Con este fallo la Sala de Casación Social, nuevamente crea duras polémicas al considerar que un Presidente de un Instituto Bancario no es trabajador por cuanto no realiza labores en forma subordinada.

De acuerdo con el criterio jurisprudencial, la institución bancaria demandada, logró desvirtuar que entre el Presidente (demandante) de esa institución y la institución misma existiese una relación de trabajo, señalando y probando la existencia de una relación de representación. No se discutió el hecho contractual, ya que fue admitido por ambas partes, la diferencia existió en cuanto a la naturaleza de ese hecho contractual.

La teoría de la relación de trabajo le sirvió a la doctrina y a la jurisprudencia para establecer la protección de la Ley Orgánica del Trabajo en los casos de difícil demostración del acuerdo constitutivo del hecho contractual. Sin embargo, en el caso bajo análisis, si no se discutió el hecho contractual, se está conteste en que hay algún acto de naturaleza volitiva.

Según esta sentencia, el presidente (demandante) de esa institución bancaria, es quien ingresa al personal, fija salarios, despide trabajadores, aprueba préstamos y decisiones en una Junta Directiva; por lo que resulta harto difícil entender en dónde está la subordinación, si se tienen semejantes facultades de disposición. Cómo entender en este caso, que se está bajo un régimen de subordinación y dependencia.

Sin embargo, la Sala examinó el elemento subordinación pero no así el de ajenidad, llegando a la conclusión contraria del caso Diposa, de que el actor no era trabajador de la empresa. Se le critica a la Sala que debió estudiar la ajenidad, es decir, *para quién se trabaja*, para sí mismo o para otro, para quién es el beneficio.

Ciertamente resulta cuesta arriba considerar al Presidente de la demandada como trabajador en el sentido adjudicado por el Derecho del Trabajo. Por este motivo, las legislaciones han establecido diferentes soluciones (no la venezolana). En el caso bajo estudio, la Sala de Casación Social hace mal uso de la legislación y la doctrina, porque al hacer uso de otra legislación, debe necesariamente saber qué pasa en ese sistema legislativo para adoptar tal o cual conclusión.

En el caso de Inverbanco, fue errada la posición de aplicar legislación española al sistema venezolano. Analicemos por qué: La legislación española, sostenía como tradición que desde hacía muchos años, los directores de empresas, los representantes y los gerentes, estaban excluidos por mandato legal, del sistema laboral. Asimismo, se excluían a los consejeros y los miembros de las directivas de las empresas. Más tarde, comenzó a surgir una tendencia doctrinaria liderizada por el Tribunal Supremo Español mediante la cual se pidió protección laboral para los excluidos. Finalmente, la Ley de Estatuto de los Trabajadores, aunado a la última reforma de la Ley de Relaciones Laborales Españolas, se pronuncian al respecto, y se dice que los únicos que están excluidos de la aplicación de la Ley Laboral son: los consejeros y los miembros del directorio de una empresa, pero siempre y cuando, sólo se dediquen a hacer esa actividad, ya que, de realizar otras actividades, caen dentro de la esfera de la legislación laboral española.

En el caso venezolano, la Sala incurre en error al decir que el Presidente del banco por ser un alto directivo de la empresa no es trabajador; cuando en realidad en el comentado sistema legislativo español, el alto directivo de la empresa sometido a ciertos patrones, si es considerado sujeto de trabajo, bajo un régimen especial consagrado desde el año 1985 en un Real Decreto, que regula la relación laboral especial de las personas de alta dirección, consagrando para ellos plena autonomía y responsabilidad de mando y dirección. Este Real Decreto establece que el fundamento legal para este tipo de empleados, lo constituyen dos aspectos: confianza y lealtad.

El sistema venezolano, desde 1936 ha incluido a toda persona que preste un servicio y que otro sea beneficiario del mismo como trabajador; excluyéndose el caso del empleado administrativo. En el terreno privado, jamás se ha hablado de exclusión, salvo claro está, que no haya contrato de trabajo. Si se presta un servicio, se beneficia a otro y se paga una remuneración, la presunción y la aplicación a la luz de la ley venezolana, es clara; ni siquiera los empleados de dirección han estado excluidos del contrato de trabajo.

En atención a los argumentos expuestos, puede decirse que el Presidente del Banco, si estaba subordinado a un sistema de dirección, administración y producción del banco, porque a pesar de que giraba instrucciones, lo hacía porque estaba dentro de la empresa, no fuera de ésta. Además, ¿quién se beneficiaba con las ganancias?. Lógicamente el instituto bancario. El Presidente del Banco no era dueño de la empresa, ni estaba arriesgando nada, sólo le

interesaba dictar lineamientos de políticas en la forma en que lo creyere más conveniente para obtener un mejor salario.

7.2. La jurisprudencia después de FENAPRODO.

El 22 de Septiembre de 2004, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, homologa el Acta Convenio suscrita por la Sociedad Mercantil **COCA-COLA FEMSA DE VENEZUELA, S.A.**, antes (**PANAMCO DE VENEZUELA, S.A.**), y el Ciudadano **MIGUEL ÁNGEL DURÁN RIVERA**, poniendo punto final al Juicio que por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales iniciara éste último, en su carácter de vendedor o distribuidor de productos elaborados por la mencionada Empresa. Dicha Acta refiere los mismos argumentos explanados por la conciliación efectuada en el caso **DIPOSA – AVECMA**, fundamentando sus consideraciones en la existencia de una relación contractual, nunca laboral, en atención a los postulados y discernimientos sistemáticos, contenidos en la paradigmática Sentencia que resolvió el caso **FENAPRODO**.

Esta Acta, refleja un alto contenido jurisprudencial, al exponer, que la cantidad de dinero entregada al demandante, jamás puede ser considerada como pago de prestaciones sociales, sino que reviste el carácter de indemnización dirigida a cubrir cualquier daño y perjuicio que haya podido sufrir como consecuencia de la ejecución o terminación de la relación contractual mantenida con él, incluyendo entre otros conceptos: gastos derivados de la terminación por decisión unilateral; clientela; cualquier tipo de deuda laboral, civil, mercantil, o de cualquier otra índole, inversiones realizadas.

Se insiste en forma tajante en la siguiente consideración: De acuerdo a las circunstancias expuestas en el acta de mediación y conciliación, no es posible considerar al demandante como trabajador dependiente de la demandada. Y, por último, refiere la Empresa que de acuerdo a lo anterior, al demandante no le corresponde recibir ninguna de las cantidades demandadas, pues de las actividades descritas no es posible deducir la existencia de una relación de trabajo bajo dependencia de la accionada.

En consecuencia, lo anterior refleja una evidente paradoja, ya que de una parte, la Empresa desconoce la existencia de una relación laboral, pero de la otra, pretende dibujar la entrega de dinero, como una indemnización por una presunta relación contractual que existió entre las partes, que jamás puede ser considerada laboral. En fin, para los trabajadores victoriosos en mucho

no les merma sus derechos, puesto que no obstante de no ser catalogados expresamente como trabajadores, logran satisfacer pecuniariamente sus demandas.

El 11 de Mayo de 2004, el Magistrado Alfonso Valbuena Cordero, dicta Sentencia en el caso que por Calificación de Despido siguió Juan Rafael Cabral Da Silva, contra la Sociedad Mercantil Distribuidora de Pescado La Perla Escondida, C.A.

En esta sentencia se precisan aspectos referidos a la carga probatoria, para después, determinar en atención a la probanza de las partes, la denominación, alcance y contenido de la relación que vinculó a las partes. Se citan entre otros aspectos los siguientes:

1º) El demandado (Empresa) tiene la carga de probar la naturaleza de la relación que le unió al trabajador, cuando en la contestación de la demanda haya admitido la prestación de un servicio personal y no la califique de naturaleza laboral, por ejemplo la califique de mercantil. (Presunción iuris tantum, establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo).

2º) El demandante (Trabajador) tiene la carga de probar la naturaleza de la relación que le unió con el patrono, cuando el demandado en la litiscontestación haya negado la prestación de un servicio personal.

3º) Cuando el demandado (Empresa) no niegue la existencia de la relación laboral, se invertirá la carga de la prueba en lo que se refiere a todos los restantes alegatos contenidos en el libelo que tengan conexión con la relación laboral. Es decir, es el demandado quién deberá probar la improcedencia de los conceptos que reclama el trabajador.

Con esta sentencia, la Sala propiciando lo actualizado del Derecho Procesal Laboral, antes de entrar al establecimiento de los hechos conforme a las pruebas aportadas en los autos, la Sala se pronuncia, sobre la regla de la carga de la prueba tal y como se ha interpretado últimamente en la jurisprudencia, por cuanto pudiera contravenir el principio de la equidad que conforme al Artículo 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, debe orientar la actuación de los jueces del trabajo, por existir un acercamiento excesivo de las reglas probatorias a las interpretativas, ocasionando con ello una confusión que incrementa, la cantidad de demandantes que sin justo título actúan movidos por la confianza que les inspira la aplicación e interpretación de la presunción contenida en el Artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo y su relación con la carga probatoria.

En el caso bajo estudio, la Sala hace determina importantísimas concepciones, relativas a la carga probatoria, con el entendido de pretender definir, precisar y apreciar, la existencia o no de la relación laboral, tratándose de presuntos trabajadores independientes, en principio, no sujetos a contratos laborales. En tal sentido la Sala refiere, que la forma de establecer la carga de la prueba en los juicios laborales tiene como finalidad principal, proteger al trabajador de la desigualdad en que se encuentra frente al patrono, pues es éste quien dispone de todos los elementos fundamentales que demuestran la prestación de servicio y otros conceptos, caso contrario, se generaría en el trabajador una situación de indefensión, al imposibilitársele demostrar la verdad de sus pedimentos. De tal suerte, que dicha jurisprudencia se adapta perfectamente a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, muy especialmente, a lo dispuesto en el Artículo 2 *ibidem*.

También, es importante indicar, un pronunciamiento hecho por el Magistrado Alfonso Valbuena Cordero, en el citado caso Juan Rafael Cabral Da Silva vs. Distribuidora de Pescado La Perla Escondida C. A., en atención a la fijación de la competencia, ya que al decir de la demandada (Empresa), el Tribunal Laboral sería incompetente para conocer, al no revestir carácter laboral (sino mercantil) la relación que le unió con el trabajador (demandante. En tal sentido, la Sala resuelve tan vano argumento, indicando que en la jurisdicción laboral no es posible resolver como punto previo la falta de competencia por la materia, cuando una de las partes manifieste que la relación existente es de naturaleza distinta a la derivada de una relación de trabajo, puesto que conllevaría a la violación del Artículo 89 de la Constitución Nacional. Por ende, corresponde a la jurisdicción laboral conocer de las causas que se deriven de un contrato de trabajo aun y cuando la parte demandada haya negado la existencia del vínculo laboral.

También destaca la Ponencia bajo estudio, la reiteración de los Principios de Irrenunciabilidad y de Primacía de la Realidad característicos del Derecho Laboral. A tal respecto, se indica en la comentada Sentencia, que toda vez que opera la presunción de existencia de la relación de trabajo, el contraponer a dicha presunción, contratos que adjudiquen una calificación jurídica mercantil o civil a la vinculación, desvirtúa la misma; resulta un contrasentido con los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo y de la primacía de la realidad.

“Por estas circunstancias, se ha denominado al contrato de trabajo, “contrato-realidad”, pues existe, no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que demuestra su existencia”. (De la Cueva, 1967).

Asimismo, en este caso, al aplicar el Principio de la Primacía de la Realidad, para determinar la existencia de una relación laboral, también se precisa cuando se está en presencia de otro tipo de contrato. Es por ello, y conteste con el criterio expuesto en Sentencia de fecha 18 de Diciembre de 2000, se escudriña la verdadera naturaleza de los contratos mercantiles presentados por la demandada (Distribuidora de Pescado La Perla Escondida C. A.), para obtener y apreciar el hecho real allí contenido, a fin de verificar, si existe una actividad comercial o se pretende encubrir una relación laboral entre las partes. Situación que es dilucidada por el Máximo Tribunal, por cuanto, con tales contratos la parte demandada, pretende desvirtuar la presunción de laboralidad; concluyéndose que aun y cuando lo esencial es determinar, la naturaleza laboral o no de la relación jurídica inter partes, bajo la luz de los elementos descriptivos de una relación de trabajo, nada obsta para especificar la particular situación de aquellas personas que dispensan su mediación en la celebración de contratos de cobranza y comisión.

Por tanto, la Sala concluye que respecto a la calificación de una relación jurídica como supeditada al ámbito de aplicación subjetiva del derecho del Trabajo ésta dependerá invariablemente de la verificación en ella de sus elementos característicos. No obstante, la Sala reconoce los inconvenientes que se suscitan en algunas relaciones jurídicas al momento de calificarlas dentro del ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo, al existir las denominadas “zonas grises” o “fronterizas”, como expresiones explicativas de aquellas prestaciones de servicio cuya cualidad resulta especialmente difícil de determinar cómo laboral o extra laboral.

Es así como Juan Rafael Cabral Da Silva, suscribió conjuntamente con la Sociedad Mercantil Distribuidora de Pescado La Perla Escondida C. A., un contrato de cobranza y comisión en el que expresamente se le atribuyen a aquel, obligaciones en su carácter de cobrador y vendedor de los productos distribuidos por la empresa; recibiendo como contraprestación a la prestación del servicio de cobranza y venta, un porcentaje de las facturas cobradas y de las ventas realizadas.

De tal manera, que para poder precisar si la relación es laboral o no, la Sala de Casación Social, debió escudriñar el elemento subordinación, para verificar si la nota de subordinación, sobreviene a la inclusión del presunto trabajador en una unidad donde el orden de los factores de producción los impone la Empresa, lo que posibilita a esta última, apropiarse del valor o fruto de la ejecución del servicio.

Ante tal disyuntiva, la Sala se ciñe una vez más, al criterio sustentado en el ya analizado caso FENAPRODO, pero adiciona a las pautas allí contenidas, las siguientes: (las cuales en lo adelante deberán complementarse para precisar el verdadero alcance de una discutida relación laboral)

- 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.

Tomando en cuenta los acotados aspectos, y por cuanto en el caso bajo estudio, el trabajador actor, reconoció la existencia del contrato suscrito entre las partes controvertidas, así como la existencia de las Actas Constitutivas de las empresas “La Perla Escondida y Distribuidora Landon”, la Sala pasa a determinar el verdadero alcance del vínculo entre las partes, por cuanto, el objeto del servicio encomendado en el presente caso se ubicó en la realización de una actividad particular y no general, a saber, la intermediación en la cobranza y venta de los productos distribuidos por la empresa “Distribuidora de Pescado La Perla Escondida C.A.”; además se aprecia que hubo flexibilidad en las condiciones para prestar el servicio, pues el presunto trabajador no se encontraba obligado a cumplir con una jornada habitual de trabajo; más aún, nunca estuvo limitado por un contrato de exclusividad para con la recepcionista del servicio, pues no se observa la imperiosidad de que la misma la desarrollara únicamente para con la indicada Sociedad Mercantil. En el mismo orden de ideas, la contraprestación por la naturaleza del servicio

que prestaba, era significativamente superior a la remuneración que pudiera percibir un trabajador bajo el esquema laboral, lo cual hace concluir, que lo percibido como contraprestación al servicio prestado, no puede catalogarse como salario.

Con lo cual la Sala después de aplicar el catálogo de aspectos reseñados en el caso FENAPRODO, más los adicionados en el presente caso, pasa a evidenciar que los servicios prestados y reclamados como de índole laboral, se efectuaron en forma autónoma y laboralmente independiente, procediendo por tanto, la aplicación del Artículo 40 de la Ley Orgánica del Trabajo; lo que en definitiva, hace improcedente la acción de Calificación de despido intentada por Juan Rafael Cabral Da Silva, en contra de la Empresa Distribuidora de Pescado La Perla Escondida C. A., al quedar desvirtuada la presunción de laboralidad.

También se cita la Sentencia dictada por la Sala de Casación Social del Máximo Tribunal de la República, con Ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero, en fecha 05 de Marzo de 2004, en el juicio seguido por César Augusto Villarreal Cardozo contra Panamco de Venezuela S. A., por Cobro de Prestaciones Sociales y otros conceptos.

Consecuente con los argumentos esgrimidos por la mayoría de las empresas demandadas, Panamco de Venezuela S. A., plantea una vez más, como defensa la inexistencia de una relación de trabajo, versando la controversia sobre la consideración como laboral de la relación que vinculó al ciudadano César Augusto Villarreal con la Sociedad Mercantil Embotelladora Valera, C.A. y con su sucesora, Panamco de Venezuela, S.A.

Incorpora como aspecto importante a considerar esta Sentencia, el hecho de la no discusión sobre el carácter de lo percibido por el trabajador, en virtud de la relación que le vinculó con la demandada. Concluyéndose al efecto, que al evidenciarse la existencia de la relación laboral, lo percibido por el trabajador como contraprestación del servicio, indefectiblemente, debe ser considerado como salario, por ser ésta la consecuencia jurídica inmediata. No existe mayor abundamiento jurisprudencial, pues en este caso la Sala observó y declaró procedente la existencia de la prescripción de la acción laboral.

Finalmente, otra Sentencia que salta a la palestra en la materia analizada, es la dictada en fecha 06 de Mayo de 2004, con Ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero, en el Juicio seguido por Pablo Emigdio Salas contra Panamco de Venezuela S. A.

En este caso, el trabajador demandante (conductor de vehículo pesado o distribuir de productos, como se le llama jurisprudencialmente), decide retirarse o concluir la relación que le unió a la demandada (Panamco de Venezuela C. A.), antes de suscribir el contrato, que a su entender, simularía la relación laboral.

La demandada arguye la existencia una relación comercial de carácter mercantil y no laboral, consistiendo dicha relación mercantil en la compra, por parte del demandante, de contado y previa facturación, de diversos productos que le vendía Panamco de Venezuela, S.A., (se emplean los mismos argumentos de defensa que en los casos Diposa), estando representada la ganancia del negocio del actor en la diferencia entre el precio de compra y el precio en el cual él revendía dichos productos a sus propios clientes, pudiendo comprar los productos él mismo o los empleados que tuviere, sin obligación de hacer dichas compras personalmente, no existiendo sujeción a horario de ninguna naturaleza. Asimismo señala Panamco, que el presunto trabajador es totalmente autónomo en el desempeño de su negocio y por consiguiente no recibe ningún tipo de instrucciones ni órdenes de Panamco de Venezuela, S.A., asumiendo él mismo los riesgos de las cosas compradas (bebidas refrescantes), con su propio registro de comercio, pagando sueldos, salarios y demás obligaciones laborales a los trabajadores a su servicio, los contrataba y despedía cuando lo consideraba conveniente, a la par de sostener relaciones mercantiles de compra y reventa de bebidas refrescantes con otras sociedades mercantiles distintas a la empresa Panamco de Venezuela.

La Sala para dilucidar la litis planteada, nuevamente hace uso de los planteamientos y del criterio jurisprudencial a que arriba el caso FENAPRODO, pero previo, pasa a solucionar lo concerniente a la carga probatoria, señalando que al admitir la empresa demandada una prestación de servicio personal pero no de naturaleza laboral sino mercantil, le corresponde a ésta, es decir, a la empresa Panamco de Venezuela (hoy Coca-Cola Femsa de Venezuela, S.A.), la carga de la prueba de los hechos por ella alegados.

La Sala determina luego de un exhaustivo análisis de pruebas y argumentos, que Panamco de Venezuela S. A. no logró desvirtuar la presunción de laboralidad, encontrándose, por consiguiente, presente los elementos propios de una relación de trabajo.

No obstante, siendo esto así, y aún cuando la Sala estimó la existencia de una relación laboral, declara sin lugar la acción intentada por el trabajador. Pareciera contradictorio pero no lo es, por cuanto, de las actas procesales

se desprende la existencia de una transacción extrajudicial suscrita entre el trabajador y la demandada (Panamco), por ante la Inspectoría del Trabajo de la Ciudad de Valera; mediante la cual, la Empresa le cancela al trabajador, los conceptos derivados de la relación que les unió; y al estar sustentada en el Artículo 3° de la Ley Orgánica del Trabajo, así como en los Artículos 9 y 10 de su Reglamento, se debe concluir que la misma se realizó, bajo los lineamientos legales que rigen sólo la materia laboral, lo que hace deducir el reconocimiento por parte del patrono, que entre él y el ciudadano demandante hubo realmente una relación de naturaleza laboral y no comercial, aún y cuando, haya insistido el patrono -en el contenido de la transacción-, que la relación que lo vinculó con el trabajador fue de naturaleza mercantil. Alegatos que también pueden apreciarse en la citada Acta de Mediación y Conciliación suscrita entre Diposa y los Trabajadores, para transar los distintos procedimientos laborales de que eran objeto.

Y vuelve la Sala a hacer valer los principios laborales de irrenunciabilidad y primacía de la realidad, al argumentar que cuando opera la presunción de existencia de la relación de trabajo, es inválido avalar, el que por contraponer a dicha presunción, contratos que adjudiquen una calificación jurídica mercantil o civil a la vinculación, queda desvirtuada la misma, pues resulta un contrasentido con los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo y de primacía de la realidad reflejados en la jurisprudencia patria.

Los serios inconvenientes que se suscitan en algunas relaciones jurídicas al momento de calificarlas dentro del ámbito de aplicación personal del derecho del trabajo, ha significado la existencia de las denominadas “zonas grises”, expresiones explicativas de aquellas prestaciones de servicio cuya cualidad resulta especialmente difícil de determinar como laboral. Consecuente con tal señalamiento, la Sala ha venido flexibilizando su criterio en cuanto a la existencia de los elementos propios de una relación de naturaleza laboral, claro está sin menoscabo al principio de la realidad de los hechos frente a las formas y apariencias.

Esta flexibilización del derecho laboral, concretamente en lo atinente a la determinación y calificación de la relación laboral, se debe a los cambios suscitados mundialmente en los últimos años, orientados en las formas de organización del trabajo y los modos de producción.

En tal sentido, en el caso bajo estudio, se ordena revisar el elemento (denominado por la Sala como “rasgo”) “dependencia”, en reiteración de

la Sentencia fechada 13 de Agosto de 2003, al ser un criterio definitorio e incontrovertible para categorizar la relación de trabajo.

Es así como luego de estudiar y analizar las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sostenidas por la Sala de Casación Social, se concluye que aun y cuando, se incluya el elemento ajenidad como prolongación al elemento dependencia, en el presente caso, no se desvirtúa la presunción de laboralidad de la relación, al estar presente los extremos de la prestación de servicio, es decir, la subordinación, o dependencia y la remuneración, que en conjunto evidentemente generan la presunción de laboralidad consagrada en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En definitiva, puede indicarse que la doctrina casacional venezolana actual, acorde con el avance social de las nuevas formas de trabajo, antes de precisar la existencia o no de una relación laboral, escudriña en los elementos característicos que la hacen procedente, a la par de discernir sobre un catálogo de apreciaciones contenidas en el test jurídico empleado para tal fin, reflejado por primera vez en el sonado caso FENAPRODO, y reiterado hasta la fecha, tal como se pudo observar en las distintas sentencias acotadas.

Conclusiones

La naturaleza de un servicio prestado por una persona en beneficio de otra, no puede ser catalogada a priori como laboral. La connotación de trabajador, se adquiere al ser analizados el contrato de trabajo y la relación laboral, con sus elementos característicos y definitorios. Las nuevas formas de contratación surgidas con los avances tecnológicos, la crisis económica, la era de la automatización y la globalización, han hecho que la administración de justicia, adopte nuevos postulados para resolver casos ambiguos y oscuros.

Los criterios jurisprudenciales acertados y desacertados, hacen necesaria la presencia de normas que resuelvan las contiendas laborales contemporáneas, y que se han venido produciendo con la marcha de la evolución social.

Creemos que es necesaria la unificación de criterios en torno a las concepciones: trabajador, contrato de trabajo, relación laboral, subordinación, dependencia y ajenidad, entre otras; al menos, en la Sala de Casación Social, con la pretendida intención de que no exista ambigüedad en torno a definiciones de vital importancia, que generan soluciones disímiles ante

conflictos iguales; lo que nos conduce a pensar que la justicia no es ciega, sino que por el contrario observa y aprecia cuando mejor le parezca.

En tal sentido, el derecho del trabajo debe expandirse para atraer a todas las categorías de trabajadores de una u otra manera dependientes, tanto los de la tradicional subordinación jurídica, técnica y económica, como aquéllos que realizan un trabajo individual, jurídicamente independiente pero económicamente dependiente. Siendo menester borrar la línea gris que divide ambos tipos de trabajo. Para debe examinarse las características del contrato de trabajo dependiente, identificando los indicadores tradicionales de la subordinación del trabajador, y se abordando a los cambios que la subordinación ha venido sufriendo, en razón de los cambios que ha experimentado el sistema productivo. Siendo imposible ocultar el surgimiento de nuevas modalidades de relaciones personales de trabajo, distintas del tipo clásico dependiente, que exigen nuevas normas de protección y regulación.

En conclusión, las autoras consideran que:

- Es conveniente superar conceptualmente la diferencia entre trabajo subordinado e independiente y buscar un derecho del trabajo que regule y proteja ambos tipos de trabajo.
- Se hace urgente y necesario, regular la protección e incluir en ella categorías de trabajos y actividades sin limitarlos al concepto de subordinación jurídica, bastando la dependencia económica.
- Es indispensable, adoptar una protección uniforme e indiscriminada para que se cumpla el objetivo del derecho del trabajo de proteger por igual a todos los trabajadores, ya que propugnar franjas de protección laboral, llevaría nuevamente a precarizar a muchos trabajadores que terminarían en las franjas de menos protección por razones de costos.
- Expansión del derecho del trabajo abordando a todas las categorías de trabajadores de una u otra manera dependientes, tanto los de la tradicional subordinación jurídica, técnica y económica como aquéllos que realizan un trabajo individual, jurídicamente independiente, pero económicamente dependiente.
- Propugnar el crecimiento de las fronteras territoriales del derecho del trabajo para abarcar, como se ha dicho, al trabajo dependiente y al autónomo y a todas sus variantes, en todos aquellos casos en que exista dependencia económica.

- En definitiva, es menester, refundar el Derecho del Trabajo, para que los trabajadores hasta hoy desamparados, encuentren un fuerte asidero jurídico que les ampare legal y equitativamente. La justicia, lo requiere con prontitud.

Bibliografía

Alonso Olea, Manuel (1979). *Trabajo libre y trabajo dependiente*. En: Estudios sobre Derecho individual de trabajo en homenaje al Prof. Mario L. Deveali. Buenos Aires. Editorial Heliasta.

Bronstein, Arturo (2002). *Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo*. Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Caracas.

Carballo Mena, César Augusto (2001). *Delimitación del Contrato de Trabajo*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

Correa Aponte, Teodoro (2000). *El trabajo subordinado. Forma Laboral. Caso Venezuela*. Universidad de Carabobo. Valencia. Venezuela.

Ermida Uriarte, Oscar, y, Hernández Álvarez, Oscar (2001). *Crítica de la Subordinación*. En: Revista Venezolana de Gerencia. Maracaibo. Venezuela.

Fernández Brignoni, Hugo (2001). *Los límites a la Protección del Trabajo. El Concepto de Subordinación frente a las nuevas realidades*. Gaceta Laboral, Enero-Abril. Año/Vol. 07, Número 001. Universidad del Zulia. Maracaibo. Venezuela.

Hernández Álvarez, Oscar, y, Richter, Jacqueline (2002). *El trabajo sin Tutela en Venezuela*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Venezuela.

Jaime Martínez, Héctor Armando (2001). *La Reflexión Filosófica acerca del trabajo*. En Gaceta Laboral. Luz. Volumen 3. Nº 1.

O.I.T. *La Relación de Trabajo, Informe V* (2006). Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión.

Revista THEMIS (2001). Colegio de Abogados del Estado Lara. Instituto de Estudios Jurídicos. Segunda Etapa. Nº 6. Julio – Septiembre. 2001.

Supiot, Alain (2001). *Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa*. En: V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima. Perú.

El contrato de trabajo y la relación de trabajo: tendencias jurisprudenciales.
Rosiris González / Nuvia Pernía / Leticia Montilla

Textos Legales

Ley Orgánica del Trabajo (1997). Gaceta Oficial N° 5.152. Junio 1997.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. Decreto N° 3.235. Gaceta Oficial N° 5.292. (Extraordinaria). Enero 1999.