



UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
VICERRECTORADO ACADÉMICO
ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS Y DE GESTIÓN
Postgrado en Gerencia de RRHH y RRII
Opción: Gerencia de Recursos Humanos

Trabajo Especial de Grado

**MECANISMOS PREVISTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
VENEZOLANO QUE EVITAN Y LIMITAN EL USO DE LA
SUBCONTRATACIÓN LABORAL, EN PERJUICIO DEL TRABAJADOR
SUBCONTRATADO**

presentado por
Maslov Urízar, Nadytza Mare
para optar al título de
Especialista en Recursos Humanos

Asesor
Ramos R., Pedro Vicente

Caracas, Octubre 2008

*A mi Madre, porque
sin ella no hubiese sido posible hacer
realidad este gran sueño.*

*Y a Dios,
porque me ayudó a superar todos los obstáculos.*

Agradecimientos

Al profesor Pedro Ramos, por haber creído en mi proyecto y haber depositado su confianza en mi trabajo, dedicación y esfuerzo, con la certeza de que algo bueno se estaba gestando. Gracias colega. Y, por cierto, el honor es mío.

Al profesor Alberto Rodríguez, porque me ayudó a darle forma a una idea que hoy, ya es una realidad. Gracias por su dedicación e interés. Y, por ayudarme a ver la luz al final del túnel.

A mi Madre, porque estuvo conmigo desde el comienzo de este largo camino que hoy culmina exitosamente y, que con satisfacción le puedo decir: “Lo logré! porque tú me apoyaste”. Gracias, por haber creído siempre que lo lograría. Este triunfo también es tuyo Mamá.

A Dios, por darme los talentos que tan generosamente me ha regalado. Por haberme puesto en el momento y en el lugar adecuado, presentándome a personas maravillosas en este recorrido. Y, por recordarme que cualquier obstáculo se puede superar si uno se lo propone.

INDICE

Contenido	pp.
Dedicatoria	ii
Agradecimientos	iii
Resumen	vii
Introducción	8
El problema de investigación	12
Objetivos	16
Objetivo general	16
Objetivos específicos	16
Justificación	18
Marco Metodológico	21
Diseño de investigación	21
Técnicas e instrumentos de recolección de datos	22
Procedimiento	23
Fases	27
Fase de identificación	27
Fase de sistematización	27
Marco Teórico	28
Globalización	28

Reestructuración del proceso productivo	31
Cambios en la organización del trabajo	34
Flexibilidad en el mercado laboral	46
La subcontratación como estrategia flexibilizadora	59
La subcontratación laboral	65
La subcontratación laboral en Venezuela	85
Subcontratación de mano de obra	93
Regulación de la ley laboral venezolana	96
Intermediarios	96
Contratistas	107
Casos de relaciones triangulares en Venezuela	122
Empresas de trabajo temporal	125
Contratistas de personal	132
Empresas contratistas vs intermediarios	133
Criterios esbozados por la jurisprudencia constitucional y laboral en materia de subcontratación de mano de obra	135
Subcontratación de obras, servicios o tareas	162
Regulación de la ley laboral venezolana	177
La presunción de la relación de trabajo o del carácter laboral de la prestación de servicios personales.....	180
El principio de la primacía de la realidad.....	184

La irrenunciabilidad de las normas laborales	200
Casos de subcontratación de obras, servicios o tareas en Venezuela	203
Criterios esbozados por la jurisprudencia constitucional y laboral en materia de subcontratación de obras, servicios o tareas	208
Proyecto de recomendación sobre la relación de trabajo	282
Conclusiones y recomendaciones	288
Bibliografía	299

RESUMEN

El siguiente trabajo presenta, desde el ámbito teórico, un análisis de la subcontratación laboral como una modalidad de la flexibilización de las relaciones laborales. Se tuvo como objetivo general sistematizar los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico venezolano que evitan y limitan el uso de la subcontratación de mano de obra y la subcontratación de obras, servicios o tareas, en perjuicio del trabajador subcontratado. El diseño de investigación se ubicó dentro del tipo de investigación documental, mediante el uso de técnicas de revisión documental, análisis de contenido, presentación resumida de un texto, resumen analítico y análisis crítico.

Se parte reflexionando sobre el papel que desempeña la globalización en el mundo laboral moderno, obligando a las empresas a buscar nuevas formas de organizar el trabajo y la producción. Bajo este contexto, la flexibilización laboral emerge como un proceso que implica un cambio en la forma de gestionar los recursos humanos y en las relaciones entre empresarios y trabajadores. Como elemento de esa flexibilización aparece la subcontratación laboral, que se estudió en sus manifestaciones de subcontratación de mano de obra y subcontratación de obras, servicios o tareas, determinando los niveles de legalidad y regulación con que operan en el ordenamiento jurídico venezolano; haciendo énfasis en la problemática que existe, por cuanto, de su uso se patentiza la posibilidad de que puedan peligrar los derechos económicos de los trabajadores en régimen de subcontratación, así como las obligaciones con la seguridad social, al intervenir terceras personas en la actividad empresarial.

Se analizaron los criterios contenidos en las decisiones de los Tribunales Laborales, lo cual permitió conocer el proceso lógico empleado por el operador de justicia para afrontar la subcontratación laboral, y cómo opera en ese contexto, la interpretación y aplicación de las normas laborales, bien sean de fuente constitucional o legal, y los principios en ellas contenidos. Los resultados de la investigación contribuyeron a determinar si el marco jurídico diseñado por el legislador venezolano para facilitar al sector empresarial el recurso a la subcontratación laboral, y su aplicación al caso concreto por el juez laboral para evitar sus excesos, logra la efectiva protección del trabajador sometido a estas formas de contratación.

Descriptores: Subcontratación Laboral, Flexibilización, Organización del Trabajo, Globalización.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como propósito sistematizar los mecanismos, previstos en el ordenamiento jurídico venezolano, que evitan y limitan el uso de la subcontratación laboral en perjuicio del trabajador subcontratado, en sus manifestaciones de subcontratación de mano de obra y subcontratación de obras, servicios o tareas.

Se parte reflexionando sobre el papel que desempeña la globalización en el mundo laboral moderno, haciendo tangible el cambio de paradigma en los patrones de producción, evidenciándose el paso de una producción en masa a una producción flexible y adaptable a los requerimientos del mercado laboral actual. En efecto, con el auge de la globalización y las nuevas estrategias de producción, de comercialización, de innovación tecnológica y de competencia, que impone la expansión del mercado, las empresas han debido abrir paso a nuevas estructuras organizativas, de sus procesos y de la forma de establecer las relaciones con sus trabajadores.

Se observa que la reestructuración del proceso productivo surge como respuesta a las exigencias impuestas por la globalización o, como se le denomina más recientemente, la mundialización de la economía, obligando a las empresas a buscar nuevas formas de organizar el trabajo y la producción.

Bajo estas circunstancias la flexibilización parece emerger como una realidad innegable, que comprende nuevas formas de organizar el trabajo, que acompañan los procesos de modernización productiva en busca de la desconcentración de funciones, la optimización de recursos, disminución de costos, entre otros factores que incentivan la creación de distintas modalidades de contratación y formas de trabajo (Galín et. al., 1991).

En esta dirección, se estudia la flexibilización laboral o la utilización flexible de la fuerza de trabajo, como proceso que implica un cambio en la forma de gestionar los recursos humanos y en las relaciones entre empresarios y trabajadores; como un recurso que, si bien para algunos, constituye una solución a los problemas de desempleo, permitiendo alcanzar niveles óptimos de competitividad empresarial y aumentar la capacidad de adaptación a las cambiantes condiciones del entorno, para otros, constituye una pérdida de las condiciones favorables de trabajo alcanzadas por los trabajadores.

Como un elemento de la flexibilización laboral, se manifiesta la subcontratación laboral, fenómeno que se estudia en la presente investigación, en sus manifestaciones de subcontratación de mano de obra y subcontratación de obras, servicios o tareas; haciendo énfasis en la problemática que subyace detrás de estas formas de contratación por cuanto de su uso se patentiza la posibilidad de que puedan peligrar los derechos económicos de los trabajadores en régimen de subcontratación, así como las obligaciones con la seguridad social, al intervenir terceras personas en la actividad empresarial.

A través de la revisión y análisis de la documentación y normativa vinculada al tema, se ilustran los niveles de legalidad y regulación con que operan cada una de estas formas de trabajo en el ordenamiento jurídico venezolano, para conocer en qué grado la legislación laboral evita que el sector empresarial haga uso de estas formas de contratación, únicamente como estrategia que persigue la reducción de costos y la eliminación de los compromisos laborales a los que está obligado por ley, sancionando al empleador que recurre al uso de estas formas de trabajo con el único propósito de cometer un fraude a la ley (en materia laboral), en perjuicio del trabajador.

Ciertamente, “la ley debería poder distinguir entre aquellos que desean mayor flexibilidad para cooperar y para crear empleos y aumentar la productividad, a diferencia de aquellos empleadores inescrupulosos que la utilizarán para fines inconfesables” (Hoyos, 1987; cp. Benavides, 2000). Por ese motivo la legislación laboral, si bien permite dichas formas de contratación, también debe establecer las garantías necesarias para defender los derechos laborales que se pueden ver alterados.

En esta línea de acción, cabe a esta investigación hacer un estudio y análisis de los límites que la Legislación Venezolana impone a estas formas de flexibilización de las relaciones de trabajo, a los fines de determinar la responsabilidad que les cabe a cada una de las partes de la relación de trabajo en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus derechos.

Igualmente, se procede a revisar los criterios contenidos en las decisiones judiciales que emanan del Tribunal Supremo de Justicia y los

Tribunales Laborales y que se han venido empleando tradicionalmente en relación a la materia objeto de estudio, por cuanto la jurisprudencia (entendida como una fuente de derecho), constituye una herramienta que ofrece soluciones a la multiplicidad de situaciones jurídicas que la realidad laboral pudiera presentar en un momento determinado. Efectivamente, queda a la Justicia Laboral dilucidar los problemas que se suscitan entre patronos y trabajadores, de modo que las decisiones del operador de justicia van a integrar con sus conceptos, teorías y procedimientos el acervo del cual se nutren las relaciones entre los protagonistas del sistema de relaciones laborales; es decir, las empresas, los trabajadores y sus organismos representativos, y por supuesto la Administración del Trabajo.

Sin duda, los resultados de la investigación contribuyen a determinar si el marco jurídico diseñado por el legislador venezolano para facilitar al sector empresarial el recurso a la subcontratación laboral, y su aplicación al caso concreto por el juez laboral para evitar sus excesos, logra la efectiva protección del trabajador sometido a estas formas de contratación.

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Las estrategias de modernización, empleadas por las empresas como respuesta al mercado competitivo, conllevan a convertir las relaciones laborales contractuales de carácter colectivo en individual, es decir, en una relación directa empresa-trabajador (Useche y Queipo, 2002). Estas nuevas relaciones laborales extienden la informalidad, la tercerización y las empresas tienden a organizarse sobre la base de dos tipos de trabajadores bien diferenciados: un trabajador estable, protegido, con buena remuneración y calificaciones, y otro tipo de trabajador eventual en condiciones inestable, precaria, rotativa, subcontratada o informal (Ermida, 1999).

La flexibilidad como estrategia de modernización garantiza al sector empresarial su participación en la economía global, basado en la fuerza del mercado impuesta por la competencia internacional. Sin embargo, la consecuencia que ha generado los cambios organizativos del trabajo, ha sido la precarización del trabajador, reflejándose en los contratos, en la reducción de sueldos, salarios y prestaciones, pérdida de los beneficios logrados por los trabajadores; incremento del movimiento de personal mediante la subcontratación eventual o parcial y la polivalencia, ya que un empleado polivalente es de más fácil sustitución por otro empleado polivalente (Useche y Queipo, 2002).

El problema de la subcontratación laboral o contratación externa de las empresas, como elemento de la flexibilización laboral, radica en la posibilidad de que puedan peligrar los derechos económicos de los trabajadores en régimen de subcontratación, así como las obligaciones con la seguridad social, al intervenir terceras personas en la actividad empresarial.

Para Magdalena Echeverría (2007), en el caso específico de la subcontratación de mano de obra, la empresa contratante busca reducir los costos laborales al abastecerse de personal a través de la intermediación de un tercero que le permite disponer y prescindir de él según sus necesidades económicas y evitarse los trámites administrativos y otros costos. Esta forma precariza el empleo; lo hace inestable, baja el nivel de las remuneraciones y de la protección frente a la seguridad social y laboral.

Cuando estamos en presencia de la subcontratación de obras, servicios o tareas, las desventajas para el trabajador pueden ser aún más serias, debido a que en la ausencia de una relación de trabajo no puede invocar ninguno de los derechos derivados de la legislación laboral. Tampoco tendrá la empresa usuaria obligación de afiliarlo a la seguridad social, y por la misma razón se le negarán derechos como la protección por riesgos profesionales o licencia y prestaciones por maternidad (Bronstein, 1999).

Inevitablemente, la difusión de esta práctica ha conllevado un fenómeno de reemplazo de la mano de obra empleada directamente por la empresa por otra que jurídicamente depende de un tercero o es autónoma, y que invariablemente es empleada en condiciones laborales más

desventajosas de la que tiene condición jurídica de subordinada de la empresa principal o usuaria. De ahí que mientras la subcontratación ofrece al empresario ventajas en términos de flexibilidad, a las que no quiere o muchas veces no puede renunciar, para los trabajadores significa una muy fuerte ofensiva de la precariedad, pues se presenta como una amenaza muy seria para la estabilidad de sus empleos y condiciones de trabajo (Bronstein, 1999).

Ante tanta inestabilidad e inseguridad laboral se considera necesario que estas modalidades y formas de contratación, producto de una práctica comercial frecuente y arraigada, que responde a las transformaciones que en los últimos años ha conocido la organización del trabajo, se encuentren enmarcadas dentro del ámbito jurídico de la legislación del trabajo entendida en sentido amplio, como el conjunto de normas que regulan el hecho social trabajo y que otorgan al trabajador un determinado grado de protección jurídica con la cual se pretende contrarrestar la desigualdad de orden económico y social en que se encuentra frente a su patrono, pretendiendo lograr condiciones más favorables para la búsqueda del ideal de justicia social; y, como bien lo expresa Benavides (2000), constituye la vía más indicada para evitar y limitar los efectos negativos que pudieran tener para el trabajador ciertas interpretaciones y aplicaciones de la flexibilidad.

Es imprescindible que el Estado, a través de la normativa laboral (que es aplicada a través de los órganos de Administración de Justicia), fije una posición al respecto, a los fines de vincular los objetivos de flexibilidad que demandan las nuevas condiciones de competitividad con la protección que los trabajadores requieren. En este contexto, se plantea la siguiente interrogante:

¿Cuáles son los mecanismos, previstos en el ordenamiento jurídico venezolano, que evitan y limitan el uso de la subcontratación laboral en perjuicio del trabajador subcontratado, en sus manifestaciones de subcontratación de mano de obra y subcontratación de obras, servicios o tareas?

OBJETIVOS

A continuación, se precisan el conjunto de objetivos que orientan las líneas de acción y los límites de éstas en el presente trabajo.

Objetivo general

1.- Sistematizar los mecanismos, previstos en el ordenamiento jurídico venezolano, que evitan y limitan el uso de la subcontratación laboral en perjuicio del trabajador subcontratado, en sus manifestaciones de subcontratación de mano de obra y de subcontratación de obras, servicios o tareas.

Objetivos específicos

1.1.- Inventariar los mecanismos, previstos en el ordenamiento jurídico venezolano, que evitan y limitan el uso de la subcontratación de mano de obra, en perjuicio del trabajador subcontratado.

1.2.- Inventariar los mecanismos, previstos en el ordenamiento jurídico venezolano, que evitan y limitan el uso de la subcontratación de obras, servicios o tareas, en perjuicio del trabajador subcontratado.

1.3.- Analizar los mecanismos, previstos en el ordenamiento jurídico venezolano, que evitan y limitan el uso de la subcontratación de mano de obra y la subcontratación de obras, servicios o tareas, en perjuicio del trabajador subcontratado, a los fines de facilitar su comprensión.

1.4.- Presentar los resultados del análisis para su uso por los actores vinculados a las relaciones industriales en Venezuela.

JUSTIFICACIÓN

La sistematización de los mecanismos, previstos en el ordenamiento jurídico venezolano, que tienden a evitar y limitar el uso de la subcontratación laboral en perjuicio del trabajador subcontratado, permite estar en conocimiento de las diferentes soluciones jurídicas que la legislación nacional contempla en aras de brindar la debida protección que requieren los trabajadores que prestan servicios en condiciones semejantes a las de una relación de trabajo subordinada.

A lo largo del estudio y análisis del tema que nos ocupa, se obtiene información que contribuye a vislumbrar el papel fundamental que juega el Estado al dirimir las controversias que se suscitan entre la siempre pretendida ampliación de la flexibilidad laboral para privilegiar la economía, con la debida protección para brindar la seguridad que reclaman los trabajadores.

Igualmente, al analizar los criterios contenidos en las decisiones judiciales del Tribunal Supremo de Justicia y de los tribunales laborales, referidas a la subcontratación laboral en sus manifestaciones de subcontratación de mano de obra, y subcontratación de obras, servicios o tareas, se logra determinar los criterios empleados por los órganos de la

Administración de la Justicia Laboral, que tienden a evitar el uso de estas formas de contratación por el sector empresarial, únicamente como estrategia que persigue la reducción de costos y la eliminación de los compromisos laborales a los que está obligado por ley; sancionando al empleador que recurre al uso de estas formas de trabajo con el único propósito de cometer un fraude a la ley (en materia laboral), en perjuicio del trabajador.

Resulta interesante conocer cuales son los elementos de hecho y de derecho que examina el juez laboral para crearse un razonamiento que le permita determinar en el caso concreto, si está frente a la existencia de relaciones de empleo triangulares, o frente a la existencia de relaciones de trabajo ambiguas que constituyen un fraude laboral, determinando cuales son los criterios que le permiten su distinción en cada caso, estableciendo los mecanismos adecuados para identificar las distintas situaciones jurídicas en las que se encuentran inmersos los trabajadores necesitados de protección. Sin duda, el Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales del Trabajo contribuyen con sus decisiones al funcionamiento de las relaciones laborales, en tanto que la calidad y la coherencia de las sentencias enriquecen conceptos cambiantes del mundo de las relaciones del trabajo.

Por lo expuesto anteriormente, puede señalarse que la justificación del presente estudio es de tipo práctica, pues permite obtener información que es de ayuda para que, consultores, abogados, gerentes, trabajadores y sus organizaciones, estén en conocimiento respecto de cuales son los niveles de legalidad y regulación con que operan en el contexto nacional la subcontratación de mano de obra y la subcontratación de obras, servicios o tareas, a los fines de determinar la responsabilidad que les cabe a cada una

de las partes de la relación en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus derechos.

Así mismo, la presente investigación permite la obtención de información que facilita al trabajador inmerso en una relación de empleo triangular, determinar quién es el verdadero patrono, cuáles son los derechos que le corresponden y quién responde por ellos. Igualmente, facilita al trabajador que labora bajo la figura de una subcontratación de obras, servicios o tareas, información útil que le ayuda a determinar si está en presencia de una relación laboral a la cual se le ha pretendido dar una forma de vínculo mercantil con fines fraudulentos.

Por último, el desarrollo del presente estudio nos lleva a concluir si el marco jurídico diseñado por el legislador venezolano para facilitar al sector empresarial el recurso a la subcontratación laboral, y su aplicación al caso concreto por el juez laboral para evitar sus excesos, logra la efectiva protección del trabajador sometido a estas formas de contratación.

MARCO METODOLOGICO

A continuación, se expone el método y las técnicas operacionales que posibilitaron obtener la información requerida para el desarrollo de la presente investigación.

Diseño de investigación

Esta investigación tuvo como objetivo sistematizar los mecanismos, previstos en el ordenamiento jurídico venezolano, que evitan y limitan el uso de la subcontratación de mano de obra y la subcontratación de obras, servicios o tareas, en perjuicio del trabajador subcontratado.

El diseño de investigación seleccionado se ubicó dentro del tipo de investigación documental sobre la subcontratación laboral como una modalidad de flexibilización de las relaciones laborales, mediante el estudio y análisis del conjunto de normas, principios y criterios que regulan las formas de contratación que fueron objeto de estudio, y a través de la lectura de información pertinente a la temática considerada.

El Manual de Trabajos de Grado de Especialización, Maestría y Tesis Doctorales de la UPEL, define este tipo de investigación de la siguiente

manera¹: “Se entiende por Investigación Documental, el estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, con apoyo, principalmente, en trabajos previos, información y datos divulgados por medios impresos, audiovisuales o electrónicos. La originalidad del estudio se refleja en el enfoque, criterios, conceptualizaciones, reflexiones, conclusiones, recomendaciones y, en general, en el pensamiento del autor”.

De acuerdo con Balestrini (2006), en los diseños bibliográficos, los datos se obtienen a partir de la aplicación de las técnicas documentales, en los informes de otras investigaciones donde se recolectaron esos datos o a través de las diversas fuentes documentales.

Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Este proyecto de investigación centró su atención en el compendio, la organización y el análisis de la diversidad de fuentes documentales existentes sobre la subcontratación laboral y el marco jurídico que la regula, tales como: libros, artículos, revistas, gacetas oficiales, leyes, reglamentos, decretos, información electrónica e investigaciones previas.

Igualmente, se analizaron los criterios contenidos en las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia y los tribunales laborales referidas al fenómeno de la subcontratación laboral; para lo cual se requirieron métodos,

¹ Universidad Pedagógica Experimental Libertador (2003). *Manual de trabajos de grado de especialización, maestría y tesis doctorales*. Caracas: Fondo Editorial de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador (FEDUPEL).

instrumentos y técnicas de recolección y análisis de información que, en su conjunto, permitieron obtener y recopilar los datos que se buscaron.

En relación con aquellos métodos que centran su atención en la lectura y el examen de la diversidad de fuentes documentales, que facilitan la descripción, el análisis y la interpretación del dato que abordan, se hizo necesario incorporar un conjunto de técnicas y protocolos instrumentales, propias de la investigación documental. Se menciona, en primer término, aquellas técnicas relacionadas con el análisis documental de las fuentes bibliográficas y, en segundo término, las técnicas operacionales para el manejo de las fuentes documentales (Balestrini, 2006).

En virtud de lo señalado, entre las técnicas relacionadas con el análisis documental de las fuentes bibliográficas, pero que al mismo tiempo facilitaron la redacción del trabajo escrito, se utilizaron las técnicas de revisión documental, análisis de contenido, presentación resumida de un texto, resumen analítico y análisis crítico.

Procedimiento

Se revisó detalladamente las distintas fuentes de información y el análisis del conjunto de normas y principios que regulan la subcontratación laboral en Venezuela, en el que figuran, la Constitución o Carta Fundamental, la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento; así como los instrumentos internacionales debidamente ratificados, tales como los convenios suscritos ante el órgano internacional por excelencia, la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En Venezuela, existen varios instrumentos jurídicos relacionados con la materia objeto de estudio, entre los cuales cabe citar la Constitución Nacional, la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento; los cuales se utilizaron para producir conocimiento e información especializada a los efectos de lograr los objetivos planteados en esta investigación.

La mayor parte de la información requerida para la elaboración de esta investigación, se tomó de documentos en los que se incluyen los estudios y opiniones de diferentes especialistas en el tema de la subcontratación y la flexibilización laboral, publicados, en su mayoría, por el Centro de Estudios del Desarrollo de la Universidad Central de Venezuela (CENDES), el Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), y la Revista de Ciencias Sociales de la Universidad del Zulia.

Igualmente, para el logro de los objetivos planteados, se revisaron diferentes trabajos de grado presentados en la Universidad Católica Andrés Bello, relacionados con el tópico de la subcontratación y la flexibilización laboral, con el fin de obtener bibliografía relacionada con el tema de estudio e información de los conceptos legales vinculados, tales como: patrono, intermediario, contratista, subcontratista, inherencia, conexidad, presunción de inherencia o conexidad, responsabilidad solidaria del beneficiario del servicio, responsabilidad subsidiaria, contrato de trabajo, contratos mercantiles, obligaciones de la empresa contratante, entre otros.

En este contexto, vale mencionar que para los tribunales del trabajo, encargados de promover y controlar el cumplimiento de la legislación laboral, y cuyo escenario primordial de acción es la empresa y las relaciones

laborales que en torno a ella se establecen, la subcontratación plantea grandes desafíos tanto en la interpretación de las normas como en la acción operativa.

En tal virtud, se analizaron los criterios contenidos en las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales Laborales referidos a la materia, en tanto que la jurisprudencia² como fuente de derecho, enmarca un conjunto de decisiones que patentizan los razonamientos empleados por los jueces en materia laboral, respecto de las formas de trabajo que fueron objeto de estudio en el presente trabajo.

El conjunto de decisiones judiciales referidas al tema, emanadas de los tribunales del trabajo, se estudiaron a través de la técnica de análisis de contenido, lo cual permitió conocer los principales criterios de la decisión emitida por los tribunales competentes y el proceso seguido para llegar a esa decisión.

De esta forma, y a través del estudio de los criterios contenidos en la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de Justicia y de los Tribunales Laborales, se ilustró como es el proceso lógico empleado por el operador de justicia para afrontar el tema de la subcontratación laboral, y como opera en ese contexto, la aplicación e interpretación de las diferentes normas laborales, bien sean de fuente constitucional o legal, y los principios en ellas contenidos, referidos al tema objeto de estudio.

² *Jurisprudencia*: Conjunto de normas jurídicas que emanan de las sentencias dictadas por los tribunales (Olaso, 1994).

En este sentido, a través del análisis de las decisiones judiciales referidas al tema, se buscó:

- a) Identificar los mecanismos de protección previstos en la ley.
- b) Conocer la regulación legal de las formas de trabajo en régimen de subcontratación previstas en la legislación venezolana.
- c) Determinar si detrás de la prestación del servicio hay una simulación de la relación de trabajo con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.
- d) Juzgar si la interpretación y aplicación de la normativa jurídica, por los tribunales del trabajo, logran su finalidad de proteger a los trabajadores.
- e) Evaluar las diversas incidencias procesales que surgen de la acción judicial interpuesta por los trabajadores contratados por terceros o por los trabajadores autónomos que prestan servicios personales o realizan labores, dentro del marco formal de un contrato civil o mercantil.
- f) Determinar el alcance de la responsabilidad laboral del empleador derivada de la tercerización.

De este modo, analizar la prestación de trabajo en condiciones semejantes a las de una relación subordinada, a la luz de los criterios expuestos en las decisiones laborales permitió, entre otras cosas, conocer la lógica jurídica que acompaña a tales sentencias, contribuyendo al establecimiento de un marco jurídico dentro del cual es más factible lograr un sistema adecuado de relaciones de trabajo, que canalice oposiciones de intereses que de otra manera podrían degenerar en conflictos agudos y negativos para los objetivos generales de la producción.

Fases

A continuación, se exponen las dos fases que permitieron el estudio y análisis del tema objeto de la presente investigación.

Fase de identificación

Se recopilaron todos los documentos existentes en materia de subcontratación laboral, publicados en libros, artículos, revistas, periódicos, decisiones emanadas de los tribunales laborales, investigaciones previas e información electrónica; así como el conjunto de normas que regulan la materia, prevista en la Constitución Nacional, leyes, reglamentos y acuerdos internacionales, lo cual permitió desarrollar el marco teórico.

Fase de sistematización

Permitió realizar la descripción, análisis e interpretación de los datos obtenidos en las lecturas realizadas en la fase anterior, y así poder conformar un marco de opinión basado en información para dar cumplimiento a los objetivos de la investigación.

MARCO TEÓRICO

A continuación, se procede a situar el marco de referencia teórica que orientó el presente estudio en todos sus aspectos.

GLOBALIZACIÓN

Entendida como un fenómeno económico, político y social de carácter mundial, la globalización ha traído consigo una diversidad de cambios que exigen a los mercados una continua actualización de sus procesos y modalidades de funcionamiento para lograr hacerlos competitivos de alcance mundial. El aumento de la competencia extranjera es por sí mismo una razón para que los negocios se globalicen, a fin de adquirir tamaño y destrezas que le permitan competir de forma eficaz (Verdeguer y Álvarez, 2001).

Existen abundantes definiciones acerca de la globalización. Diferentes autores entienden la globalización como una tendencia hacia una mayor integración económica internacional; como la creación de un mercado mundial en el cual circulan libremente los capitales financieros, comerciales y productivos. Lo cierto es que la globalización es un proceso inevitable que ha convertido al mundo en un lugar más homogéneo donde las distinciones entre mercados se han vuelto insignificantes.

A nivel económico, el proceso de globalización se identifica con la internacionalización y transnacionalización de las economías, a partir del desarrollo de una red cada vez más compleja de intercambios entre países a nivel financiero, productivo, comercial y de comunicaciones. Este incremento de los intercambios internacionales que dieron lugar a lo que se llamó en la década del setenta el nuevo orden económico mundial y que hoy conocemos como globalización, se presenta como un proceso liderado por los capitales internacionales, que ha tenido consecuencias distintas y contradictorias para los trabajadores y para el sector empresarial (Arango, 1999).

La Globalización se caracteriza por la conquista de mercados, la revolución de las comunicaciones y la innovación de la ciencia y la tecnología, que han llevado a una especie de estandarización del trabajo. Igualmente, supone actividades productivas, financieras, comerciales y de servicio universales e indiferenciadas (Esteves, 1998).

El fenómeno de la globalización ha venido evolucionado con el desarrollo del capitalismo generando mayor intercambio de bienes y servicios entre naciones, incrementando la capacidad de expansión e interrelación entre países, reduciendo las barreras comerciales que permiten ampliar el desarrollo industrial, propagando la economía global, en la cual los actores sociales se desempeñan en el tiempo real, es decir, en una unidad de espacio mundial, tanto para el trabajo, la tecnología e información conllevando cambios en el sector empresarial (Mato, 1995).

La gran revolución tecnológica del proceso globalizante produce cambios económicos y estructurales que afectan a la sociedad y a las

organizaciones las cuales deben ajustarse a estas transformaciones y a la reconversión industrial, es decir, la conversión de algunas empresas de los países menos avanzados tecnológicamente, a las pautas y parámetros de eficiencia necesarios para nivelarse con las industrias de los países más avanzados (Urquijo, 1998).

Para sobrevivir, las organizaciones han debido adaptarse al continuo proceso de cambio, que surge como una necesidad de planificación estratégica dirigida al mejoramiento de la productividad y la calidad del servicio, no sólo con la finalidad de no extinguirse sino también, con el objetivo de posicionarse en el mercado como una organización competitiva e innovadora.

El sector empresarial ha tenido que utilizar estrategias de modernización y reorientar los procesos organizacionales en la producción, en las relaciones de personal y en el uso de tecnología, para obtener una organización del trabajo con capacidad de adaptación y respuesta a los cambios de la economía global (Useche y Queipo, 2002).

En este sentido, las estrategias de modernización son un complejo proceso de carácter sistémico en donde los cambios técnicos, nuevas formas de organizar la producción y la política de personal confluyen y se integran, orientadas a mejorar la acción de las organizaciones en el mercado, produciendo cambios importantes en el desenvolvimiento de los negocios internacionales, acelerados por el papel de la tecnología en el mundo de una manera trascendental; fortaleciendo los sistemas de cooperación con el objeto de incrementar la penetración de las empresas en el mercado,

estimular nuevas formas de producción y el desarrollo de organizaciones flexibles para amoldarse al exigente contexto económico con una ruta sostenida hacia la modernidad con miras a la integración de mercados (Dombois y Pries, 1993).

La globalización, por lo tanto, representa un tipo particular de estrategia internacional que implica serios retos organizacionales en materia de competencia nacional e internacional, requiriendo un manejo de destrezas que permita elevar la competitividad de las empresas. Sin embargo, el fenómeno de la globalización no puede reducirse a un problema de competitividad en el mercado mundial, ni a la necesidad de afrontar la brecha tecnológica que se amplía. La globalización debe ser entendida como un cambio en las reglas y relaciones con las cuales han estado funcionando las sociedades industrializadas.

Así, en la medida que una organización haga uso efectivo de su fuerza de trabajo para explotar las oportunidades y neutralizar las amenazas del entorno, podrá superar a sus competidores.

Reestructuración del proceso productivo

La globalización o, como se le denomina más recientemente, la mundialización de la economía, es un fenómeno que se evidencia en el aumento del comercio mundial de bienes y servicios, los movimientos internacionales de capitales con inclusión de las inversiones extranjeras, la interconexión de los mercados financieros y el incremento de la parte que corresponde a las empresas multinacionales en el conjunto de la actividad

económica, todo ello favorecido por los progresos de la informática y de las telecomunicaciones (Benavides, 2000).

Este proceso es a su vez causa de otros fenómenos, como la agudización de la competencia, la apertura económica y la diversificación de la demanda mundial que da lugar a cambios de estilo del producto con frecuencia y celeridad, lo que obliga a la empresa a estar preparada para reaccionar adecuadamente a las fluctuaciones de los mercados, y a los giros imprevistos que por obra de las variables económicas experimenta el ambiente financiero, caracterizado por la incertidumbre y lucha feroz por el dominio de los mercados internacionales (Benavides, 2000).

La nueva organización del trabajo y de las relaciones industriales producto de la globalización, y con ello las transformaciones socioeconómicas por el impacto de las tecnologías en el diseño del trabajo, han dado a conocer el concepto de reconversión, relacionado con la necesidad de conversión de algunas de las empresas de los países menos avanzados tecnológicamente a las pautas y parámetros de eficiencia necesarios para nivelarse con las industrias de los países o regiones más avanzadas de la nueva unidad económica (Urquijo, 2001).

Así, como respuesta a las exigencias impuestas por la globalización emerge la Reestructuración Productiva, término sinónimo de reconversión o modernización industrial, lo que se ha denominado como “el nuevo paradigma productivo” y que se entiende como un conjunto de transformaciones que buscan mejorar los niveles de calidad y productividad, basadas en modificaciones en la organización de la producción y del trabajo,

así como en la tecnología (Benavides, 2000). Mientras las transformaciones en la organización de la producción alteran políticas y métodos de manufactura, las transformaciones en la organización del trabajo, alteran la forma de gestionar los recursos humanos y las relaciones laborales (Lucena, 1996).

Las transformaciones en la organización del trabajo implican desafíos para las empresas como incrementar la capacidad de readaptación de la gestión, conllevando a que las actividades productivas se subordinen de tal manera que los procesos se desarticulan, para lograr sistemas flexibles y ligeros que se adecuen a los imperativos globales (Useche y Queipo, 2002).

La Reestructuración Productiva puede ser conceptualizada como la transformación de la base sociotécnica de los procesos productivos, sea en sus niveles tecnológico, organizacional, en relaciones laborales, el perfil y cultura del trabajo. En este proceso el Estado participa a través de las políticas salariales y de apoyo e inducción de la flexibilidad en los mercados de trabajo (De La Garza, 1999).

El “Nuevo Paradigma Productivo”, se caracteriza por la superación de la organización fordista del proceso de trabajo y su sustitución por una nueva forma de organización basada en la implicación de los trabajadores en los objetivos empresariales (Leite y Da Silva, 1995; cp. Arango, 1999).

Cambios en la organización del trabajo

Con el impacto de nuevas tecnologías, la amenaza de los mercados competitivos con exigencias de calidad, la estandarización de los productos, el crecimiento del sector terciario, entre otras cosas, la globalización ha traído consigo nuevas formas de organización del trabajo y por lo tanto de las relaciones laborales que podemos traducir en la necesidad de las empresas de dar respuestas rápidas y adecuadas.

Al respecto, Hernández (1999) plantea que la globalización como proceso permite la apertura de las fronteras de los distintos países hacia un sistema económico en el cual la producción y el mercado dejan de ser realidades nacionales para reajustarse a un funcionamiento mundial de la economía. Este fenómeno ha generado una serie de importantes cambios, sobretudo en las relaciones laborales y el empleo, produciendo un efecto importante como es la flexibilización de estas relaciones y una nueva organización productiva.

En esta dirección, la Reconversión Industrial tiene como premisa básica el agotamiento del modelo de acumulación taylor-fordista, basado en la Teoría de la Organización Científica del Trabajo, caracterizada por la rigidez normativa y la división estricta de tareas, lo que obliga a las empresas a buscar nuevas formas de organizar el trabajo y la producción (Benavides, 2000).

La Organización Científica del Trabajo, también conocida como “Taylorismo”, doctrina que se consolida en la primera década del siglo XX

con la publicación de la obra denominada “La Dirección Científica de las Empresas”, por Frederick Taylor (1856-1918), se inició con una serie de estudios sobre la racionalización científica del trabajo destinada a eliminar la tendencia al ocio y a la vagancia que generaba la organización del trabajo para ese momento, basada fundamentalmente en la autonomía del obrero (Neffa, 1990).

Consiste fundamentalmente en separar las funciones del trabajo en planificación de tareas y ejecución de las mismas, a la par que se desintegra al máximo el proceso del trabajo. La primera medida lograba racionalizar científicamente la producción, al hacer que la planificación fuera externa a quien la ejecutaba, logrando así el mayor rendimiento; con la segunda, se lograba la incorporación de la fuerza de trabajo descalificada (Jaua, 2004).

El Taylorismo, como doctrina gerencial que se refiere al manejo de personal y la organización del trabajo, y que se inició como un proceso tendiente a reducir el trabajo obrero a un simple trabajo de vigilancia, mediante la intensificación de la mecanización de la producción, se basa en los siguientes principios³:

- a) Separación tajante entre concepción y ejecución. Es decir, dejar las tareas físicas de la producción al obrero y separarlas de las de supervisión, organización, planeación de la producción a cargo de mandos medios y gerencia.

³ *Organización laboral flexible en empresas. Organización y flexibilidad del trabajo: Debate teórico y estado de la investigación en México* (2007). Recuperado en Noviembre 09, 2007, de <http://docencia.izt.uam.mx/egt/publicaciones/libros/orglabflex/indice.htm>

- b) La reglamentación más estricta posible de las tareas, del método de trabajo, el uso de las herramientas y los momentos de intervención del obrero en el proceso productivo.
- c) La medición del trabajo a través de su descomposición, parcialización en operaciones simples, estándar, que permitirían realizar el trabajo con mayor intensidad.
- d) Separar las tareas de producción de aquellas de mantenimiento, supervisión y control de calidad, que corresponderían a personal especializado diferente del de producción.

A principios del siglo XX, el proceso de racionalización del saber hacer de la fuerza de trabajo que iniciara Taylor da un salto espectacular, producto de los aportes que introduce Henry Ford, principalmente los de la cadena de montaje y la cinta transportadora, que significaron la automatización del proceso productivo (Neffa, 1990).

Puede definirse el fordismo como un modelo social de capitalismo estabilizado en el que la economía se organiza y se regula por el consumo masivo que es establecido por una forma de reproducir en masa. El nombre fordismo, pues, se refiere a una forma de acumulación basada en la conexión entre producción y consumo (Coller, 1997).

En sus aspectos productivos el fordismo se caracteriza por organizar el proceso de trabajo a partir de la fragmentación de tareas, el recurso a maquinaria que sólo sirve para fabricar un tipo de pieza y la línea de montaje,

o que permite una producción estandarizada y en serie del mismo producto. De ahí que reciba el nombre de “sistema de producción en masas”. La mayor parte del puesto de trabajo requiere poca calificación y están organizados en una jerarquía de autoridad y control. Seguridad en el empleo, presencia de sindicatos y existencia de negociación colectiva. Sin embargo, la característica fundamental del fordismo la recoge de su precedente teórico desarrollado por Taylor: la separación entre concepción y ejecución. Bajo este principio el trabajador se convierte en una pieza más de la maquinaria denominada “sistema de producción” (González, 2006).

El Fordismo añadió al Taylorismo la circulación continua de la materia a transformar frente a un obrero fijo, es la cadena la que fija el ritmo de trabajo, que facilita la estandarización, y el paso de la producción en pequeños lotes a la de masa con nuevas normas de producción y de productividad y que extrema la parcialización del trabajo⁴.

El Fordismo tiene como una de sus características fundamentales el haber destruido la resistencia del obrero profesional, convirtiéndolo en un obrero-masa descalificado, logrando así el control “de hecho” del proceso productivo (Jaua, 2004).

Puede afirmarse que el modelo Taylor-Fordista de organización del trabajo tiene como aspectos fundamentales: la organización centralizada y jerárquica, profundización de la división del trabajo, escasa autonomía de los trabajadores, altos inventarios, procesos de trabajo segmentados y repetitivos; escasa calificación y adiestramiento limitado, control de los

⁴ Ibidem.

tiempos y de los movimientos de los trabajadores. A partir de estos elementos, el modelo Taylor-Fordista logra masificar la producción (Jaua, 2004).

Los métodos y técnicas de la organización científica del trabajo, aplicado según el esquema fordista, condujo a una extrema división social y técnica del trabajo, que para ser controlada requirió un número importante de supervisores, capataces y mandos intermedios con una excesiva jerarquización de la autoridad empresaria, el escaso reconocimiento de la creatividad, capacidad de autonomía y responsabilidad por parte de los asalariados ocupados en la producción (Neffa, 1998).

La crisis del taylorismo ya no surge solamente de las reivindicaciones de los asalariados. Los nuevos sistemas productivos requieren una organización de la empresa y del trabajo que implican una ruptura, mayor o menor, con los principios y técnicas constitutivos de la Organización Científica del Trabajo. La rigidez propia del Taylorismo y del Fordismo es incompatible con las nuevas modalidades de competencia (González, 2006).

Ahora bien, en razón de la integración global, la necesidad de captar nuevos mercados y los avances tecnológicos, se han operado cambios fundamentales en la organización del trabajo que forman parte de la modernización empresarial, y persiguen básicamente la reducción de costos, pero también aumento de la diversidad y calidad del producto, a fin de lograr la competitividad (Suárez, et. al. 2001).

En este proceso de modernización empresarial al que se hace referencia, producto de la globalización y los procesos de reestructuración productiva, las organizaciones tienden a cambiar la concepción tayloriana de organización del trabajo, caracterizada como se describe por la rigidez de la cadena productiva y por la existencia de formas de dominación personalizadas, autoritarias y arbitrarias (Weiss, 1993).

Se produce una modificación en la organización del trabajo, donde se puede hablar entonces de postfordismo, como la forma de organización laboral que no supone ya la existencia de cadenas productivas o líneas de montaje en la que cada trabajador se especializaba en un segmento sino en la flexibilidad de los trabajadores para ocupar puestos laborales similares en mundos menos estables y más precarios (Díaz et. al., 2003).

En efecto, el crecimiento de la población, la diversificación de los mercados, la incertidumbre causada por la demanda en cuanto a cantidad y calidad y el acelerado ritmo del cambio tecnológico, fueron algunas de las causas que obligaron a superar la rigidez del trabajo de las organizaciones, la cual ha estado basada en la integración vertical y en la gestión funcional jerárquica con una estricta división técnica y social del trabajo para darle paso a un proceso de producción flexible⁵ (Useche y Queipo, 2002).

Este proceso se basa en la dirección, en la combinación de la producción de alto volumen que permita la economía de escala y sistemas de producción personalizada reprogramable, que captan las economías de

⁵ La producción flexible se impuso como el modelo ideal para la optimización tecnológica y para responder a las nuevas exigencias del mercado, tornando necesaria también la flexibilización de la contratación de la mano de obra (Iranzo y Leite, 2005).

diversificación (Castell, 1999). Se introducen prácticas como el justo a tiempo para adquirir materia prima en el momento de ser requerida por la producción; disminuir los inventarios, costos de producción y operativos, entre otros (Useche y Queipo, 2002).

Así mismo, las organizaciones utilizan técnicas como el control total de calidad, ya que por medio de herramientas estadísticas se pueden supervisar y controlar los procesos para disminuir lo más posible defectos, y obtener productos con las características necesarias para cubrir los requerimientos, exigencias y maximizar las respuestas de los clientes en un entorno de cambio rápido como es el mercado global (Useche y Queipo, 2002).

De acuerdo a Iranzo y Leite (2005), es probable que los cambios en la organización del trabajo obedezcan a principios centrales y posteriormente adopten formas concretas muy diversas:

a) Se trata de no apostar a la separación tajante entre concepción y ejecución, en esta medida se justifica la polivalencia, en tanto ampliación de las funciones de cada puesto y la posibilidad de la movilidad interna entre puestos o categorías. La justificación a la manera de Mayo⁶, niega que el trabajador pueda ser concebido como una máquina que recibe órdenes, su

⁶ Desde los años veinte Elton Mayo, a través de la corriente de las Relaciones Humanas, hizo fuertes críticas al Taylorismo-Fordismo, al considerar que no era realista tratar de dissociar concepción y ejecución, por el contrario habría que tratar de poner al servicio de la empresa la conciencia del trabajador y por lo tanto se planteó no cómo reglamentar burocráticamente el trabajo, a través de normas formales para cada puesto, sino cómo lograr la cooperación consciente de los obreros, incorporando en el análisis de los comportamientos el campo del sentimiento, de la formación de grupos informales con sus costumbres, rituales, y líderes. Cita extraída del Web site: <http://www.docencia.izt.uam.mx>

conciencia está siempre presente en el proceso productivo, en esta medida puede estar dispuesto a cooperar o no.

b) No es posible reducir todas las actividades a operaciones simples, segmentadas al extremo, a operaciones y medidas estándar. Siempre habrá poros en el tiempo de producción que serán llenados por el obrero a través de su conocimiento del saber hacer.

c) La reducción del trabajo a reglas impersonales genera burocratismo, es más eficiente delegar capacidad de decisión en los trabajadores, esto se traduce en asignar a los trabajadores de producción su propia supervisión, una parte de las tareas de mantenimiento y de control de calidad.

d) Pero, el disminuir la rigidez burocrática en la producción, la ampliación de tareas, con participación de los trabajadores en las decisiones no podría garantizar mayor eficiencia si no se cuenta con el involucramiento consciente y convencido de la mano de obra, es decir la participación no por simple obediencia a las reglas, no por coerciones, sino por convencimiento acerca de los fines de la empresa.

e) La visión social de la producción, en tanto cooperación entre hombres, se continúa hacia el trabajo en equipo que subvierte el individualismo taylorista.

f) El convencimiento de los trabajadores, la participación en las decisiones y el trabajo en equipo apuntan hacia la cultura del trabajo, es decir, los procesos de dar sentido al trabajo, a la empresa, al producto, a las

relaciones sociales dentro de la empresa, a los clientes y a los proveedores por parte del personal. El objetivo es pasar de una cultura de obediencia a las reglas e instrumental con respecto del trabajo a otra de cooperación, solidaridad, entrega, de satisfacción con la obra realizada.

g) El nuevo funcionamiento de la organización requiere de formas de comunicación que no sea solamente verticales de arriba hacia abajo para transmitir las órdenes, sino en todas direcciones.

Entre las estrategias de modernización en la organización del trabajo, se menciona como un elemento indispensable la implementación de la tecnología de vanguardia en los procesos, mediante la utilización de maquinaria y equipo flexible; sin embargo, debido a las limitaciones económicas que ha tenido el sector empresarial –sobretudo en países menos desarrollados- para invertir en nuevas tecnologías por sus altos costos, las principales formas de racionalización se han dado generalmente a través de cambios organizativos dirigidos hacia la producción continua.

Este tipo de producción no es más que la aceleración de los ritmos productivos, la descalificación de los trabajadores y la reestructuración de actividades y funciones y el uso intenso de mano de obra extranjera con la finalidad de realizar variedad de operaciones sin incurrir en altos costos o emplear grandes cantidades de tiempo al pasar de una operación a otra, para producir diversidad de productos en grandes volúmenes de acuerdo a la calidad, rapidez y características de las demandas (Machuca, 1997).

Para otros, la modernización o el cambio organizacional ha sido dirigido mediante redes y encadenamientos productivos y el desarrollo de la subcontratación de mano de obra, es decir, contratar mayor volumen de personal en períodos de auge económico y reducir el personal cuando haya un período de recesión sin que el empresario tenga algún tipo de compromiso laboral con el trabajador (Montero, 1999).

Otro aspecto a considerar es la estandarización de los procesos organizacionales para lograr la uniformidad y sistematización de los procedimientos que deben seguir los trabajadores en el desempeño de su labor (Hellriegel y Slocum, 1998). Ello con el fin de adaptar esos procesos a la flexibilización y diversificación espacial de diferentes países, aprovechando aquellos como los subdesarrollados que tienen una mano de obra barata, impuestos y aranceles más bajos, en relación a los países desarrollados, para establecer empresas o trasladar parte de la organización, como por ejemplo, el proceso productivo, el ensamblaje de los productos, entre otros, funcionando con costos más bajos, permitiéndoles ofrecer un producto a un mejor precio en el mercado y poder competir con otras empresas del ramo, persiguiendo la expansión y conquista de los mercados mundiales en la economía globalizada (Useche y Queipo, 2002).

Igualmente, se procura el aplanamiento de la estructura organizativa, es decir, que las empresas sean lo más horizontal posible, estableciendo nuevas jerarquías entre el personal, desfragmentando y diversificando el trabajo masivo, en el cual los trabajadores laboren en equipo, utilizando técnicas estadísticas para controlar los procesos; así como, la implementación de círculos de calidad para extraer de los trabajadores los

conocimientos, experiencias, fortalezas y debilidades técnicas y operativas para mejorar los procesos (Useche y Queipo, 2002).

Con la finalidad de reducir lo más posible la estructura organizacional para hacerla menos burocrática, más adaptable y flexible a los cambios ocurridos en el entorno, las empresas han tercerizado algunas funciones de la organización, es decir, se han externalizado actividades para trasladarlas a otras empresas por medio de la subcontratación, con el objeto de dinamizar cada elemento de su estructura interna y descentralizar sus unidades (Castell, 1999).

De esta forma, se logra reducir una serie de gastos y costos, ya que la organización no requeriría de infraestructura para ubicar al personal; disminuirían también los costos en recurso humano porque se reducirían los gastos de prestaciones sociales, vacaciones, sueldos y salarios, entre otros y tampoco necesitarían de comprar maquinaria y equipo, ni darle el mantenimiento necesario porque sería la empresa subcontratada la que tendría que asumirlos (Useche y Queipo, 2002).

A los fines de adaptarse a los nuevos cambios impuestos por la globalización, las empresas tienden a organizarse sobre la base de nuevos enfoques como el modelo japonés, el mejoramiento continuo, el justo a tiempo, en los cuales teóricamente, se otorga mayor participación al empleado mediante el trabajo en equipo, funcionando como un sistema integrado, variado e interactivo con la rotación e integración de tareas para controlar e incrementar la calidad y productividad del trabajo y de la empresa,

donde al rotación del trabajador en diferentes áreas de la empresa permite obtener la figura de un trabajador polivalente (Useche y Queipo, 2002).

En general, las estrategias de modernización que responden al mercado competitivo conllevan a convertir las relaciones laborales contractuales de carácter colectivo en individual, es decir, una relación directa empresa-trabajador (Ermida, 1999). Estas nuevas relaciones laborales extenderían la informalidad, la tercerización y las empresas tenderían a organizarse sobre la base de dos tipos de trabajadores bien diferenciados: un trabajador estable, protegido, con buena remuneración y calificaciones, y otro tipo de trabajador eventual en condiciones inestable, precaria, rotativa, subcontratada o informal, el cual se ha expandido generando nuevas condiciones para una mayor fluidez en la movilidad de la fuerza laboral (Balbi, 1995).

Observamos pues que frente a la necesidad de reconversión industrial, responde la producción flexible, entendida como la capacidad de variar el proceso de fabricación, volumen y diseño del producto a la velocidad requerida y al mínimo costo, con apoyo de tres elementos: una tecnología flexible, una organización flexible y con capacidad de adaptación constante, y una mano de obra polivalente y multicalificada, que pueda destinarse a la rotación interna, dentro y fuera de su grupo, o externamente, mediante la subcontratación o el empleo temporal (Benavides, 2000).

FLEXIBILIDAD EN EL MERCADO LABORAL

La progresiva tendencia hacia la globalización económica, favorecida por la dinámica tecnológica, requiere de las empresas mayor dinamismo y capacidad de respuesta de manera de sobrevivir en el creciente mundo competitivo. La adaptación a este entorno cambiante requiere flexibilidad en la organización del trabajo, en los esquemas de participación, en la forma de empleo, en la forma de remuneración, influyendo y determinando el sistema de relaciones laborales.

La dimensión y celeridad de las transformaciones que está experimentando el mundo del trabajo hacen referencia a lo que se conoce como “flexibilización” o “flexibilidad” (Benavides, 2000). En este sentido, la flexibilización parece emerger como una realidad innegable, que comprende nuevas formas de organizar el trabajo, que acompañan los procesos de modernización productiva en busca de la desconcentración de funciones, la optimización de recursos, disminución de costos, entre otros factores que incentivan la creación de distintas modalidades de contratación y formas de trabajo (Galín et. al., 1991).

La flexibilización, como estrategia modernizadora, ha generado grandes cambios en la organización del trabajo, para que las empresas puedan adaptarse a las condiciones de competitividad y apertura comercial,

centradas más que en la implementación de innovaciones tecnológicas, en la liberación de las relaciones de trabajo, debido a la incapacidad del sector empresarial de sostener trabajadores en condiciones estables (Useche y Queipo, 2002).

El concepto de flexibilidad nace en la esfera de los modos de producción, para calificar la capacidad de adaptación de una economía abierta a la competencia entre países, que han dejado atrás la uniformidad en sus formas de producción para trasladarse a los nuevos métodos para la organización del trabajo (Galín et. al., 1991).

La flexibilización laboral, además, surge como una nueva forma de gestión de la fuerza de trabajo opuesta a la rigidez, pues implica la capacidad de adaptar la cantidad y calidad del trabajo a los requerimientos de la producción. En este sentido, se define a la flexibilidad como un género de estrategia empresarial que tiene por objeto capacitar a la empresa para responder a cambios en las condiciones de los mercados al menor costo en términos de capacidad ociosa o tiempo de ajuste de personal, maquinarias y equipos (Galín et. al., 1991).

En esencia, el concepto flexibilizador hace referencia a mecanismos jurídicos, reformas y estrategias destinadas a quitar rigidez a la legislación laboral a fin de permitir que el factor trabajo se “acomode” y “adapte” fácilmente a las necesidades y conveniencias del sistema productivo. La premisa fundamental de la flexibilidad es que tanto la estructura organizacional tradicional, como el trabajador mismo, están experimentando una serie de cambios que los obligan a repensar sus estrategias y enfoques,

para permitir un proceso de reajuste recíproco que apareja toda una nueva forma de expresión de los elementos tradicionales de la relación de trabajo, (Benavides, 2000).

En doctrina existen dos grandes acepciones del término “flexibilización laboral” que vale la pena mencionar. En primer lugar, la flexibilización laboral constituye una política que tiene por objetivo fundamental la desregulación del mercado de trabajo, esto es, la reducción o eventual eliminación de aquellas instituciones o regulaciones que en su momento fueron creadas con el propósito de garantizar a los trabajadores mejores condiciones de vida. Más específicamente, la flexibilización laboral ha consistido en un conjunto de acciones de política dirigidas a reducir la participación tanto del Estado como de los sindicatos en el mercado de trabajo, bajo el presupuesto de que tales intervenciones constituyen “rigideces” que favorecen el desempleo. Ello, en la medida en que entorpecen el proceso de negociación que se lleva a cabo entre empleados y empleadores, impidiendo, en consecuencia, el adecuado funcionamiento de los mecanismos de oferta y demanda al interior de este mercado⁷.

Una segunda acepción del término flexibilización laboral hace énfasis ya no en la desregulación, sino en las transformaciones en la organización misma del trabajo que habrían empezado a producirse a consecuencia de la introducción de nuevas tecnologías (tales como la microelectrónica y las tecnologías de la información) en el proceso productivo, las cuales parecieran abrir la posibilidad de superar definitivamente la organización

⁷ *Flexibilización y precarización laboral* (2006). Fundación Escuela de Gerencia Social, Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo, Caracas. Recuperado en Noviembre 12, 2007, de <http://www.gerenciasocial.org.ve>

taylorista del trabajo, caracterizada por la subordinación sistemática de los trabajadores a las necesidades del sistema coordinado de máquinas⁸.

En este sentido, el mundo del trabajo que pareciera estar emergiendo de esta “flexibilización tecnológica” o “flexibilización interna” se caracterizaría por la delegación de mayores responsabilidades a los trabajadores de bajas jerarquías, el aplanamiento de la estructura organizacional, la extensión del trabajo en equipo, y el diseño de puestos de trabajo pensados ya no para la ejecución de tareas muy específicas, sino para la realización de una multiplicidad de funciones⁹.

Diversas e innumerables son las opiniones sobre la flexibilidad, para Dombois y Pries (1993), ésta es entendida como la flexibilización en los procesos de producción que normalmente implican una utilización de la mano de obra de una manera más flexible dentro del proceso de trabajo. Sin embargo, para Abramo (1999) el término flexibilidad va más allá, ya que puede ser entendida como desregulación, es decir, como la eliminación de restricciones en la asignación del trabajo, para incrementar la eficiencia y competitividad de las empresas, reduciendo a la vez el costo del trabajo e incrementando la movilidad.

Lo anterior, permite aseverar que la flexibilización es un proceso en el cual el trabajo debe ser adaptable a los cambios generados por la globalización, con el objeto de reducir todas aquellas limitaciones –como reglas, reglamentos, regulaciones- que entorpezcan a la empresa funcionar en el mercado internacional (Useche y Queipo, 2002).

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

A juicio de Raso (1993), por flexibilización laboral entenderemos la tendencia generalizada de modificar por vía autónoma o heterónoma las reglas jurídicas de la prestación de trabajo, con la finalidad de ajustar el factor trabajo a las nuevas exigencias del sistema de producción.

Para Arturo S. Bronstein (2007), la flexibilidad laboral consiste en la posibilidad de ofrecer mecanismos jurídicos que permitan que la empresa ajuste su producción, empleo y condiciones de trabajo a las fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico.

Según Benavides (2000), la flexibilización laboral consiste en un conjunto de mecanismos de optimización de los recursos humanos, económicos, tecnológicos, y físicos de la empresa, con tendencia a profundizarse y mantenerse en el tiempo, cuyo objetivo fundamental es la fácil adaptabilidad de las relaciones laborales a las exigencias económicas del mercado tanto interno como externo, dentro del marco de la juricidad.

A fin de explicar la anterior definición, se puede afirmar que se trata de un conjunto de mecanismos cuyo objetivo es optimizar, es decir, permitir el máximo aprovechamiento de los recursos humanos, económicos, tecnológicos y físicos de la empresa, al servicio de la producción.

Benavides (2000), aclara que la flexibilidad no es un fenómeno nuevo, sino que subyace y siempre ha estado presente en el mundo del trabajo, con tendencia a profundizarse cada vez más y a impactar de manera permanente la relación laboral presente y futura. Se dice que permite la fácil adaptación de las relaciones laborales, porque, precisamente, este fenómeno surge

debido a la necesidad de acomodar, de amoldar el factor trabajo a las variaciones de la producción, en un mercado cambiante y dinámico, para satisfacer las exigencias que se imponen en el marco de una economía mundial globalizada.

Cuando se hace referencia a las relaciones laborales, se quiere aludir a aquellas que se establecen con ocasión del trabajo subordinado, entre patronos, trabajadores y Estado.

De acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2002), la flexibilidad laboral, parece constituir un concepto que sintetiza la actual configuración de las relaciones entre el capital y el trabajo en sus múltiples dimensiones y transformaciones referidas a la organización de la empresa, las políticas de empleo, la reestructuración de los mercados laborales, el movimiento sindical y la precarización del trabajo¹⁰.

En términos generales la flexibilización laboral se manifiesta básicamente en dos formas: una externa, representada por la subcontratación, contratos por tiempo determinado o a medio tiempo, contratos a domicilio, lo que ha sido denominado en doctrina como empleo “atípico”, sinónimo del término precario utilizado por la Organización

¹⁰ La precariedad laboral se refiere a la aparición y creciente generalización de formas de trabajo que suponen mayores niveles de inestabilidad, incertidumbre e inseguridad laboral, en la medida en que vienen a sustituir al “empleo tradicional”, propio de la organización fordista de la producción, caracterizado por jornadas laborales completas, estabilidad en el puesto de trabajo y mecanismos de negociación centralizados. En este sentido, la precarización del trabajo se asocia a la generalización de prácticas laborales y formas de empleo antes atípicas, tales como: el empleo temporal, a tiempo parcial, el trabajo por cuenta propia y la externalización, entre otras. Cita extraída del documento: “Flexibilización y precarización laboral”. Recuperado en Noviembre 12, 2007 de <http://www.gerenciasocial.org.ve>

Internacional del Trabajo, es decir, la llamada flexibilidad numérica o externalización; y la llamada flexibilidad interna o funcional, producto de la aplicación de técnicas modernas de organización productiva y la introducción de nuevas tecnologías, la cual se apoya en la polivalencia o polifuncionalidad del trabajador, que deja de ser visto como una prolongación de la máquina, para ser considerado como un ser polivalente, multifuncional, con derecho a la información, estimulado para participar y decidir, y suficientemente capacitado y entrenado para agregar valor e incrementar la productividad (Benavides, 2000).

La flexibilidad interna o funcional, se identifica básicamente con las nuevas formas de gestión técnicas-organizativas en auge, y cuyo fundamento es el desarrollo de habilidades en los trabajadores, identificadas con las denominaciones de polivalencia, multifuncionalidad o multihabilidades, y que permite facilitar la rotación interna, es decir, el desempeño de los trabajadores en diferentes funciones del proceso productivo, en aras de la óptima utilización de la maquinaria y equipo (Benavides, 2000).

Las ventajas de este tipo de flexibilización son evidentes e inmediatas para la organización de la producción: por un lado, es posible variar las calificaciones a fin de dar respuesta a los cambios en la carga y ritmo de trabajo, o del recurso tecnológico, y por el otro, facilita la integración de tareas, alternativa o conjuntamente, tanto en el plano horizontal, es decir, entre funciones de igual nivel de calificación, por ejemplo, dentro del personal de mantenimiento y operación, como en el plano vertical, reuniendo funciones de distinto grado de calificación, tales como el control de calidad,

preparación y operación de la máquina, y mantenimiento o programación (Benavides, 2000).

En la llamada flexibilización externa, la flexibilidad numérica está basada en la ausencia de estabilidad de la relación laboral, ya sea por la existencia de contratos por tiempo determinado, trabajo de media jornada, es decir, empleos casuales y de horarios flexibles, cuyo fin es adaptar el factor trabajo a las variaciones de la demanda; por su parte, el distanciamiento (como un segundo subtipo de la flexibilización externa), consiste en la subcontratación de determinados segmentos del proceso productivo, para permitir a la empresa concentrar sus recursos en áreas de ventajas comparativas (Benavides, 2000).

Profundizar en este tipo de flexibilización, hace posible conocer la existencia de distintos modos de contratación, que afectan las relaciones sociales y de producción e inciden en la dinámica laboral, y está dirigida, en palabras de Benavides (2000), a sustituir la rigidez del contrato de trabajo, mediante diversos mecanismos cuya función es trasladar el vínculo laboral con el trabajador a otra empresa o patrono, tales como la figura del proveedor o la sociedad de trabajo temporal que emplea las personas necesarias a la producción, y los contratos mercantiles entre el trabajador independiente y su antiguo empleador, con una doble finalidad: por un lado, librarse del riesgo representado en las variaciones del mercado, y por el otro, evitar el costo que significa las indemnizaciones y prestaciones que deben pagarse al trabajador con ocasión de la terminación unilateral del contrato de trabajo.

Para Galín et. al. (1991), la flexibilización en las formas de contratación, es casi sinónimo de precarización, ya que ésta consiste en el uso de empleos clandestinos, es decir, no declarados ante las autoridades competentes; en los contratos por tiempo determinado; en los trabajos eventuales y en los temporales. Dichas formas de contratación permiten al empleador reducir costos laborales sin necesidad de conflictos con sus trabajadores fijos, es por ello que estas formas avanzan y se generalizan cada vez más.

De acuerdo con Jaua (2004), las consecuencias de la flexibilización de las formas de contratación se pueden clasificar en dos grandes puntos:

I. Segmentación de la Fuerza de Trabajo: el mercado de trabajo se encuentra dividido en tres grupos. Un grupo de trabajadores núcleos, que son los trabajadores fijos dedicados a las tareas esenciales de la planificación y la producción, los cuales gozan de contratos permanentes; un segundo grupo de trabajadores periféricos los cuales son contratados a tiempo parcial y eventualmente, para realizar las tareas ordinarias y mecánicas.

Por último, un grupo de trabajadores exteriores los cuales no son empleados de la empresa, sino de las contratistas de éstas, las cuales ejercen actividades de las que la empresa ha decidido distanciarse. En general, estos trabajadores pueden realizar tareas especializadas u ordinarias según la necesidad del contratante. Los trabajadores subcontratados, son en la mayoría de los casos considerados como trabajadores periféricos por la propia contratista.

II. Precarización de la Fuerza de Trabajo: Las condiciones de los trabajadores periféricos y exteriores son en la mayoría de los casos sumamente precarias. Estos trabajadores generalmente, poseen salarios inferiores al mínimo y sus condiciones de trabajo son las más riesgosas y penosas, produciéndose las siguientes consecuencias: Inseguridad en el mercado laboral, inseguridad de conservar el empleo, inseguridad en el trabajo por la inexistencia de normas y vigilancia sobre seguridad e higiene industrial, inseguridad en los ingresos ya que no hay seguridad en el pago de utilidades, de los bonos de productividad, de las prestaciones sociales y de las indemnizaciones por despidos o accidentes, y exclusión de los sistemas de seguridad social.

Hernández Arias (2005) citando a Atkinson (1987), presenta un análisis de los problemas que plantea la flexibilidad evidenciados por: débiles relaciones entre trabajadores periféricos y empresarios, el aislamiento y exclusión de ciertos trabajadores a tiempo parcial o bajo contratos de duración determinada, debilitamiento del poder de negociación por parte de dichos trabajadores, pérdida de influencia del sindicato hacia los trabajadores pertenecientes al núcleo central, beneficiados de la seguridad de empleo, tratos privilegiados y de condiciones únicas. Dichos problemas producen una desigualdad de condiciones entre trabajadores, incluso de la misma empresa, por estar sujetos a distintas circunstancias laborales produciendo una reducción de la solidaridad colectiva. Adicionalmente, para los trabajadores periféricos es más difícil lograr una identificación con la empresa y un sentido de responsabilidad y compromiso con la misma debido a la percepción del carácter temporal de la relación de trabajo.

Para muchos, la flexibilidad laboral es asociada con la precariedad en el trabajo. De acuerdo a Sotelo (1999), la forma que prevalece en la flexibilización del trabajo es la que hace a la empresa más competitiva, incrementando la intensidad del trabajo, reduciendo los sueldos y salarios y la desregulación de las condiciones laborales, lo cual se relaciona a la explotación de la fuerza laboral y a la pérdida de los puestos de trabajo. En estos cambios de las formas organizativas, a los trabajadores se les exige altos niveles de eficiencia, productividad y rentabilidad, basados en la desreglamentación laboral y en la flexibilidad del trabajo, en los segmentos y áreas del proceso productivo los cuales se han traducido en notables disminuciones de los costos de producción y en efectivos incrementos de los beneficios empresariales, pero transformándose las condiciones laborales, colocando al trabajador en una situación de explotación, desmejoramiento e inestabilidad.

Para Sotelo (1999), estas estrategias persiguen reducir los costos operativos y eliminar los compromisos laborales, pasando de una relación salarial moderna de empleo estable a tiempo integral a una relación salarial con empleo precario a tiempo parcial y con fuerte tendencia a la pérdida de los derechos.

La flexibilidad es ciertamente un fenómeno complejo, que puede ser interpretado y aplicado de diversas formas, de acuerdo con las condiciones sociales, culturales, jurídicas, económicas, del sector productivo, etc. (Benavides, 2000). Al respecto, la flexibilidad laboral tiene dos caras, una positiva y una negativa. La parte positiva estaría representada en el hecho de que la flexibilidad permite a las empresas mantener su competitividad mediante el ajuste a las presiones externas, además de estimular la

diversificación y expansión del empleo. Esto hace posible la supervivencia de la empresa, que a su vez, sustenta el empleo y el bienestar económico, y trae aparejados los beneficios adicionales de la estabilidad social y política (Hoyos, 1987; cp. Benavides, 2000).

Sin embargo, la flexibilidad laboral tiene una segunda cara menos atractiva que la anterior, y es que también puede ser entendida como sinónimo de precarización y desregulación y que se manifiesta a través del empleo precario o atípico y la subcontratación, con la consiguiente pérdida de los beneficios laborales, el incumplimiento patronal, salario insuficiente, la ausencia de seguridad social, entre otras (Benavides, 2000). Esta segunda cara implica la abolición de una serie de garantías brindadas tradicionalmente a los trabajadores frente a un empleador que goza de mayor poder en la relación contractual; lo que a su vez va a generar el debilitamiento de un derecho que ha perseguido introducir elementos de coordinación en una relación de subordinación (Hoyos, 1987; cp. Benavides, 2000).

Muchas son las manifestaciones de la flexibilización laboral en el país. A finales de los años ochenta, Venezuela aplicó un conjunto de políticas que incluían la desregulación de todos los mercados, incluyendo el mercado laboral. El principal propósito en este sentido era el de eliminar aquellas supuestas rigideces que no permitían una asignación eficiente de los recursos, en este caso el trabajo. Esta política de desregulación es un importante componente de la flexibilización laboral. Estas reformas consistían, fundamentalmente, en medidas que disminuían los costos de despido y facilitaban la contratación temporal de trabajadores. A lo interno de las empresas privadas y la administración pública también se pudo

presenciar un elemento de la flexibilización laboral tal como lo es la subcontratación laboral¹¹.

La flexibilidad reduce el costo laboral y puede, por tanto, contribuir a aumentar el empleo, pero también puede afectar la estabilidad laboral y, en consecuencia, la productividad (Alayón y Daza, 2002). En esta dirección, Venezuela ha establecido ciertos mecanismos para reducir los costos laborales a través de modificaciones en la ley, tales como el establecimiento de contratos de duración determinada, para permitir una mayor movilidad de los trabajadores y menor costo en caso de cese del contrato de trabajo por necesidad explícita de la empresa. Estos contratos a su vez gozan de exoneraciones fiscales que favorecen a las empresas (Hernández Arias, 2005).

Lo anterior explica, en parte, la relación entre flexibilidad y la reducción de costos laborales, debido a que ésta contempla formas que le permiten a las empresas reducir, e incluso eliminar obligaciones monetarias por el carácter temporal en que se plantean las relaciones laborales. Este es el caso de la contratación a tiempo determinado, subcontratación y la posibilidad de que las empresas contraten un número de trabajadores en función de sus necesidades; formas que a la larga atentan contra la estabilidad del empleo.

¹¹ La subcontratación laboral se define como aquella forma contractual en la cual el trabajador, aún cuando está subordinado de facto a una empresa, no existe una relación laboral directa entre la empresa (o patrono) y el trabajador (Bronstein, 1999).

LA SUBCONTRATACIÓN COMO ESTRATEGIA FLEXIBILIZADORA

Las empresas ante las exigencias y cambios del entorno económico y en su afán por la competitividad en los mercados internacionales, dejaron de producir en masa para asumir la producción flexible; que no es más que la puesta en práctica de innovaciones en los procesos, en la tecnología para adaptarse, enfrentar las demandas y compartir riesgos en el mercado (Añez, 2006).

Una de las estrategias de adaptación de las empresas frente a las nuevas exigencias de competitividad interna y externa que mayor acogida ha tenido entre los empresarios, es la externalización de actividades a través de la subcontratación¹². La externalización de algunas funciones o actividades que no se consideran fundamentales dentro de la organización, o del proceso productivo, con la finalidad de abaratar costos y dedicarse a su función principal; como es la expansión y posicionamiento en los mercados internacionales. Para el logro de este propósito, las empresas desarrollan la capacidad de recurrir a la descentralización y la subcontratación (Añez, 2006).

¹² *La subcontratación, ¿problema o solución?* (2007). Recuperado en Noviembre 09, 2007, de <http://www.atinachile.cl/node/7513>

Con respecto a la descentralización, Coller (1997) la define como el reparto de las distintas fases del proceso productivo en otros centros de trabajo, conformándose una red de empresas en la cual cada una se especializa en una parte de la producción. Cuando la producción se reorganiza con miras a su descentralización, las firmas reducen su tamaño físico y administrativo, pero se amplían en términos de sus intercambios externos, pudiendo decirse que la organización pasa de las pirámides a las redes (Ruduit, 2000; cp. Iranzo y Richter, 2005). En cuanto a la subcontratación, se entiende como el hecho de contratar otras empresas como clientes o a sujetos individuales que realizan una parte de la producción que anteriormente se realizaba en la empresa matriz.

En esta línea de argumentación, las empresas que han iniciado procesos de subcontratación como parte de su estrategia de modernización una vez agotada la estrategia interna de reorganización, están apuntando a encontrar fuentes de productividad en su cadena de proveedores, a partir de la descentralización de los grandes conglomerados empresariales para concentrarse en sus núcleos principales de actividad (García et. al., 1999).

La conformación de un mercado internacional con fluctuaciones constantes y la fuerte rivalidad empresarial para conquistar nuevos nichos, tuvieron como respuesta el diseño de estrategias empresariales centradas en la disminución de los costos, la búsqueda de vías para aumentar la velocidad de respuesta y la mejora de la calidad y la productividad. En esa perspectiva, la búsqueda de flexibilización en el uso de mano de obra y en el funcionamiento general del mercado de trabajo estuvo en el centro de las nuevas políticas gerenciales. Lo que era el signo distintivo del tipo de

relación salarial¹³ predominante previamente, la estabilidad, comenzó a verse como un impedimento para responder a los nuevos requerimientos, sustituyéndose progresivamente por el signo de la inestabilidad (Iranzo y Richter, 2005).

La producción flexible, como respuesta a los requerimientos de un mercado que exige tanto adaptarse rápidamente a sus transformaciones y oscilaciones constantes, como altos niveles de calidad y eficiencia para poder sobrevivir en un ambiente cada vez más competitivo, implica el desarrollo de tendencias en cierto sentido contradictorias dentro del proceso de trabajo, propiciando una organización compuesta por diversos segmentos (Iranzo y Richter, 2005).

En primer lugar, para elevar la productividad y la calidad de la producción, se constituye un núcleo central, compuesto por trabajadores que cuentan con capacitación, polivalencia y estabilidad, para realizar las labores complejas de carácter permanente. En segundo lugar, para la realización de actividades que ameritan conocimientos técnicos pero que no tienen un carácter constante en el tiempo o que no son estratégicas, se subcontratan técnicos y profesionales. En tercer lugar, para atender las tareas más simples, las actividades periféricas, que no requieren de competencias particulares, se conforma un segmento de trabajadores dependientes de

¹³ Concepto creado por la escuela regulacionista francesa que denota el “conjunto de condiciones jurídicas e institucionales que rigen el uso del trabajo asalariado, así como la reproducción de la existencia de los trabajadores”. Los elementos constitutivos de la relación salarial serían: la organización del proceso del trabajo, la jerarquía de las calificaciones, la movilidad de los trabajadores (dentro y fuera de la empresa), el principio de formación del salario y la utilización del ingreso salarial (Boyer, 1986; cp. Iranzo y Richter, 2005). Este concepto resulta útil para distinguir los cambios en el ámbito laboral entre el período de la producción y el consumo de masas y el que se suele llamar el período de la producción flexible. Los regulacionistas son los creadores del concepto de *fordismo* para caracterizar el primero de dichos períodos (Iranzo y Richter, 2005).

terceros, desresponsabilizando a la empresa de sus obligaciones laborales frente a ellos. Y en cuarto lugar, para abaratar costos, se transfieren fuera de la empresa todas las fases o servicios que sea posible (Iranzo y Richter, 2005).

Para De La Garza (2005), la flexibilidad del trabajo está relacionada con la subcontratación desde el momento en el que la empresa descentraliza una parte de sus actividades hacia otras empresas o individuos y en esa medida puede, de manera más sencilla, desde el punto de vista de las protecciones laborales ya sea legales o contractuales: tener trabajadores más fáciles de despedir de acuerdo a las fluctuaciones de la demanda de los productos de la empresa que subcontrata. Es decir, la subcontratación en la práctica, es una manera como la empresa de manera indirecta logra flexibilidad del trabajo.

En este sentido, se considera fundamental conceptualizar el término de *outsourcing*, también conocido como tercerización, subcontratación o externalización, como una forma de flexibilización laboral en la cual una organización transfiere la propiedad de un proceso de negocio a un suplidor. Se basa en el desprendimiento de alguna actividad, que no forme parte de las habilidades principales de una organización, a un tercero especializado. Por habilidades principales o centrales se entiende, todas aquellas actividades que forman el negocio central de la empresa y en las que se tienen ventajas competitivas con respecto a la competencia (Rothery y Robertson, 1997).

Existe la tendencia a definir la subcontratación externa de la empresa, también llamada outsourcing, como la descentralización de la unidad productiva, que ha venido desarrollándose en los últimos años mediante una nueva organización de la unidad empresarial, por la cual la empresa (llamada principal) decide no realizar directamente ciertas actividades, optando en su lugar por desplazar a otras empresas o personas individuales (empresas auxiliares) con quienes establece, a estos efectos, contrato mercantil o civil¹⁴.

Para abordar el concepto de la subcontratación, la OIT ha manifestado la necesidad de identificar al objeto de la subcontratación, es decir, qué es lo que se subcontrata. Resulta clave saber si se está subcontratando la producción de bienes o la prestación de servicios, o si se está subcontratando el trabajo final o específicamente a trabajadores¹⁵.

Precisamente, hablar de subcontratación conlleva referirse a varias formas o modalidades de subcontratación, entre las cuales cabe citar, la subcontratación de producción, la de obra, la de servicios, la de tareas y la de mano de obra. A ellas podríamos agregar un número no menos importante de formas mixtas de subcontratación, con dosis variables de las anteriores, siendo evidente que la naturaleza jurídica de cada una de ellas puede llegar a diferir mucho de las otras (Bronstein, 1999)¹⁶.

¹⁴ Contratación y subcontratación externa de la empresa (2007). Recuperado en Noviembre 09, 2007, de <http://www.rhmagazine.com>

¹⁵ La subcontratación, una nueva fórmula para rentabilizar los negocios (2007). Recuperado en Noviembre 09, 2007, de <http://www.iglesia.cl/vicariatrabajadores/articulos/la.subcontratación.doc>

¹⁶ Una buena demostración de la fuerza expresiva del término *subcontratación* es que la propia OIT lo utilizaba con frecuencia hasta 1999. En tal sentido, el trabajo de Arturo Bronstein del año 1999 se intituló “La subcontratación laboral”. Para evitar posibles confusiones entre la subcontratación de trabajadores y la subcontratación de pequeñas y medianas empresas, la primera siempre vendrá acompañada del término *laboral* (Iranzo y Richter, 2005).

Una buena parte de estas formas de subcontratación son el resultado de transacciones entre empresas con capacidad económica y autonomía jurídica, tecnológica y organizacional; tales formas de subcontratación pertenecen al campo del Derecho de las Obligaciones civiles y comerciales, y no correspondería examinarlas desde el punto de vista del Derecho del Trabajo (Bronstein, 1999).

En tal sentido, se produce una relación entre empresas, habiendo subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios cuando el contrato entre dos empresas establece claramente que una encarga a la otra la producción de etapas, de partes o de partidas completas de la producción de bienes o la prestación de determinados servicios que la segunda empresa se compromete a llevar a cabo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. Se establece entonces una relación comercial entre dos unidades económicas en que una compra y la otra vende sus servicios. La relación contractual es entre dos entidades totalmente independientes entre si, perfectamente diferenciadas y que se encuentran en igualdad de condiciones para negociar los términos por lo que no es necesario proteger legalmente a ninguna de las partes. La empresa contratada, llamada “contratista”, contrata a su vez, como cualquier empresa, en el marco de una relación laboral a trabajadores para la ejecución de lo pactado con la empresa contratante¹⁷.

Efectivamente, la subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios se refiere al ámbito de las relaciones que se establecen entre dos empresas, entre quienes se instaura una relación de tipo comercial, de modo que el usuario compra o encarga un producto o un

¹⁷Ver: <http://www.iglesia.cl/vicariatrabajadores/articulos/la.subcontratación.doc>

servicio que debe cumplir determinadas especificaciones, modalidades y plazos de entrega y que tiene un precio. La empresa mandante no se involucra ni en la forma ni en las condiciones en que el vendedor lo realizará; este último asume autónomamente la tarea. No hay, en teoría, ninguna razón para que una de las partes deba estar legalmente más protegida que la otra en el curso de su relación, como es el caso del trabajador frente al empleador en el transcurso de la relación laboral (Echeverría, 2007).

La subcontratación laboral

Existen formas de subcontratación cuyo objeto principal es la prestación de trabajo en condiciones semejantes a las de una relación de trabajo subordinada. Dicho de otro modo, su efecto es la prestación de trabajo por una persona para una empresa usuaria, en condiciones de subordinación *de facto*¹⁸, sin que entre el trabajador y la empresa exista una relación laboral directa, presupuesto económico indispensable para que se aplique el Derecho del Trabajo (Bronstein, 1999).

Por subcontratación laboral, entendemos todas las formas de contratación donde no existe una relación de dependencia o subordinación entre el contratante y el contratado, o bien esta responsabilidad es transferida a un intermediario, por lo que también es definida como externalización o tercerización. Como tal, no representa un fenómeno nuevo, sino que por el contrario ha existido a lo largo de toda la historia del capitalismo. No obstante, en la actualidad adquiere singularidad e importancia ya que se ha venido fortaleciendo a la par que han ido

¹⁸ El término *de facto* proveniente del latín, significa *de hecho* (Grossman, 1994).

emergiendo nuevas modalidades, todas las cuales poco a poco van sustituyendo la relación laboral tradicional, basada en la subordinación directa (Iranzo y Leite, 2005).

Para Iranzo y Richter (2005), los términos subcontratación laboral, triangulación, tercerización, externalización, nos indican una relación de transferencia de las obligaciones legales, propias a la relación de trabajo, que básicamente permite eludir las restricciones y los costos que entraña la legislación laboral y las convenciones colectivas para la libre contratación y despido de personal.

Si bien no es un fenómeno nuevo, la subcontratación directa o indirecta de trabajo constituye hoy una práctica cada vez más extendida en un gran número de países y ramas de actividad. Su creciente difusión está íntimamente relacionada con las impresionantes transformaciones que en los últimos años conoció la organización del trabajo, lo mismo que con los progresos tecnológicos que facilitaron la desagregación del proceso productivo en fases de producción relativa o totalmente autónomas, las que pueden ser externalizadas en condiciones que permiten reducir costos y minimizar la mano de obra que la empresa emplea directamente (Bronstein, 1999).

Las empresas también han recurrido crecientemente a la subcontratación de actividades internas, en un primer momento limitadas a aquéllas que no forman parte de lo que se considera como su actividad central o propia a su giro específico (aunque a veces es difícil precisar qué actividad forma parte de aquél giro específico y cuál no), para luego

comprender también a otras que difícilmente parecen separables del cometido principal de la empresa (Bronstein, 1999).

Para Bronstein (1999), lo que hoy se conoce como subcontratación laboral comprende dos situaciones conceptualmente muy diferentes, pero con un denominador común; dos formas de subcontratación que constituyen el objeto de estudio del presente trabajo. La primera es el suministro de mano de obra a través de un intermediario. Entre sus variantes más recientes y sofisticadas se incluyen el suministro de mano de obra a través de una empresa de trabajo temporal (ETT) o de servicios eventuales. En estos casos se mantiene un contrato de trabajo formal con el suministrador de mano de obra, al tiempo que se establece una relación de subordinación laboral con la empresa usuaria.

La segunda forma de subcontratación laboral presenta la particularidad de que reviste una apariencia jurídica alejada del Derecho del Trabajo, en la medida en que tiene por objeto la prestación de servicios personales o la realización de labores por un individuo en beneficio de una empresa usuaria, dentro del marco formal de un contrato civil o comercial (Bronstein, 1999).

En el primer caso, tal como lo afirma Magdalena Echeverría (2007), se sustituye la relación de trabajo tradicional por una relación de empleo triangular, que muchas veces dificulta identificar a las partes de la relación laboral, precarizando el empleo, haciéndolo inestable, bajando el nivel de las remuneraciones y de la protección frente a la seguridad social y laboral.

De acuerdo a esta autora, la relación triangular entre contratante (empresa usuaria), contratista (colocador, en este caso) y contratado (trabajador suministrado) normalmente, no acaba en el acto de la colocación. El usuario compra además de la oportunidad del encuentro con el contratado, su desfiguración como sujeto de relación laboral. Es el contratista o colocador el que establece el contrato de trabajo con el trabajador suministrado, asumiendo los costos, obligaciones y deberes de la relación laboral. El contratante se hace así de trabajadores desligándose de los deberes que emanan del contrato de trabajo y de la mayor parte de sus trámites y aspectos administrativos. Se produce una separación entre contenido y forma del trabajo. El contratante proporciona y se sirve de la actividad laboral concreta y el contratista se hace cargo de administrar y de darle forma a la relación. Aquí la empresa contratante busca reducir los costos laborales al abastecerse de personal a través de la intermediación de un tercero que le permite disponer y prescindir de él según sus necesidades económicas y evitarse los trámites administrativos y otros costos.

La redefinición y la fragmentación, en la forma o en la realidad, de la empresa como unidad nítida, la aparición de un tercero en la relación laboral, el desperfilamiento frecuente de la figura del empleador, dificultan a veces la identificación de las partes de la relación laboral y, por tanto la responsabilidad que les cabe a cada una en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus derechos¹⁹.

¹⁹ *La subcontratación, ¿problema o solución?* (2007). Recuperado en Noviembre 09, 2007, de <http://www.atinachile.cl/node/7513>

El segundo fenómeno, atiende al trabajo en régimen de subcontratación cuyo objeto es la prestación de labores por una persona natural bajo una forma distinta de la relación de trabajo, donde la tendencia es a contractualizar las relaciones laborales, con el objeto o con el efecto de sacarlas del ámbito protector del Derecho del Trabajo (Bronstein, 1999).

Para Iranzo y Richter (2005), esta modalidad se puede asimilar a la anterior porque sus efectos son similares, aunque no necesariamente supone triangulación, es el uso de contratos de naturaleza civil o mercantil con trabajadores cuyos puestos de trabajo, en la práctica, suponen dependencia.

Para Bronstein (1999), si bien las dos formas antedichas de subcontratación son conceptualmente diferentes, presentan dos rasgos comunes: El primero de ellos es la existencia de una relación de dependencia y subordinación *de facto* entre el trabajador en régimen de subcontratación, cualquiera que sea su forma, y la empresa usuaria; estando el trabajador integrado económicamente a la empresa usuaria. El segundo es la ausencia de una relación de trabajo directa entre dicho trabajador y la empresa usuaria, ya sea porque su relación es de naturaleza contractual (una labor o un servicio), o bien porque tiene una relación de empleo con un tercero (contratista o intermediario).

Estos rasgos llevaron a la OIT a proponer la siguiente definición, que persigue el propósito de cubrir tanto la subcontratación de mano de obra como la de tareas o de servicios personales: "... la expresión 'trabajo en régimen de subcontratación', designa todo trabajo realizado para una

persona física o jurídica (designada como 'empresa usuaria') por una persona (designada como 'trabajador en régimen de subcontratación'), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales siempre que el trabajador en régimen de subcontratación no sea empleado de la empresa usuaria" (Bronstein, 1999).

Para De La Garza (2007), este fenómeno no es nuevo, pero en el período anterior, el del Estado Benefactor y los sistemas protectores de relaciones industriales, perdió legitimidad al grado de que muchas legislaciones pusieron límites a su utilización o bien consideraron que el verdadero patrono sería aquel para el que se desempeñaran las tareas productivas; sin embargo, actualmente, la subcontratación no sólo queda legitimada y legalizada en forma más amplia que antes, sino que es vista muchas veces por empresarios y Estado como un camino pertinente para ganar en competitividad.

Efectivamente, en el período anterior al neoliberalismo, el del Estado Benefactor –interventor en la economía y promotor de los grandes sistemas de relaciones industriales con sus códigos laborales y sus instituciones de seguridad social- existió la subcontratación sin duda alguna, pero con poca legitimidad. Es decir, no era la forma más defendible dentro del modelo económico anterior al sistema de relaciones industriales y de la concepción que se tenía acerca del derecho laboral y de la seguridad social. Por ello la subcontratación preexistente de alguna manera trató de ser acotada, de

ponerle límites con leyes laborales y, sobre todo, a través de contratos colectivos de trabajo (De La Garza, 2005).

Pero ese panorama cambió de manera profunda, a partir de la década de los ochenta, en relación con el nuevo modelo económico neoliberal, la globalización y la apertura de las economías; todo esto aparejado con un incremento considerable en la competencia en el mercado internacional y también en los internos, que se vuelven parte de ese mercado internacional. Esto da un vuelco a la tuerca de la legitimidad de la subcontratación y aparecen toda una serie de corrientes que legitiman esta práctica (De La Garza, 2005).

Para Iranzo y Leite (2005), las mismas razones que explican la existencia y difusión de la subcontratación nos refieren los objetivos perseguidos. Señalan que hay coincidencia entre los estudiosos de la subcontratación laboral en cuanto a que la reducción de los costos de mano de obra, directos e indirectos, constituye uno de sus principales objetivos, pero también resaltan otros propósitos que se ajustan a la racionalidad empresarial, tanto desde un punto de vista técnico-económico (requerimientos de carácter técnico y competitivo) como político (mayor poder y control sobre la fuerza de trabajo). El debate que subyace es la ponderación asignada a cada uno de esos factores.

Los objetivos de la subcontratación laboral pueden variar según las estrategias empresariales en las cuales está inserta. Cuando es una estrategia de tipo defensivo, que exige ajustes en períodos de crisis, la reducción de los costos para sobrevivir se sobrepone a todos los otros

objetivos posibles. Cuando es una estrategia de carácter ofensivo, que lo que pretende es el desarrollo competitivo, se prioriza la aplicación de prácticas innovadoras y la elevación de la calidad. El tamaño de la empresa también suele ser decisivo para establecer los objetivos: las pequeñas y medianas recurren a ella básicamente cuando pretenden desarrollar nuevas actividades, mientras que las grandes, por el contrario, lo hacen cuando desean reducir su tamaño y concentrarse en su actividad central (Echeverría y Uribe, 1998; cp. Iranzo y Leite, 2005).

Por su parte Valero (1999), considera que las prioridades de la subcontratación son la optimización de los recursos, gracias a la externalización de las fases menos complejas y rentables, y el logro de rápidos aumentos o disposiciones en la capacidad productiva. Otro objetivo de carácter técnico-económico de la subcontratación laboral, cuando involucra personal de alta calificación, es acceder a capacidades con las cuales la empresa no cuenta internamente, pues su permanencia le exigiría fuertes inversiones en tecnología y en formación, teniendo que desviar recursos de su actividad central o prominente (Trías, 1999; cp. Iranzo y Richter, 2005).

De acuerdo a un estudio de la OIT sobre la subcontratación, los principales objetivos para recurrir a ella son: la búsqueda de la flexibilidad frente a los cambios del entorno mediante el abastecimiento puntual del número de trabajadores necesarios, la transferencia del control disciplinario y su reforzamiento, la reducción de obligaciones administrativas, el debilitamiento del poder sindical y la evasión del contrato colectivo (Egger, 1997; cp. Iranzo y Leite, 2005).

Sobre la posible jerarquización de tales objetivos, una investigación realizada en México recoge la realizada por un empresario, la cual es muy reveladora: i) costos más bajos; ii) mano de obra más dócil; iii) personal especializado; iv) salarios y prestaciones más bajos; v) horarios más flexibles; vi) mayor especialización en el proceso; vii) cubrir incrementos en la demanda; vii) más eficiencia, calidad, flexibilidad y velocidad de respuesta (García et. al., 1999).

Es posible observar que la empresa persigue con este recurso, un uso más eficaz de su capital técnico mediante la utilización de la fuerza de trabajo como variable de ajuste, en sustitución al mantenimiento de inventarios; es decir, mientras que anteriormente frente a las fluctuaciones del mercado se aumentaban o disminuían los inventarios, ahora se aumentan o disminuyen las plantillas de trabajadores. Además de reducir costos por vía de menores remuneraciones y derechos, también ello se logra a través de: desalentar la demanda de aumentos salariales por parte de los trabajadores fijos, liberar a la empresa de un área delicada y difícil como es la gestión del personal al tiempo que se eliminan los costos relativos al reclutamiento (además de los de despido), y facilitar y abaratar la preselección para el mercado interno (Glazmann, 2001; cp. Iranzo y Leite, 2005).

Para Echeverría (2007), la subcontratación pone fin a la figura de la empresa con gran número de trabajadores protegidos socialmente y con estabilidad laboral, dando paso a la ocupación de mano de obra fuera del esquema del contrato de trabajo de duración indefinida, mediante la utilización de modalidades contractuales que permiten disponibilidad fácil y

barata del despido, como forma de adecuar al personal contratado a las variaciones del mercado.

El trabajador subcontratado en condición de interino o a través de un contrato civil o mercantil, cuando es semi o no calificado, resulta más económico para la empresa porque percibe remuneraciones inferiores a las de los trabajadores fijos, estableciendo una desigualdad de trato en materia de derechos colectivos, seguridad social, salario y condiciones de trabajo, seguridad en el empleo, protección en caso de insolvencia, seguridad industrial y protección a la maternidad (Bronstein, 1999).

Desde una perspectiva macro la subcontratación laboral puede ser vista como una estrategia que se inserta dentro de la dinámica impuesta por la globalización. Desde un nivel intermedio y micro podemos apreciar como ella es a su vez consustancial a la producción flexible, concepto que busca dar cuenta del modelo de organización de la producción y del trabajo que orienta los cambios en las unidades productivas en el contexto actual (Iranzo y Richter, 2005).

La subcontratación laboral ha pasado a ser una de las más importantes manifestaciones de la flexibilización del trabajo, entendiendo por ésta la capacidad de la gerencia de ajustar el empleo, el uso de la fuerza de trabajo en el proceso productivo y el salario a las condiciones cambiantes de la producción (De la Garza, 2000).

La subcontratación laboral es la cara más perversa de la flexibilización laboral, porque es la que está desestructurando el espacio del trabajo formal,

cuyos integrantes habían adquirido históricamente un estatus que les garantizaba, aunque fuese mínimamente, condiciones dignas de existencia (Iranzo y Richter, 2005). Concretamente, en su manifestación actual, la subcontratación laboral es expresión de la flexibilización externa del trabajo, referida al ajuste flexible de la cantidad de fuerza de trabajo según las necesidades de la producción y del mercado (De la Garza, 1998; cp. Iranzo y Richter, 2005).

Para Bronstein (1999), la subcontratación laboral no es un fenómeno nuevo. Bajo su primera forma, la intermediación en el suministro de mano de obra, tiene una larguísima tradición en industrias como la construcción, trabajos públicos, minería, agricultura, plantaciones y maderera; en contraste, la subcontratación de servicios o la de labores sólo se ha desarrollado más recientemente. En cualquier caso queda muy claro que lo que durante mucho tiempo fue una práctica relativamente limitada a ciertas actividades, se ha venido transformando en una estrategia a la que los empleadores recurren con creciente frecuencia, y ello por diversos motivos.

Al respecto, el citado autor, expone que es posible observar el fenómeno del trabajo en régimen de subcontratación desde distintos ángulos, a saber:

a) El de la empresa usuaria o beneficiaria, que acude a la subcontratación laboral como una forma de evitarse los pagos y responsabilidades que implica la contratación de personal, pero que a su vez le da la posibilidad de externalizar sus fases de producción y actividades periféricas con el objeto de poder concentrarse en sus actividades centrales.

En efecto, se menciona que uno de los motivos por los cuales los empleadores recurren a la subcontratación laboral es la especialización, relacionada con la evolución que han conocido los sistemas de organización empresarial luego del abandono del modelo llamado *fordista*, que se caracterizaba por la concentración en la empresa de todas las funciones, en beneficio de otros modelos como el *toyotista* que tiende a concentrar en la empresa lo que llamaríamos sus actividades nucleares, externalizando aquéllas que se consideran periféricas, cuya ejecución es encomendada a contratistas externos.

El segundo motivo que indica el autor, se relaciona con el costo de la mano de obra que emplea directamente la empresa usuaria, sumado al carácter más o menos rígido de la legislación laboral y que limita las posibilidades que tiene el empleador de ajustar su plantilla de personal en función de sus ciclos de actividad. Ambos factores inducen a que la empresa defina su plantilla permanente dentro de los límites de lo que considera indispensable para operar en condiciones de baja actividad, recurriendo a lo que se conoce como mano de obra periférica (es decir a la contratación de mano de obra externa) cuando aumenta la demanda, con lo que minimizará sus costos fijos de personal. Otra estrategia puede consistir en guardar la mano de obra más calificada dentro de la empresa, externalizando el suministro de personal para las tareas que demanden menor calificación.

En este sentido, la subcontratación laboral forma parte de lo que se denominan los cambios en las configuraciones socio-técnicas de los procesos productivos (De la Garza, 2000). La reorganización productiva en cada uno de sus niveles favorece la desagregación del proceso productivo. A nivel del proceso de trabajo se ha venido produciendo una tendencia a la

polarización en la división del trabajo entre los trabajos complejos, que implican capacitación, polivalencia y estabilidad, y los trabajos simples, que suponen baja calificación e inestabilidad.

Por lo general, de acuerdo lo expresa Bronstein (1999), el desarrollo de estas estrategias empresariales se ve considerablemente facilitado por cuatro motivos. El primero es el aumento de las tasas de desempleo, lo que hace crecer la fuerza laboral en búsqueda de empleo. El segundo son las reformas introducidas en la legislación de muchos países, con miras a flexibilizar la legislación laboral permitiendo el recurso a formas de trabajo distintas de lo que durante muchos años se consideró como la relación laboral típica²⁰, y que hoy tiende a dejar de serlo. El tercero es el debilitamiento de los sindicatos, por lo que no han podido oponerse a las nuevas estrategias empresariales. El cuarto es la propia política seguida por las autoridades públicas, que en el marco de sus políticas de ajuste y de desregulación de todos los mercados, incluyendo al de trabajo, a menudo han permitido y a veces inclusive estimulado el desarrollo de mercados de trabajo secundarios o paralelos, a través de éstas y otras prácticas laborales.

b) El del trabajador en régimen de subcontratación, que es víctima de la desigualdad en el ejercicio de sus derechos colectivos, de seguridad social, salarios y condiciones de trabajo, seguridad en el empleo, protección en caso de insolvencia, seguridad industrial y protección de la maternidad, pero que acude a estas formas de trabajo impulsado muchas veces por el desempleo, que ha aumentado, por lo que se dispone de una gran reserva de

²⁰ Antes de los años noventa no se usaba el concepto de trabajo típico, sin embargo, podríamos pensar que social y académicamente sí existía, al menos hasta los años setenta. Ese trabajo típico era el asalariado, en la gran empresa, industrial, estable, masculino y preferentemente sindicalizado (Iranzo y Richter, 2005).

trabajadores disponibles a trabajar bajo condiciones que no hubiesen aceptado en un mercado de trabajo con escasez de mano de obra.

Efectivamente, existe una masa muy grande de trabajadores dispuestos a laborar en peores condiciones que las que privan en los grandes conglomerados, con los grandes contratos colectivos, ésta es la contraparte. La subcontratación también implica condiciones del mercado de trabajo muy desfavorables donde los trabajadores están dispuestos a emplearse en esas condiciones, a pesar de saber que en la empresa matriz o en la empresa madre que subcontrata, las condiciones pueden ser mejores (De La Garza, 2005).

Para Urrea (1999), dentro del objetivo general de crear una relación salarial menos costosa que la fordista, lo más notorio de la subcontratación laboral es que, al desentenderse del compromiso con ese personal, logra incorporar a los trabajadores al proceso productivo sin compromisos para el capital, transfiriéndoles la responsabilidad de su reproducción permanente. Iranzo y Richter (2005) agregan que esto es posible en la medida que va atado a otro objetivo como es el de debilitar el movimiento sindical, que es el que se opone a la pérdida de los derechos adquiridos, con lo que la empresa logra ampliar su margen de libertad para la toma de decisiones en materia laboral.

Para Bronstein (1999), de las desventajas dimanantes de la subcontratación laboral para el trabajador, la más importante es la desigualdad en el trato con respecto a los empleados de la empresa usuaria, para la cual directa o indirectamente prestan servicios. Cuando la relación

jurídica en la que son parte asume la forma de una subcontratación de mano de obra, los trabajadores de la empresa subcontratista casi siempre son reclutados con salarios y condiciones de trabajo inferiores a aquellos de la empresa usuaria, que a menudo ejecutan tareas similares o equivalentes.

Añade que tampoco gozan de la misma seguridad del empleo, en la medida en que la empresa subcontratista por lo general está limitada por un contrato de duración determinada con la empresa usuaria; motivo por el cual sus trabajadores no tienen expectativas de empleo más allá de la duración del contrato en cuestión.

Otras desventajas que menciona, se relacionan más directamente con la desagregación del colectivo laboral de todos aquellos que laboran para la empresa usuaria. Si los trabajadores de esta última pueden sindicarse y negociar colectivamente con la misma, no sucede lo mismo con los de la empresa subcontratista, quienes a lo sumo podrán sindicarse y negociar colectivamente con esta última, pero esto sólo en la medida en que lo permita la temporalidad y precariedad de la relación que se ha establecido entre la empresa subcontratista y la usuaria.

Para Iranzo (1997), resulta evidente que al sustituir trabajadores fijos por interinos disminuye la afiliación sindical, ya que éstos últimos no están bajo la protección del sindicato ni de la negociación colectiva. Pero además la convivencia de trabajadores en un mismo espacio con estatus y condiciones de trabajo muy diferentes unas de otras, quiebra las posibilidades de generar una identidad colectiva. Las relaciones de estos trabajadores entre sí, antes que solidarias, son tensas, producto de la

injusticia que subyace al hecho de hacer tareas similares y percibir remuneraciones diferentes; los trabajadores fijos por su parte, perciben a los subcontratados como intrusos y como la muestra concreta de su eventual futuro.

El fraccionamiento de los colectivos de trabajadores no produce dos grupos sino múltiples segmentos con condiciones de trabajo diferentes de acuerdo al contrato establecido, bien sea individual o de acuerdo a la contratista o ETT a la que pertenezcan, pudiendo convivir múltiples de ellas en una misma empresa. Ello reduce de manera drástica la capacidad de negociación, representación, movilización y huelga del sindicato (Abramo, 2001).

Cuando estamos en presencia de la subcontratación de labores, las desventajas para el trabajador pueden ser aún más serias, debido a que en la ausencia de una relación de trabajo no puede invocar ninguno de los derechos dimanantes de la legislación laboral. Tampoco tendrá la empresa usuaria obligación de afiliarlo a la seguridad social, y por la misma razón, se le negarán derechos como la protección por riesgos profesionales o licencia y prestaciones por maternidad (Bronstein, 1999).

No es difícil imaginar que en los casos de subcontratación de labores, se produce la misma reducción de afiliación, pero también de la capacidad de negociación, ya que el temor de los trabajadores a ver sus puestos tercerizados, sirve para desalentar posibles demandas de mayores reivindicaciones.

En este caso, de acuerdo a Urrea (1999), las trayectorias laborales adquieren una condición fragmentada y contingente, producto de la informalización del trabajo, con lo que el empleo deja de estar referido a un proyecto de vida para quedar reducido a un contrato mercantil. Se transforma el proceso de compra y venta de fuerza de trabajo en proceso de compra y venta de productos del trabajo, transfiriéndole al trabajador los costos de su formación profesional al convertirlo en autónomo e independiente.

c) El del Estado, quien –por lo general- a través de la flexibilización de la legislación laboral permite y facilita el recurso a la subcontratación; no obstante, también propicia los mecanismos legales que tiendan a remediar o atenuar los riesgos en el uso de estas formas de trabajo.

El rol del Estado se ha ido transformando en dirección a la reestructuración productiva, con una flexibilización basada en la reducción de los costos laborales. La acción del Estado a través de la desregulación macroeconómica y del mercado de trabajo, junto con sus políticas antisindicales, ha tenido un papel motorizador en el uso de las formas de subcontratación laboral (Iranzo y Richter, 2005).

Para Iranzo y Leite (2005), las políticas de externalización se encuentran altamente favorecidas por factores provenientes de la oferta de trabajo, como son: a) el crecimiento del desempleo que presiona por una mayor movilidad en el mercado de trabajo; b) el incremento de grupos laborales con escaso poder de negociación sobre sus condiciones de trabajo (como lo son, en general, las mujeres, los jóvenes y los inmigrantes); y, c) el

debilitamiento sindical que impide frenar la pérdida de derechos que conlleva la flexibilización externa.

¿Qué es lo que buscan las empresas y eventualmente los gobiernos con la subcontratación? De acuerdo a De La Garza (2005), una flexibilidad numérica de la mano de obra, es decir, la posibilidad de que los trabajadores subcontratados, puedan ser más fácilmente empleados y desempleados que los trabajadores de la empresa usuaria, una reducción de los costos de mano de obra y la evasión de los contratos colectivos, que eventualmente puede privar en la empresa usuaria. Los subcontratados tienen salarios y prestaciones más bajas que los de la empresa usuaria, cuentan con jornadas de trabajo más altas, tienen mayor inseguridad en el puesto y están expuestos a mayores riesgos en la salud y en la seguridad. Sus condiciones en general son peores, independientemente de que haya algunos segmentos pequeños que no se ajustan exactamente a estas tendencias generales.

d) El de los sindicatos, quienes han perdido poder, y por ende la capacidad de movilización para resistir a los cambios impuestos por la nueva estrategia empresarial.

Como hemos venido observando, la subcontratación laboral produce una multiplicidad de fenómenos que conllevan a la modificación sustancial de la relación salarial predominante a lo largo del siglo veinte. El proceso acentúa la desestructuración del mercado de trabajo al disminuir el empleo regular, concentrado en las grandes empresas y aumentar el empleo sin registro. Se profundiza la segmentación del mercado de trabajo al multiplicarse las formas posibles de relación laboral, lo que aumenta las

diferencias entre grupos sociales, bloquea la movilidad entre categorías y quiebra las fuentes de la identidad colectiva (Iranzo y Leite, 2005).

Así mismo, al acrecentarse el número de trabajadores desprotegidos sindicalmente conjuntamente con una gestión más individualizada para el personal estable, refuerza el poder discrecional de los empresarios y reaparecen situaciones de corte autoritario, paternalista o corporativo; la mera existencia de los subcontratados actúa como mecanismo de reforzamiento de la disciplina y del poder en el interior de la empresa, y puede ejercer a la baja sobre los salarios y prestaciones de los mismos trabajadores fijos (Iranzo y Leite, 2005).

No hay lugar a dudas que las formas precarizadas de la subcontratación tienden a predominar; no obstante, la subcontratación laboral no tiene fatalmente una sola cara negativa. Para Iranzo y Leite (2005), existen casos donde la subcontratación de mano de obra tiene carácter indefinido y ello favorece la capacidad de negociación de los involucrados. Así mismo, cuando la fuerza de trabajo subcontratada tiene mayores niveles de especialización y calificación, sus condiciones de trabajo se asemejan mucho más a la de los empleados fijos.

Es sabido que existen trabajadores de altas especialidades que pueden encontrar ventajoso estar subcontratados. Ingenieros de alto nivel (por ejemplo, de diseño de programas de computadores), que pueden preferir ser trabajadores no asalariados, sino prestadores de servicios y que, a veces, pueden tener altos ingresos, pero que conforman una minoría.

Para De la Garza (2005) si bien hay sectores críticos de los fenómenos nuevos de subcontratación y sus efectos en las relaciones laborales, no hay que pensar que todos los actores sociales están en contra del fenómeno de la subcontratación. Hay una relegitimación de la subcontratación como vía para que las empresas ganen en competitividad, las cuales argumentan que sin la subcontratación estarían condenadas a la quiebra. Es parte de ese chantaje que se ha conocido desde los años ochenta, de rebajar condiciones laborales frente a la inminencia de una quiebra empresarial con sus consecuencias en el empleo.

Comenta que citado autor, que se relegitima el uso de la subcontratación no sólo por parte de las empresas para reducir costos, en particular costos laborales, sino también por parte de los Estados. Se encuentran virtudes para las empresas que subcontratan o que descentralizan una parte de su producción y los servicios necesarios hacia otras empresas y hacia trabajadores independientes. Se le encuentran virtudes en competitividad, también en cuanto al desarrollo del mercado de trabajo, y se dice que esto permite la generación de nuevos empleos y crecimiento económico.

Lo cierto es que la flexibilidad numérica supone una contradicción de base entre los intereses de los involucrados: mientras para los empresarios constituye el mecanismo de certeza para programar sus costos laborales de acuerdo con las fluctuaciones del mercado, para los trabajadores es el origen de su incertidumbre en todos los ámbitos, pues les arrebató el posible control sobre su futuro (Bilbao, 1999).

Es a través de esa flexibilización que se abren amplias posibilidades de contratación a tiempo determinado con menos beneficios laborales y con responsabilidad limitada por parte del usuario de esa mano de obra, posibilitando la movilidad funcional que comenzaron a requerir las nuevas formas de organización del trabajo (Iranzo y Richter, 2005).

La subcontratación laboral en Venezuela

En el caso particular de Venezuela, la mayor difusión de la subcontratación laboral se ha visto en el contexto de cambios muy significativos en el mercado de trabajo, producto de una inestabilidad económica que ha llevado a una fuerte reducción de los ingresos, a la informalización y al desempleo creciente (Iranzo y Richter, 2005).

De allí que los defensores de la flexibilización del mercado de trabajo encuentren que el abaratamiento de los costos de mano de obra es la estrategia más racional para la sobrevivencia de las empresas en el mercado internacional y la vía más adecuada para la creación de nuevas fuentes de empleo en medio de la incertidumbre económica (Iranzo y Richter, 2005).

En Venezuela, la subcontratación laboral se ha venido observando, principalmente, bajo las siguientes modalidades: las empresas de trabajo temporal (ETT) y las contratistas. Las ETT tienen como función la de contratar trabajadores para proporcionarlos a otra empresa donde habrán de desempeñarse temporalmente. El motivo para la empresa contratante de buscar los servicios de una ETT es la de liberarse de los pasivos laborales

que estos trabajadores pudieran generar y reducir sus costos por trabajador²¹.

Estas empresas aparecen reguladas por primera vez en Venezuela en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo dictado en enero de 1999²², a partir del cual se presentó un fuerte crecimiento en término de su participación en el empleo²³. A pesar de que la regulación establecía claramente el carácter temporal de los trabajadores provistos por las ETT, se observó que en muchos casos estos trabajadores realizaban labores rutinarias y por tiempo indeterminado. Es por esta razón, que el gobierno nacional decidiera derogar la normativa que les permitiera a las ETT funcionar legalmente reemplazando su figura a la mucho más estricta de intermediario²⁴.

En el artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente²⁵, se considera intermediario a: "...la persona que en nombre propio y en beneficio de otra utilice los servicios de uno o más trabajadores". Bajo esta figura la empresa contratante de la ETT sería solidaria con ésta en caso de incumplimiento de la legislación laboral, y los trabajadores de la ETT

²¹ *Flexibilización y precarización laboral* (2006). Fundación Escuela de Gerencia Social, Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo. Recuperado en Noviembre 12, 2007, de <http://www.gerenciasocial.org.ve>

²² República de Venezuela. *Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*. Gaceta Oficial, N° 5.292 Extraordinario del 25 de enero de 1999.

²³ Según algunos cálculos los trabajadores en las ETT representaban veinte por ciento del total de los trabajadores permanentes. Ver: <http://www.gerenciasocial.org.ve>

²⁴ República Bolivariana de Venezuela. *Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*. Gaceta Oficial N° 38.426 del 28 de abril de 2006.

²⁵ República de Venezuela, *Ley Orgánica del Trabajo*. Gaceta Oficial N° 5.152 Extraordinario del 19 de junio de 1997.

deberían tener los mismos beneficios y condiciones de trabajo que los trabajadores contratados por la contratante²⁶.

Efectivamente, en Venezuela, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, publicado en Gaceta Oficial en fecha 25 de enero de 1999 reglamentó la figura de las ETT, en los artículos comprendidos entre el 23 y 28, estableciendo un marco jurídico para que las empresas beneficiarias pudieran contratar sin mayores riesgos, servicios de trabajo temporal.

La figura de las ETT aparecía como una alternativa para las empresas beneficiarias, puesto que con esta nueva figura no se presumía en ningún caso la solidaridad en materia laboral entre la ETT y la empresa beneficiaria. En este reglamento se permitía contratar personal, a través de una ETT, para: la realización de una obra o la prestación de servicios cuya ejecución fuese de duración incierta, atender exigencias circunstanciales del mercado por un período que no exceda de tres meses, sustituir trabajadores en suspensión de su relación de trabajo, quedando la empresa beneficiaria exonerada de cualquier responsabilidad o vinculación laboral frente a los trabajadores contratados.

La ETT en su condición de patrono o empleador era la única responsable de las obligaciones que pudieran surgir de las leyes o reglamentos respecto de los trabajadores que ella contratase, no habiendo responsabilidad solidaria con la empresa beneficiaria.

²⁶Ver: <http://www.gerenciasocial.org.ve>

Actualmente, luego de la reforma parcial al Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, el 28 de abril del 2006, en el cual se derogan los artículos que contemplaban la figura de la ETT, el legislador le asignó el carácter de intermediaria de acuerdo a la definición que contempla el artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo. Esta nueva concepción no presume bajo ningún contexto, la desaparición automática de las ETT sino el cambio en su condición de contratista, por cuanto continúan ofreciendo los mismos servicios a sus clientes pero cumpliendo con las condiciones expresadas en la Ley.

Por su parte, las contratistas son empresas que ejecutan una determinada obra o servicio para otra empresa, dentro o fuera de ésta, pero con sus propios trabajadores e implementos. Modernamente, esta relación se denomina outsourcing cuando en ella se cumplen determinadas condiciones de carácter técnico. Las contratistas tienden a su vez a transferir la realización de ciertas fases o tareas a otras empresas, conformándose redes de subcontratación (Iranzo y Richter, 2005).

La principal diferencia entre las contratistas y las ETT es que las primeras asumen toda responsabilidad de las operaciones por las cuales fueron contratadas, mientras que las segundas sólo se responsabilizan de proveer el personal. Al igual que las ETT, las contratistas pudieran significar para las empresas importantes ahorros en los costos por trabajador, especialmente en aquellos casos donde existe una representación sindical

que no es lo suficientemente fuerte como para homologar las condiciones de trabajo en las contratistas con las de la empresa contratante²⁷.

Para Iranzo y Richter (2005), en Venezuela cuando se habla de subcontratación, vale mencionar algunas situaciones que han sido diseñadas por las empresas para salirse total o parcialmente del manto protector de la ley laboral, casos en los cuales no hay descentralización productiva o externalización real. En tal sentido, señalan la recurrencia de las empresas a contrataciones directas bajo formas civiles o mercantiles, pero que en realidad esconden la existencia de una relación de dependencia del trabajador respecto al empleador. Tales son los supuestos, por ejemplo, de los choferes empleados por las empresas distribuidoras que tienen la condición de trabajadores independientes o que están bajo la condición de concesionarios. En tales casos estaríamos en presencia de un fraude a la ley²⁸.

Otro caso son las empresas que buscan evadir la legislación laboral interponiendo entre el trabajador y la empresa una figura contemplada dentro de la legislación. Es el caso de las contratistas de personal que hacen suponer una triangulación que en la realidad no existe. Tales contratistas cumplen simplemente el papel de intermediarios al suministrar el personal y cancelarle sus salarios, pero ese personal trabaja de manera permanente bajo las órdenes de la empresa usuaria y haciendo las mismas tareas que los trabajadores regulares. Para Iranzo y Richter (2005), son intermediarios

²⁷ *Flexibilización y precarización laboral* (2006). Fundación Escuela de Gerencia Social, Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo. Recuperado en Noviembre 12, 2007, de <http://www.gerenciasocial.org.ve>

²⁸ Lo característico del fraude es que son artificios creados para evadir las responsabilidades laborales. En algunos casos, como el encubrimiento de la relación de trabajo, se trata de escaparse totalmente del manto protector (Iranzo y Richter, 2005).

de acuerdo con la legislación laboral, pero los trabajadores celebran contratos de trabajo con esas empresas, las cuales crean toda una apariencia de que son el único patrono. En la práctica, a veces el trabajador queda en una situación de desprotección pues muchas de estas contratistas tienen una vida efímera, siendo creadas por la propia empresa y modificadas constantemente para no dejar rastros.

Para Iranzo y Richter (2005), los estudios de caso tanto de Venezuela como del resto de América Latina, testifican la importante degradación de las condiciones de trabajo y la supresión de un sinnúmero de derechos conquistados como parte del desarrollo civilizatorio, que viene produciendo la subcontratación laboral. Ella ha legitimado el establecimiento de una desigualdad de trato en todos los terrenos entre individuos que pueden incluso estar haciendo tareas similares.

La mayoría de los subcontratados, frente a los trabajadores regulares: tiene remuneraciones inferiores, no tiene acceso a la calificación y el entrenamiento progresivo y a menudo ni siquiera el indispensable, carece de oportunidades de ascenso, está más expuesto a situaciones de riesgo para la salud, no goza de seguridad social ni de otros derechos mínimos, no tiene forma de tramitar sus reclamos e incluso puede tener jornadas de trabajo más largas. A todo ello hay que añadir la situación de inestabilidad y por ende la incertidumbre frente al futuro que supone la condición de trabajador temporal (Iranzo y Richter, 2005).

Se observa entonces que la cesantía sostenida, sobre todo en los trabajadores más pobres, la poca calificación o descalificación generada por

el desempleo, la brecha tecnológica que se va produciendo en los que no tienen oportunidades de capacitación y formación, genera trabajadores dispuestos a aceptar cualquier trabajo (en malas condiciones físicas, mala remuneración, sin estabilidad y sin seguridad social) que les permita sobrevivir.

Como se ha venido indicando, la subcontratación es una de las formas en que los trabajadores pueden integrarse a un empleo, pero también una forma por medio de la cual los dueños del capital hacen de su negocio algo más rentable, ahorrando costos; siendo que en muchos casos el factor trabajo se paga a un tercero, ahorrándose con esto las responsabilidades y los riesgos. Ese tercero en teoría asume los riesgos y las obligaciones que la relación laboral genera, pero en la práctica la mayoría de las veces los derechos se esfuman por la desinformación, la dificultad para ejercerlos y la deficiencia de las estructuras protectoras.

En tal virtud, si bien la legislación venezolana hace de la subcontratación laboral un negocio legítimo, al cual puede recurrir el sector empresarial para (entre otras cosas) alcanzar ventajas competitivas en el mercado, se advierte que, esa misma legislación, se ha preocupado por sancionar aquellas formas de subcontratación que persiguen un propósito de fraude laboral en perjuicio de los trabajadores de la empresa usuaria que trabajan en un régimen de subcontratación, es decir, de quienes prestan trabajo subordinado para ésta sin que se les reconozca calidad de asalariados de la misma.

A tal evento, se examinaron los niveles de legalidad y regulación con que operan en el ordenamiento jurídico venezolano, la subcontratación de mano de obra así como la subcontratación de tareas o de servicios personales; y se revisaron los criterios contenidos en las decisiones judiciales que emanan de los tribunales laborales encargados de promover y controlar el cumplimiento de la legislación laboral, y cuyo escenario primordial de acción es la empresa y las relaciones laborales que en torno a ella se establecen, reparando en el hecho de que la subcontratación laboral le plantea al juzgador grandes desafíos tanto en la interpretación de las normas como en la acción operativa.

SUBCONTRATACIÓN DE MANO DE OBRA

La Ley Orgánica del Trabajo (LOT) emplea indistintamente los términos *patrono o empleador* para definir a “la persona natural o jurídica que en nombre propio, ya sea por cuenta propia o ajena, tiene a su cargo una empresa, establecimiento, explotación o faena, de cualquier naturaleza o importancia, que ocupe trabajadores, sea cual fuere su número (...)” (Art. 49 LOT)²⁹

El señalamiento de la persona del patrono persigue un objetivo categórico, que no es otro que mostrar con claridad, la persona natural o jurídica responsable de las cargas y obligaciones que tal condición entraña. El logro del indicado objetivo implica, pues, la necesidad de distinguir sin equívoco entre todas las personas que, en el seno de la empresa, ejercen simultáneamente facultades de dirección y de mando sobre el trabajador; y, también, entre quienes contratan empleados y obreros para la ejecución de obras y servicios, y las personas beneficiarias de éstos. Ante el trabajador aparecen, con frecuencia imprecisas y de indefinidos contornos, las figuras del patrono; de sus representantes; del intermediario y del contratista (Alfonzo-Guzmán, 2006).

²⁹ República de Venezuela, *Ley Orgánica del Trabajo*. Gaceta Oficial N° 5.152 Extraordinario del 19 de junio de 1997.

La frase *por cuenta propia* alude, primeramente, a la persona que explota la empresa en su condición de propietario de la misma. Así mismo, la expresión *o por cuenta ajena*, usada seguidamente por nuestro legislador, resulta jurídicamente inaplicable, y su inclusión sólo se explica por el error de concepto de pretender atribuir por medio de ella cualidad de patrono a todo aquel que, sin poseer el título de propietario, explota, mediante contrato con éste, una empresa en donde trabajan obreros o empleados. A tal evento, puede señalarse, que las personas naturales o jurídicas que se encarguen de una empresa o faena, para explotarla en su propio beneficio y bajo su propio riesgo, en razón de contrato expreso o tácito con el titular de la propiedad de la misma, no obran por cuenta ajena, sino por cuenta propia (Alfonzo-Guzmán, 2006).

Para Bronstein (1999), un requisito indispensable para que el empleador sea reconocido como tal es que entre la persona que presta el servicio y quien lo recibe y lo remunera debe existir un contrato de trabajo³⁰, el que puede ser expreso o tácito, oral o escrito. En efecto, el patrono aparece corrientemente identificado por la exigencia y el cumplimiento de sus más notables derechos y obligaciones. Se identifica con la persona física que contrata a los trabajadores, organiza y fiscaliza el trabajo diario, ejerce el poder de mando y de disciplina que le confiere la subordinación; facilita la materia prima, las herramientas, el local y, en general, lo necesario para que el empleado u obrero preste el servicio convenido; finalmente, el patrono luce dibujado como la persona que recibe y dispone del trabajo ejecutado, asumiendo el riesgo de la empresa (Alfonzo-Guzmán, 2006).

³⁰

El contrato de trabajo es aquel mediante el cual una persona se obliga a prestar servicios a otra bajo su dependencia y mediante una remuneración. El Contrato de Trabajo se hará preferentemente por escrito, sin perjuicio de que pueda probarse su existencia en caso de celebrarse en forma oral (Artículos 67 y 70 LOT).

En esta línea de ideas, y como se ha expuesto precedentemente, lo que caracteriza al trabajo en régimen de subcontratación consiste precisamente en que el trabajador ejecuta un trabajo subordinado en beneficio de una empresa usuaria, con la cual no tiene un contrato de trabajo.

En efecto, la relación de trabajo concierne normalmente a dos personas: el empleador y el trabajador. Sin embargo, en situaciones más complejas intervienen terceros actores y surge lo que podría llamarse una relación triangular, en el marco de las cuales el trabajador realiza un trabajo o presta un servicio en beneficio de un tercero denominado usuario, que no es su empleador. En estos casos, la OIT precisa que se les debe inspeccionar para evitar que puedan derivar en desprotección de los trabajadores contratados. Aquí se trata de determinar quién es el verdadero empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién responde por ellos. Por consiguiente, es necesario que la ley y la jurisprudencia señalen cuáles son los requisitos que se exigen a esta clase de empresas o agencias de servicios temporales para que sean consideradas como tales y no como simples intermediarias³¹.

Una relación triangular presupone, por lo general, la existencia de un contrato civil o comercial entre el proveedor o suministrador y el usuario. Sin embargo, es posible que no haya tal contrato y que el suministrador no sea una empresa propiamente dicha, sino un intermediario del usuario que está encubriendo la identidad del verdadero empleador. De allí que se afirme que los casos de relación triangular pueden comprender, por supuesto,

³¹ OIT, 2003. *Resolución relativa a la relación de trabajo* adoptada en la 91^a Conferencia General.

situaciones de encubrimiento o de ambigüedad objetiva. Una relación de trabajo encubierta puede servir para ocultar la identidad del empleador, cuando la persona designada como tal en realidad es un intermediario que libera al empleador de aparecer como parte en la relación de trabajo y, de esta manera, de la responsabilidad que debiera asumir ante su personal³².

De ahí que si bien la subcontratación es en sí misma un negocio legítimo, la legislación laboral se ha preocupado por sancionar aquellas formas de subcontratación que persiguen un propósito de fraude laboral en perjuicio de los trabajadores de la empresa usuaria que trabajan en un régimen de subcontratación, es decir, de quienes prestan trabajo subordinado para ésta sin que se les reconozca calidad de asalariados de la misma³³. En el caso de las relaciones triangulares, la primera regla importante es la que tiene por objeto distinguir aquéllas personas que son contratistas de los meros intermediarios de mano de obra (Bronstein, 1999).

Regulación de la ley laboral venezolana

Intermediarios

El intermediario y el contratista están entre las figuras fundacionales del Derecho del Trabajo en América Latina³⁴. Las primeras regulaciones se

³² Ibidem.

³³ La categoría trabajadores en régimen de subcontratación, abarca a los trabajadores comprendidos en las llamadas relaciones de trabajo triangulares, así como a los trabajadores que trabajan o prestan servicios a otras personas dentro del marco jurídico de un contrato civil o comercial, aunque en realidad son parte del personal dependiente o integrado a la empresa para la que trabajan o aportan su servicio. Véase Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª. Reunión, Ginebra, 2003: Informe V: El ámbito de la relación de trabajo.

³⁴ El Derecho del Trabajo constituye la respuesta de la sociedad a una situación de desigualdad en la relación jurídica que se establece entre quien presta un servicio o ejecuta

refieren a la colocación de trabajadores que constituye una especie de intermediación. Posteriormente, se regula la intermediación clásica, es decir, quien contrata en nombre propio para beneficio de otro. Luego aparece la noción del contratista, cuyo elemento nuclear ha sido, desde entonces, la persona natural o jurídica que celebra contratos con otra persona natural o jurídica –denominada comitente o beneficiario- para ejecutar trabajos a favor de ella, pero con elementos propios (Iranzo y Richter, 2005).

Las necesidades de las nuevas formas de producción, la desigualdad en el desarrollo económico en las diversas ramas económicas, los múltiples problemas de protección social existentes y las protestas de las organizaciones obreras, fueron factores determinantes para el desarrollo de las primeras regulaciones laborales en América Latina, en los primeros veinte años del siglo XX. Mucha de esa legislación se inspiró en la legislación europea y en los convenios internacionales del trabajo promulgados por la OIT (Iranzo y Richter, 2005).

Uno de los problemas que abordaron las primeras legislaciones laborales fue la colocación de trabajadores, una forma de intermediación surgida a raíz del impulso de los movimientos migratorios de una región a otra para cubrir las necesidades de fuerza de trabajo por parte de las economías de enclave³⁵. La crisis de los años treinta hizo que muchos

un trabajo (el trabajador) y quien se beneficia de ello (el empleador). Véase Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª. Reunión, Ginebra, 2003: Informe V: El ámbito de la relación de trabajo.

³⁵ La noción de enclave económico viene de la teoría de la dependencia que lo define como “ (...) un proceso de producción desigual instalado por iniciativa del capital internacional a objeto de explotar productos primarios, especialmente en áreas mineras de hidrocarburos y de plantaciones, estando el funcionamiento de estos centros de producción en relación con las necesidades de las economías centrales, desde donde emanaban las más importantes decisiones en cuanto a su funcionamiento. Estos centros podían

patronos utilizaran intermediarios como mecanismo para adaptarse a los ciclos económicos, lo que les evitaba las responsabilidades laborales, al traspasar a un tercero el pago de los salarios de los trabajadores contratados. En repetidas ocasiones, los intermediarios no efectuaban esos pagos de manera completa y, cuando los trabajadores les hacían el reclamo, aducían su condición de no patrono (Iranzo y Richter, 2005).

Este hecho llevó a que la legislación laboral les estableciera responsabilidades laborales frente a esos trabajadores, que contrataban en nombre propio, pero que colocaban en diferentes haciendas o construcciones. La explotación a la que sometían a la mano de obra contratada por esta vía hizo que se reforzaran las protecciones legales, llegando incluso a considerar al intermediario como una especie de segundo patrono, pues muchas veces el trabajador desconocía quién lo era realmente (Iranzo y Richter, 2005).

El artículo 54 LOT ofrece la siguiente noción de intermediario:

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

El intermediario será responsable de las obligaciones que a favor de esos trabajadores se derivan de la Ley y de los contratos; y el beneficiario responderá además, solidariamente con el intermediario, cuando le hubiere

considerarse como una prolongación directa de las economías de los países propietarios del capital, primero por el control de las decisiones relacionadas con inversiones y segundo por la transferencia de ganancias” En el caso de Venezuela la instalación del enclave petrolero se produce hacia la década de los treinta (Lucena, 1982; cp. Iranzo y Richter, 2005).

*autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada*³⁶. Los trabajadores contratados por intermediarios disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario.

La persona descrita en el artículo 54 LOT es, sin duda, el *patrono o empleador* identificado en el artículo 49 antes citado, ya que en nombre propio y por cuenta propia o ajena tiene a su cargo una empresa, establecimiento, explotación o faena, que ocupa trabajadores. Sin embargo, el intermediario que tradicionalmente ha merecido la atención del Derecho del Trabajo se caracteriza, precisamente, *por no ser más que una apariencia de patrono*; porque negocia directamente con los trabajadores, los contrata y, con frecuencia, los transporta a los lugares de trabajo donde son recibidos, organizados y equipados para la ejecución de sus respectivas labores (Alfonzo-Guzmán, 2006).

El intermediario contemplado en el artículo 3° de la Ley del Trabajo sancionada el dieciséis (16) de julio de 1936 y en casi toda la legislación laboral americana, *luce* ante los trabajadores *como si fuera el patrono*, porque en todos esos aspectos *obra como él*. Históricamente, según la Exposición de Motivos de nuestra Ley de 1936, la figura tipo del intermediario, delineada en el artículo 3° de ese ordenamiento, fue tomada de las personas encargadas por los dueños de haciendas de café y de

³⁶ Aún cuando el legislador no señala el alcance de la locución *expresamente*, ha de entenderse que alude al mandato otorgado con las formalidades exigidas por el derecho común. En este sentido existe autorización expresa en los casos de simple carta poder y, aun más en aquellos de autorización verbal. La autorización tácita se configura cuando el patrono recibe la obra ejecutada por los servicios de las personas contratadas por el intermediario (Alfonzo-Guzmán, 1985).

cacao, de buscar en los pueblos vecinos braceros para la cosecha (Alfonzo-Guzmán, 2006).

El aludido artículo 3° de la Ley del Trabajo, establecía lo siguiente: “Intermediario es toda persona que contrate los servicios de otra para ejecutar algún trabajo en beneficio de un patrono, quien quedará obligado por la gestión de aquél, siempre que le hubiere autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada”.

El viejo intermediario (o sea, al que se refiere la doctrina y la mayoría de las leyes suramericanas), es un mandatario con representación del patrono, a quien transmite los efectos del contrato que, *en su nombre*, celebra con los trabajadores. El patrono, que es quien dirige, organiza, controla y utiliza el trabajo de los empleados u obreros contratados por el intermediario, es el beneficiario de la labor ejecutada. Como puede notarse, el verdadero intermediario contrata, pero carece del poder jurídico para intervenir en la relación de trabajo que su gestión origina y, mucho menos, para modificarla, prorrogarla o extinguirla. Tampoco trabaja en forma subordinada y conjunta con los trabajadores por él contratados, ya que, en tal caso, él mismo devendría trabajador (Alfonzo-Guzmán, 2006).

A pesar de que la LOT pretende suprimir esa figura de su articulado, negándola como posibilidad legal, en su acepción histórica sigue existiendo como posibilidad real, irresuelta por la nueva ley: obsérvese que a pesar de definir al intermediario como una persona que *en nombre propio* utiliza servicios de trabajadores (artículo 54 LOT), esta misma regla legal concibe la posibilidad de que dicho intermediario pueda actuar *en nombre ajeno*, o sea,

cuando ha sido autorizado por el beneficiario de la obra de un modo expreso o tácito, si la recibiere ejecutada (Alfonzo-Guzmán, 2006).

Según la doctrina y la generalidad de las leyes laborales, el intermediario puede ser definido como la persona, que autorizada expresamente o tácitamente por otra, en cuyo nombre actúa, contrata trabajadores para que ejecuten en beneficio y bajo la dependencia directa de ésta, obras o servicios. Hasta la Ley de 1990, nuestras leyes del trabajo acogían la indicada noción doctrinal. El único caso posible en que el intermediario no actuaba como mandatario del patrono, sino en nombre propio, se encontraba en las situaciones en que obraba como un gestor de negocios ajenos, al contratar trabajadores sin una previa autorización. Pero, en tales casos, al recibir el beneficiario de la gestión las obras o servicios, esa gestión se transformaba en un mandato y el gestor en mandatario (Alfonzo-Guzmán, 2006).

A juicio de Alfonzo-Guzmán (2006), al ser definido el intermediario – por la nueva LOT - como la persona que *en nombre propio y en beneficio*³⁷ *de otro utiliza los servicios de uno o más trabajadores*, el legislador hace inútil la disposición en sí misma, pues es obvio que esas personas que contratan en nombre propio, y en beneficio de otra utilizan los servicios de empleados y obreros, al par que son capaces de tener a su cargo, con permanencia y estabilidad, la explotación o faena (ver artículo 49 LOT), son, a todas luces, patronos (Alfonzo-Guzmán, 2006).

³⁷ La expresión legal *en beneficio* significa *en provecho, en interés o utilidad* del patrono, titular del derecho a la obra o al resultado del servicio ejecutado por el trabajador (Alfonzo-Guzmán, 1985).

Para Jaime (2001), la necesidad de encontrar e identificar en todo caso a un responsable de los derechos de los trabajadores, es lo que llevó al legislador a establecer una figura afín a la de patrono o empleador, como es la del intermediario. Para el autor, es posible identificar -de la definición que establece el legislador en el artículo 54 de la ley sustantiva laboral- los elementos que configuran al intermediario:

- a) Es una persona que actúa en nombre propio y en beneficio de otros. Si bien el resultado de la labor que va a realizar aprovecha a otro, no obstante, es el intermediario quien aparece ante los trabajadores como el verdadero patrono y, por tanto, como el responsable de las obligaciones laborales. Muchas veces los trabajadores ni se enteran de la identidad de aquél que en definitiva va a obtener el provecho de la labor que ellos realizan.
- b) El intermediario actúa mediante autorización expresa o tácita del beneficiario de la obra. La ley presume que la autorización se ha dado cuando el beneficiario recibe la obra ejecutada con los trabajadores empleados por el intermediario. En opinión de Alfonzo-Guzmán (2006), queda en sombra la respuesta acerca de si la autorización expresa o tácita al intermediario, indispensable para que el beneficiario responda solidariamente, no implica un mandato, y por tanto, que el intermediario deja de actuar en nombre propio como presupone la definición de la nueva figura.
- c) El intermediario realiza la obra sin tener la gestión de la misma, sin asumir los riesgos propios de un empresario (contratista) y con los elementos que le proporciona el beneficiario. Este tercer carácter se deduce de la

definición que la propia ley nos da de contratista en el artículo 55 LOT. De acuerdo con ella, el contratista ejecuta la obra que se le contrata con sus propios elementos.

En sus inicios la intermediación fue vista con mucho recelo por el Derecho del Trabajo, y las agencias privadas de colocación de trabajadores fueron combatidas; la tendencia legislativa fue hacia su eliminación y así lo declaran expresamente varias leyes. La legislación, en primer lugar, pretendía evitar el fraude de los derechos de los trabajadores mediante el uso de *hombre de pajas*³⁸ o como se quisiese denominarlos. De ahí que todas las legislaciones son enfáticas en establecer el carácter de empleador de quien recibe el servicio (Iranzo y Richter, 2005).

Una segunda finalidad de la regulación era restringir al máximo el lucro con el tráfico de trabajadores. Es claro que las agencias de colocación lucrativas eran combatidas, no sólo por los perjuicios que se les había causado a los trabajadores, sino también por asumir que las transacciones en torno a la persona eran contrarias a la dignidad del ser humano, y por tanto carecía de fundamento ético; poner en contacto oferta y demanda de trabajo se consideraba parte de las políticas públicas que debían desarrollar los Estados para impulsar el desarrollo de una región y disminuir el desempleo. Por último, se pretendía evitar que la insolvencia de los intermediarios que actuaban en nombre propio, pero sin intención de fraude, afectase los derechos de los trabajadores (Iranzo y Richter, 2005).

³⁸ Término de uso argentino utilizado para referirse al uso de una persona natural para la intermediación (Iranzo y Richter, 2005).

Posteriormente, se establecieron responsabilidades subsidiarias o solidarias del intermediario, ya que muchas veces éste actuaba en los hechos como el patrono y el contacto del trabajador era con él. De ahí que si el trabajador demandaba al intermediario, la legislación trataba de evitar que éste se desentendiese de sus responsabilidades aduciendo su carácter como tal, pues, en esos casos, el trabajador hubiese tenido que iniciar la búsqueda de su verdadero patrono, con los riesgos de la prescripción³⁹ y de los costos que implican dos procesos judiciales (Iranzo y Richter, 2005).

Para Iranzo y Richter (2005), el comitente o beneficiario puede tener dos tipos de responsabilidades distintas respecto a los trabajadores del intermediario o del contratista: responsabilidad solidaria o responsabilidad subsidiaria, lo que depende de la legislación de cada país. Cuando existe la responsabilidad solidaria, el trabajador del intermediario o del contratista puede, en caso de incumplimiento de cualquier obligación laboral por parte de éstos, reclamar directamente al beneficiario de la obra, el cual no puede alegar su condición de no patrono para exonerarse de pagar. En cambio, en los casos de responsabilidad subsidiaria, la obligación de este último sólo opera una vez que se ha demostrado la insolvencia de los entes que ha subcontratado. En Venezuela, en particular, la responsabilidad solidaria supone también que los trabajadores subcontratados gozan de todos los derechos contemplados en la convención colectiva de la empresa contratante.

³⁹ De acuerdo al artículo 61 LOT, todas las acciones provenientes de la relación de trabajo prescribirán al cumplirse un (1) año contado desde la terminación de la prestación de los servicios.

La responsabilidad solidaria fue establecida por las legislaciones que poseen una regulación con alta protección; como es el caso de la legislación venezolana que contempla este tipo de responsabilidad tal como se desprende de los artículos 54, 55 y 56 LOT, referidos a las figuras del intermediario y del contratista, respectivamente.

La ley nacional no se limita a establecer la solidaridad del intermediario y el beneficiario de la obra. Establece además, una igualdad de condiciones y beneficios de los trabajadores contratados por el intermediario, con aquéllos que lo fueron directamente por el beneficiario. En efecto, el artículo 54, en su última parte, acoge el criterio de Rafael Caldera, cuando señala: “Los trabajadores contratados por intermediario disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario” (Jaime, 2001).

Vale mencionar la adición que al concepto de patrono hace el legislador, en el único aparte del artículo 49 LOT, sobre intermediario, cuando señala: “Se entiende por patrono o empleador la persona natural o jurídica que en nombre propio, ya sea por cuenta propia o ajena, tiene a su cargo una empresa, establecimiento, explotación o faena, de cualquier naturaleza o importancia, que ocupe trabajadores, sea cual fuere su número. Cuando la explotación se efectúe mediante intermediario, tanto éste como la persona que se beneficia de esa explotación se considerarán patronos”.

Para Alfonzo-Guzmán (2006), aparte de que resulta inútil la mención de la frase *en nombre propio* –ya que no hay personas que actúen en

nombre ajeno y sean, sin embargo, patronos-, el último párrafo hace incomprensible el artículo en su conjunto, puesto que no puede entenderse que la explotación de la empresa o faena llegue a efectuarse mediante intermediario (en la acepción que le atribuye a esta voz el artículo 54 LOT, o sea, de persona que obra en nombre propio), sin que la persona natural o jurídica que actúa como patrono deje de tener a su cargo la mencionada explotación o faena, y pierda, por tanto, la mencionada cualidad. En otras palabras, la vinculación extralaboral entre el patrono y el intermediario, por cuyo efecto el primero se desliga de la explotación de la empresa, para que el segundo la tome a su cargo *en nombre propio*, implica para el cedente la pérdida de la condición de patrono, puesto que en tal supuesto dejaría de tener a cargo la empresa.

Durante mucho tiempo en la doctrina venezolana se mantuvo la polémica acerca de la verdadera naturaleza del intermediario, de si éste era o no patrono y de la existencia de dos patronos, cuando se daba la intermediación. Al respecto, Alfonzo-Guzmán (2006), observa –de una lectura de la ley sustantiva laboral- que el beneficiario de la obra o del servicio es, según la primera parte del artículo 54 LOT, un deudor solidario con el intermediario en el cumplimiento de las obligaciones de éste para con sus trabajadores. Mas, en el párrafo final, la condición de dicho deudor solidario se trueca, inexplicablemente, en patrono, con todos los supuestos atributos de tal condición. De esta manera, podría pensarse que el trabajador posee dos patronos, y dos posibilidades de órdenes simultáneas y obligatorias, por estar sujeto a una doble subordinación. Tal sujeción, abre el campo a inadmisibles contradicciones entre los dos patronos y, por ende, a una indeterminación de las obligaciones propias del trabajador.

No obstante, la Ley Orgánica precisa esta cuestión; frente a los trabajadores el intermediario aparece como un patrono y así lo considera la ley. De hecho, para Alfonzo-Guzmán (1985), el intermediario queda obligado para con los trabajadores y asume la condición de patrono al actuar en nombre propio. Luego, el legislador para proteger los derechos de los trabajadores por él contratados, hace solidariamente responsable tanto al intermediario como al beneficiario de la obra de las obligaciones que surgen de la relación de trabajo a favor de los trabajadores (Jaime, 2001).

Contratistas

Los contratistas, al igual que los intermediarios, aparecen también profundamente ligados a las economías de enclave minero y agroindustrial. Son justamente las compañías mineras y petroleras las que utilizan extensamente estas figuras. En la construcción también son usadas con cierta profundidad. La insolvencia de los contratistas, las condiciones de trabajo precarias y, sobre todo, el hecho de que quien se beneficiaba de ese trabajo contaba con suficientes recursos como para hacer frente a las obligaciones laborales, terminaron por consolidar la opinión de que no se podía permitir que el dueño de la obra eludiese las responsabilidades en torno a un trabajo que usufructuaba directamente (Iranzo y Richter, 2005).

Un estudio sobre la Ley del Trabajo venezolana de 1936, reporta que la aplicación de las medidas protectoras de carácter individual fue resistida por las transnacionales petroleras, las cuales utilizaron todas las herramientas jurídicas disponibles para atemperar los efectos de las disposiciones protectoras. Los sindicatos del sector tenían pocas

probabilidades de hacer valer estas disposiciones, sobre todo después de la derrota que sufrieron con la huelga petrolera de 1936, pues el gobierno inició una ofensiva a fondo en contra de las organizaciones sindicales (Iranzo y Richter, 2005).

En Venezuela esta situación se agravaba, pues la Oficina Nacional del Trabajo padecía de insuficiencias presupuestarias y de personal para velar por el cumplimiento de la recién promulgada Ley del Trabajo; de hecho la aceptación de la normativa laboral fue lenta y fue recibida por los empleadores como extemporánea o exótica, en virtud de lo cual muchos proponían reformas legales para evitar las prácticas patronales destinadas a eludir o disminuir los efectos de la protección laboral e insistían en la necesidad de reforzar los servicios de inspección y fiscalización (Iranzo y Richter, 2005).

Actualmente, el artículo 55 LOT, expresa quiénes son considerados contratistas cuando dispone:

No se considerará intermediario, y en consecuencia no comprometerá la responsabilidad laboral del beneficiario de la obra, el contratista, es decir, la persona natural o jurídica que mediante contrato se encargue de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos.

No será aplicable esta disposición al contratista cuya actividad sea inherente o conexas con la del beneficiario de la obra o servicio.

Las obras o servicios ejecutados por contratistas para empresas mineras y de hidrocarburos se presumirán inherentes o conexas con la actividad del patrono beneficiario.

La figura del contratista fue incluida en la ley venezolana en atención a su reiterado empleo en la industria petrolera del país, en particular en el ramo de los servicios técnicos: investigaciones sismográficas, cementación de pozos, medición de la resistencia del subsuelo, construcción de oleoductos, carreteras y otros servicios que requieren equipo y personal especializado (Alfonzo-Guzmán, 2006).

Como se puede observar, la figura del contratista es diferente a la del intermediario. Habíamos comentado que intermediario es aquel que contrata en nombre propio, en beneficio de otro patrono y no realiza el trabajo con sus propios recursos, mientras que el contratista, tiene sus características propias que lo diferencian del intermediario. Así lo expone Brito (2004):

- 1.- La obra es contratada en beneficio ajeno, pero por un precio total determinado.
- 2.- El contratista actúa con sus propios medios y asumiendo la totalidad de los riesgos.
- 3.- El contratista posee autonomía en la ejecución del trabajo, en el aspecto técnico y de dirección.

Entendemos entonces al Contratista como la persona natural o jurídica que mediante contrato se encarga de ejecutar obras o servicios con sus propios elementos. Por su parte, de la definición del artículo 55 LOT, Jaime (2001), deduce los tres elementos que conforman la figura del contratista:

- 1.- El contratista actúa en nombre propio, por cuenta propia, y así, él contrata los trabajadores con los que va a realizar la obra.

2.- La obra ejecutada o los servicios van a beneficiar a aquél que los contrató, o sea, son para otro, como en el caso del intermediario. En este punto, la diferencia estriba en que éste actúa mediante una autorización, expresa o tácita, en cambio el contratista lo hace con base en un contrato de obra o de servicios.

3.- El contratista actúa con sus propios elementos y a su propio riesgo.

Señala el citado autor, que bueno es recordar en este punto la definición de contrato de obra que nos proporciona el artículo 1.630 del Código Civil⁴⁰: “Es aquel mediante el cual una parte se compromete a ejecutar determinado trabajo por sí o bajo su dirección, mediante un precio que la otra se obliga a satisfacerle.” La definición destaca el hecho de que la gestión de la obra o trabajo se encuentra en manos del contratista. Es pues el hecho de que el contratista tenga a su cargo la gestión de la obra, más que el hecho de que la misma sea ejecutada con elementos propios, lo que de acuerdo al Código Civil, viene a configurar el contrato de obra.

Al referirse al contratista, Alfonzo-Guzmán (1985), señala lo siguiente: las frases *en beneficio de un patrono y por cuenta propia o ajena*, tienen diferentes connotaciones, la primera alude al trabajo en sí mismo, a su resultado objetivo, a la obra que ha sido construida o realizada por los trabajadores; la segunda, se refiere más bien a la responsabilidad económica del negocio, a la titularidad del lucro o de la pérdida de la empresa. En tal sentido, el contratista, aunque trabaja en beneficio ajeno –pues la obra o el servicio no son para sí mismo–, lo hace por cuenta propia, como dueño o

⁴⁰ República de Venezuela. *Código Civil*. Gaceta Oficial N° 2.990 extraordinario del 26 de julio de 1982.

poseedor de la explotación de la empresa, expuesto a la contingencia económica del éxito o del fracaso de la misma.

En Venezuela, la Ley del Trabajo de 1936 señalaba que: “(...) No serán considerados como intermediarios, sino como patronos, las personas naturales o jurídicas que mediante contrato se encarguen de trabajos que ejecuten con sus propios elementos.”

El uso indiscriminado y casi ilegal de la figura del contratista, con la clara intención de eludir responsabilidades laborales, llevó a que el reglamento de la ley de 1939 señalase que la frase *elementos propios* no se refería a los simples útiles o herramientas de trabajo. Como ello no fue suficiente para frenar los abusos, en 1945 se estableció la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra en los casos de conexidad o inherencia⁴¹. La responsabilidad del beneficiario adquirió rango constitucional en 1947 (Iranzo y Richter, 2005).

En efecto, la solidaridad entre el beneficiario y el contratista, se incluyó durante la reforma del cuatro (04) de mayo de 1945, al señalarse en su artículo 3º: “(...) Quienes utilicen los servicios de estas personas naturales o jurídicas se harán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones que impone esta ley, siempre que la obra contratada sea inherente o conexas con la actividad a que se dedica la persona a quien se presta el servicio”.

⁴¹ El Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973 señaló que: “Se entiende por *inherente* la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a la que se dedica la contratante; y, por *conexas*, la que está en íntima relación y se produce con ocasión de ella.” (artículo 5) (Iranzo y Richter, 2005).

La incorporación de la solidaridad legal entre contratantes y contratistas obedeció a la imperante necesidad de remediar el riesgo de insolvencia de estas personas, naturales o jurídicas, en el cumplimiento de las obligaciones que la ley atribuye a la condición de patrono. Ante la reiterada evasión de las responsabilidades legales mediante el recurso jurídico de delegar en tercero, económicamente incapaz, el contenido obligacional del contrato de trabajo, sobrevino la solidaridad. Desde 1936 hasta 1945, los contratistas eran los únicos legalmente vinculados a sus empleados y obreros, pues quienes utilizaban los servicios de aquéllos quedaban al margen de cualquier reclamación (Alfonzo-Guzmán, 1985).

Para Iranzo y Richter (2005), la responsabilidad solidaria permite una protección mayor al trabajador por varias razones. En primer lugar, éste puede actuar directamente contra el beneficiario del servicio o la obra, lo que hace que los contratantes sean más cuidadosos a la hora de seleccionar a sus contratistas y que les exijan una serie de garantías laborales. En segundo lugar, la posibilidad de insolvencia de los contratantes es menor, pues normalmente son empresas grandes, lo que redundaría en una mayor seguridad en el cobro de las acreencias de los trabajadores. En tercer lugar, disminuye la ocurrencia del problema, pues los contratistas se cuidan de cumplir con sus obligaciones laborales ya que demandas directas contra la contratante significarían la finalización de la relación comercial con ésta y probablemente tendrían que indemnizarla.

Sin embargo, en los años cincuenta, informes realizados por comisiones oficiales reportaban problemas de incumplimiento por parte de contratistas de la industria petrolera, lo que llevó al gobierno a tomar varias medidas al respecto, tratando de garantizar el cumplimiento de la ley. Así,

por decreto promulgado en abril de 1951, se trató de reforzar la responsabilidad solidaria de las empresas de hidrocarburos que utilizaran contratista, estableciéndose que las compañías eran responsables no sólo del cumplimiento de las obligaciones que se derivasen de la ley, sino también por el mantenimiento de todos los beneficios que disfrutaban sus propios trabajadores (Iranzo y Richter, 2005).

Ello parece que no fue suficiente, pues en el Acta sobre Igualdad de las Condiciones de Trabajo en la Industria del Petróleo del veinticinco (25) de julio de 1952, las empresas de hidrocarburos se obligaron a exigir a sus contratistas solvencia económica y a velar porque cumplieran todas las normas legales y contractuales; en efecto *“para contribuir de una manera eficaz al mantenimiento de la paz industrial, en cumplimiento de las disposiciones legales concernientes al trabajo”*, se obligaron a exigir de sus contratistas solvencia económica; a revisar periódicamente los pagos hechos por éstos a sus trabajadores; a velar porque los contratistas suministraran adecuadamente la obligación de transporte, a cuidar del cumplimiento del pago del salario mínimo acordado a sus trabajadores, según el decreto 114, del nueve (09) de abril de 1951, establecedor de las condiciones de trabajo temporales sobre la industria petrolera; a velar por el cumplimiento de las medidas sobre higiene y seguridad industrial y asistencia médica; y, en general, *“cada empresa petrolera velará porque sus contratistas cumplan todas las previsiones legales y contractuales en vigor”* (Alfonzo-Guzmán, 1985).

En la modificación de la ley acaecida el tres (03) de noviembre de 1947, se incorporó un párrafo que reza: “(...) Los trabajadores que presten servicios a contratistas que ejecutan obras de las ya señaladas en el aparte

anterior para empresas de hidrocarburos o mineras y de construcción, tendrán derecho a disfrutar de las mismas condiciones de trabajo y beneficios que corresponden a los otros trabajadores de esas empresas. El Ejecutivo Nacional, por Resoluciones Especiales, podrá declarar aplicable esta disposición a empresas de otra naturaleza.”

Esta solución vino a completar la creada en 1945 por la solidaridad de las obligaciones, pues estableció el principio de la igualdad jurídica y económica entre los trabajadores del contratista y los de quien lo utiliza en obras de naturaleza inherente o conexas con su propia actividad. El verdadero problema está en la coexistencia de unas condiciones relativamente favorables que las compañías conceden a sus trabajadores, y de otras condiciones, con frecuencia muy inferiores para los trabajadores ocupados por contratistas (Alfonzo-Guzmán, 1985).

De acuerdo a nuestra legislación actual, en principio el contratista es quien responde frente a los trabajadores por él contratados. El beneficiario permanece ajeno a esa relación que se da entre el contratista y sus trabajadores. No obstante lo anterior, puede el beneficiario de una obra resultar solidariamente responsable, junto con el contratista, por las obligaciones asumidas por éste ante los trabajadores que él directamente contrató. Esta responsabilidad solidaria surge, de acuerdo al artículo 55 LOT, cuando la obra ejecutada por el contratista sea inherente o conexas con la actividad desarrollada por el beneficiario de la obra (Jaime, 2001).

Esa responsabilidad solidaria del contratante en el cumplimiento de las obligaciones del contratista viene a ser un valioso freno contra el abuso

en el empleo de estas personas pero, como puede observarse, el propio texto legal fija una limitación a la regla de la solidaridad por ella consagrada, al condicionarla al hecho de que la obra contratada “sea inherente o conexas con la actividad a que se dedica la persona a quien se presta el servicio” (Alfonzo-Guzmán, 1985).

La razón de ser de esta disposición la encontramos en dos circunstancias: a) en la necesidad de evitar que se vean burlados los derechos de los trabajadores, ante la posibilidad de que algunos patronos creen empresas para ejecutar una obra, y de esa manera procurar no comprometer el patrimonio de la empresa principal ante posibles reclamaciones de los trabajadores; y, b) en la necesidad de hacer recaer la responsabilidad frente a los trabajadores, sobre aquél que en definitiva va a obtener el lucro, el beneficio de la actividad considerada en su conjunto (Jaime, 2001).

Para descubrir el exacto sentido de las expresiones inherencia y conexidad es preciso atender a la vinculación que puede existir entre el objeto jurídico de la actividad del contratante y el objeto jurídico de la actividad del contratista, más que a la relación aparente entre las obras o servicios aisladamente considerados. En tal sentido, Alfonzo-Guzmán (2006), sostiene que *inherente* es lo que está unido inseparablemente, por su naturaleza, a otra cosa. La solidaridad existirá, pues, siempre que la obra o el servicio concertado sean de idéntica naturaleza o inseparables de los que desarrolla el contratante, o de tal modo unidos entre sí que no puede concebirse el resultado perseguido por el contratante, sin el auxilio de la actividad del contratista. *Conexo*, es lo que está unido, ligado, sin tener idéntica esencia, ni ser elemento inseparable de otro, dentro de la misma

unidad. Así, podemos afirmar que, por regla general, lo inherente es siempre conexo; pero, inversamente, no todo lo que es conexo con algo es inherente a ello (Alfonzo-Guzmán, 1985).

Con base en lo anterior, para Jaime (2001) se entiende que las obras realizadas por el contratista son *inherentes* a la actividad desarrollada por el contratante cuando constituyen de manera permanente una fase indispensable del proceso productivo desarrollado por éste, de tal manera que sin su realización no sería posible lograr el resultado propio de su objeto económico. Por su parte, una obra a cargo del contratista, se la debe considerar *conexa* con la actividad desarrollada por el contratante, cuando la ejecución de la misma se produce como una consecuencia de la actividad del contratante, y éste requiere de la colaboración permanente del contratista.

Contiene el artículo 56 LOT, los criterios legales para determinar la inherencia o conexidad: “A los efectos de establecer la responsabilidad solidaria del dueño de la obra o beneficiario del servicio, se entiende por inherente, la obra que participa de la misma naturaleza de la actividad a que se dedica el contratante; y por conexa, la que está en relación íntima y se produce con ocasión de ella.”

En dos situaciones contempla el legislador la presunción de que la actividad que realiza el contratista, es inherente o conexa con la que realiza el beneficiario contratante: a) “Las obras o servicios ejecutados por contratistas para empresas mineras y de hidrocarburos se presumirán inherentes o conexas con la actividad del patrono beneficiario” (artículo 55

LOT); b) “Cuando un contratista realice habitualmente obras o servicios para una empresa en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirá que su actividad es inherente o conexas con la de la empresa que se beneficie con ella” (artículo 57 LOT).

Por su parte, el artículo 23 del Reglamento de la LOT, publicado en Gaceta Oficial N° 38.426 del veintiocho (28) de abril de 2006, establece:

Se entenderá que las obras o servicios ejecutados por el o la contratista son inherentes o gozan de la misma naturaleza de la actividad propia del contratante, cuando constituyan de manera permanente una fase indispensable del proceso productivo desarrollado por éste, de tal forma que sin su cumplimiento no le sería posible satisfacer su objeto.

Se entenderá que las obras o servicios ejecutados por el o la contratista son conexos con la actividad propia del contratante, cuando:

- a) Estuvieren íntimamente vinculados,
- b) Su ejecución o prestación se produzca como una consecuencia de la actividad de éste; y
- c) Revistieren carácter permanente.

Parágrafo único: Cuando un contratista realice habitualmente obras o servicios para un contratante, en un volumen que constituya su mayor fuente de lucro, se presumirán inherentes o conexos con la actividad propia de éste, salvo prueba en contrario.

De acuerdo al criterio de la jurisprudencia, para que la presunción opere debe coexistir la permanencia o continuidad del contratista en la realización de obras para el contratante, la concurrencia de trabajadores del contratista junto con los del contratante en la ejecución del trabajo y por lo

que respecta a la mayor fuente de lucro, ésta debe consistir en la percepción regular, no accidental u ocasional, de ingresos en un volumen tal que representen efectivamente el mayor monto de los ingresos globales (Jaime, 2001).

A juicio de Jaime (2001), para que se dé la presunción de inherencia o conexidad, a tenor de lo preceptuado en el artículo 57 LOT, se requeriría que se den las siguientes condiciones: a) Que la mayoría de los trabajadores y de los elementos del contratista esté dedicada a las obras o servicios contratados; b) Que la mayor parte de la jornada de trabajo de la mayoría de los trabajadores del contratista esté igualmente dedicada a dichas obras o servicios; y, c) Que la obtención habitual de la mayor parte de los recursos económicos del contratista sea consecuencia de las obras o servicios que el contratante le ha encomendado.

Para Carballo (2005), las presunciones indicadas facilitan la prueba a quien alegue la responsabilidad solidaria del beneficiario de una obra o servicio –ejecutada a través de un contratista- toda vez que, demostrado el hecho que fundamenta la presunción (fuente principal de lucro o ejecución de actividades propias del sector minero o de los hidrocarburos), el juzgador deberá inferir que el servicio o la obra ejecutada por el contratista es inherente o conexas con las actividades propias del beneficiario. Este, sin embargo, podrá desvirtuar la presunción –pues ostentan carácter *juris tantum* y, por ende, susceptibles de prueba en contrario- aportando elementos de juicio que enerven dicha vinculación, como puede ser la autonomía de la obra o servicio ejecutado respecto de las actividades que constituyen su objeto jurídico (del beneficiario), o el carácter transitorio o temporal del servicio ejecutado.

La protección del legislador para este tipo de trabajadores que presta sus servicios para contratistas, sobre todo contratistas de empresas mineras, de hidrocarburos y de la construcción, pues es precisamente en este tipo de industria, en donde más se emplea la figura del contratista con el fin de sustraer a un grupo importante de trabajadores de los beneficios de la contratación colectiva que rige a esos sectores productivos; va más allá y es que, el contratista, a quien se le ha encargado la ejecución de una obra, puede a su vez contratar parte de la ejecución de la misma a otra persona.

En estos casos de subcontratación, tal como lo afirma Jaime (2001), el artículo 56 LOT dispone que cuando la actividad realizada por el contratista sea inherente o conexas con la del beneficiario de la obra, responderá solidariamente ante los trabajadores del subcontratista, aún cuando el contratista no hubiese sido autorizado para subcontratar. En efecto: “La responsabilidad del dueño de la obra o beneficiario del servicio se extiende hasta los trabajadores utilizados por subcontratistas, aun en el caso de que el contratista no esté autorizado para subcontratar; y los trabajadores referidos gozarán de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores empleados en la obra o servicio” (Artículo 56 LOT).

La protección del legislador para los trabajadores del subcontratista no se limita a establecer la solidaridad, ya que la ley ordena que esos trabajadores deben disfrutar de los mismos beneficios y condiciones que se otorgan a los demás trabajadores empleados en la obra o el servicio. Así, por ejemplo, a los trabajadores del subcontratista, que ejecutan las mismas labores que realizan los del contratista, debe pagárseles el mismo salario. Hay quienes opinan que la norma contenida en el aparte único del artículo 56 LOT, es igualmente aplicable para el caso del contratista, por lo que los

trabajadores del contratista deberán disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que los trabajadores del beneficiario (Jaime, 2001).

Ciertamente, los trabajadores contratados por contratista o subcontratista para ejecutar la obra o servicio inherentes o conexos con la actividad desarrollada por la empresa contratante, deberán gozar de los mismos beneficios y condiciones que los que se aplican a los trabajadores directamente contratados por la empresa comitente (Hernández Álvarez y Richter, 2002; cp., Iranzo y Richter, 2005).

De acuerdo a la doctrina, la regulación de la figura del contratista y subcontratista se efectuó por razones similares a las de la intermediación. El uso de ambas figuras comenzó a presentar serios problemas de desprotección en los países donde no se reguló inicialmente la responsabilidad del beneficiario de la obra. Las razones que condujeron a plantear la necesidad de una regulación al respecto fueron básicamente tres. La primera fue que la insolvencia de muchos contratistas les impedía garantizar las acreencias y los derechos de los trabajadores bajo su cargo. La exposición de motivos de un proyecto de ley discutido en Venezuela en 1960, refleja muy bien este asunto: “ (...) Es frecuente que los contratistas sean personas insolventes, lo que trae como consecuencia que los trabajadores tengan dificultades para obtener el cobro de sus salarios” (Iranzo y Richter, 2005)⁴².

⁴² Es llamativo que en un proyecto de ley de los años sesenta se insistiera en la regulación de la responsabilidad solidaria del beneficiario de la obra, pues ésta ya se había establecido en 1945. Ello habla de las dificultades que se le presentaban al legislador laboral para lograr la efectiva protección de los trabajadores sometidos a estas formas de contratación (Iranzo y Richter, 2005).

La segunda razón que citan Iranzo y Richter (2005), derivó del uso indebido que en algunos casos hacía el comitente de las contratistas para evadir sus responsabilidades, y la tercera, de las notorias diferencias entre las condiciones de trabajo de los trabajadores de las contratistas y los de las empresas beneficiarias. Tales problemas mostraron la necesidad de contemplar la responsabilidad del beneficiario de la obra o de reforzar la ya existente. Esto queda de manifiesto en las advertencias que hacen los tratadistas de la época sobre la desprotección que podían generar las regulaciones existentes.

Rafael Caldera, al comentar el uso de los contratistas señala que: “(...) El legislador tuvo que confrontar el nuevo peligro de que las empresas más prósperas y las que mayores beneficios reconocen a sus trabajadores (las compañías petroleras, especialmente) se valieran de contratistas independientes para realizar obras y servicios, con dos inconvenientes para el trabajador: el de que el contratista en un momento dado resultara insolvente para atender a sus compromisos, y sobre todo, el de que como dependiente del contratista, el trabajador recibiera menores ventajas de las que recibiría prestando servicios directos a la empresa beneficiaria del servicio o dueña de la obra” (Caldera, 1960; cp. Iranzo y Richter, 2005).

En opinión de algunos actores del sistema de relaciones de trabajo, la legislación no debía extender ilimitadamente la responsabilidad del beneficiario, ya que los empresarios tenían derecho a contratar con terceros la ejecución de una obra y tal extensión tornaría inestables e inseguras las relaciones comerciales. De hecho, el uso de los contratos por obra para encargar la ejecución de determinados servicios o trabajos fue visto por el Derecho del Trabajo como una opción lícita de cualquier empresario por ser

parte de sus potestades como propietario; este tipo de contratos entra ya en el terreno de los negocios y su regulación se deja al Derecho Civil o Comercial (Iranzo y Richter, 2005).

Sin embargo, sostienen las citadas autoras que la ley no debería generalizar y convendría tomar precauciones para evitar la elusión de responsabilidades por parte de algunos patronos. En esta opinión se refleja la tensión entre libertad para organizar los negocios y protección de los trabajadores, la cual ha atravesado siempre la discusión sobre la determinación de responsabilidades laborales del beneficiario de la obra o servicio.

Así, la existencia de fuertes razones que sustentaban la necesidad de una mayor protección privaron sobre las consideraciones acerca de la libertad comercial y, desde los años cuarenta, puede verse en la mayoría de las legislaciones el establecimiento de algún tipo de responsabilidad del beneficiario de la obra o servicio, que puede ser solidaria o subsidiaria, como se explicó precedentemente. En efecto, en la legislación laboral, la condición de patrono la posee en principio el contratista pero dado que hay otro agente que se beneficia del trabajo ejecutado por los trabajadores de éste, se contemplaron ciertas responsabilidades laborales por parte de ese beneficiario.

Casos de relaciones triangulares en Venezuela

Como puede observarse, en las regulaciones iniciales de las figuras del intermediario y del contratista estaba presente la desconfianza del

legislador frente a estas formas de triangulación. En cierta medida toda forma de prestación de servicio que desdibujase la clásica relación directa entre patrono y trabajador era vista con recelo y sometida a regulaciones, en unos casos más estrictas que en otros. Las razones de índole práctica para tal aprensión sobaban, pues los inicios de la industrialización en la región mostraban un cuadro poco alentador con relación al respeto por los derechos de los trabajadores (Iranzo y Richter, 2005).

Luego, el desarrollo industrial que se profundizó en los años cuarenta con el impulso del modelo de sustitución de importaciones volvió a presentar nuevos retos para la regulación de las formas de triangulación. La sustitución de importaciones consolidó la idea de un Derecho del Trabajo pensando en un trabajador directo a tiempo completo y con salario fijo, restringiéndose el uso de contratistas e intermediarios, con lo que se fortaleció la noción de contrato de trabajo bilateral y directo. Esta era la forma común de prestar servicio y en torno a ella se profundizaron las protecciones. Las relaciones triangulares fueron reguladas con la misma filosofía de la relación de trabajo directa, pues se trataba de garantizar a los trabajadores sometidos a estas modalidades de contratación los mismos derechos laborales que poseían los trabajadores directos. La estabilidad en el empleo fue uno de ellos (Iranzo y Richter, 2005).

Las relaciones laborales triangulares contaron con un marco jurídico restrictivo hasta la década de los setenta, con la finalidad de encarecer el uso de la subcontratación laboral para desincentivar su empleo masivo. Esta presión de la legislación protectora se correspondía con su finalidad de mejorar la capacidad de compra de los trabajadores a fin de incentivar la demanda interna: al obligar la igualdad de condiciones de trabajo se

garantizaban los salarios que se pagaban en la beneficiaria, normalmente más altos que los de las contratistas. Los cobros directos a la beneficiaria limitaban la posibilidad de insolvencia y nuevamente se beneficiaba el consumo interno, pues el trabajador tenía mayor certeza de cobrar sus acreencias, las cuales serían invertidas en el mercado laboral (Iranzo y Richter, 2005).

Posteriormente, en los inicios de los años setenta, con la introducción de las reformas legales flexibilizadoras, se abrieron las posibilidades de contratación a tiempo determinado con menos beneficios laborales y con responsabilidad limitada por parte del usuario de esa mano de obra, posibilitando la movilidad funcional que comenzaron a requerir las nuevas formas de organización del trabajo (Iranzo y Richter, 2005).

De acuerdo al V Informe presentado en la Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª Reunión en el año 2003, sobre el ámbito de la relación de trabajo, las relaciones triangulares siempre han existido; lo que es novedoso es su grado de difusión en la actualidad. En Venezuela, son tradicionales y amplias estas actividades, en el petróleo se dan desde los años veinte, y ahora también en otros sectores e inclusive en el sector público. Las relaciones de trabajo triangulares se originan de diversas maneras. Las más conocidas y usuales acaecen, como se ha expuesto, a raíz del recurso a intermediarios y contratistas. Igualmente, sucede cuando se recurre a ellas a través del uso de empresas de trabajo temporal o agencias de empleo.

Es importante señalar que el uso intensivo de formas de subcontratación laboral como las analizadas, no es ajeno a la situación que viene atravesando el mercado de trabajo venezolano en los últimos años

(reducción en términos reales de los ingresos, informalización creciente y cifras de dos dígitos de desempleo, entre otros factores (Iranzo y Richter, 2005), pues sin duda ha incentivado la búsqueda empresarial de mecanismos alternos de gestión de la mano de obra.

Empresas de trabajo temporal

Las empresas de trabajo temporal (ETT) como se explicó previamente, son una típica modalidad de prestación de servicios a través de terceros. En términos generales, la triangulación se efectúa mediante la contratación del trabajador por una empresa que lo suministra a otra. Dicho suministro sólo puede efectuarse en supuestos taxativos permitidos por la ley, que se engloban en situaciones de temporalidad, de emergencias o extraordinarias. La finalidad expresa de dicha modalidad es romper el vínculo laboral entre el trabajador y la empresa que recibe el servicio (Iranzo y Richter, 2005).

Actualmente, la figura de las ETT ha sido eliminada del ordenamiento jurídico venezolano, luego de la reforma parcial al Reglamento de la LOT, el veintiocho (28) de abril del 2006, en el cual se derogan los artículos que contemplaban la figura de la ETT. No obstante, es posible observar que en Venezuela la regulación de estas empresas, era de reciente data, pues fueron incorporadas al orden jurídico por medio del Reglamento de la LOT dictado en enero de 1999.

La LOT no reguló, en su momento, a texto expreso la aludida modalidad de contratación de trabajadores a través de las ETT, de lo cual

derivaron –en consecuencia- severas dudas acerca de los efectos jurídicos y, sobre todo, del alcance de la responsabilidad (en el ámbito del Derecho del Trabajo) del beneficiario (Carballo, 2005).

En el Reglamento de la LOT de enero de 1999, se establecieron supuestos amplios para su funcionamiento y una posibilidad mucho mayor de desvinculación de la responsabilidad de la empresa usuaria respecto de los trabajadores de la ETT que la prevista en otras legislaciones de la región que han contemplado esta figura. El Reglamento de 1999 consideraba patrono a la ETT y restringía la posibilidad de responsabilidad solidaria por parte de la empresa usuaria al caso en que la ETT no cumpliera una serie de supuestos de uso que la regían y la obligación de registrarse en el Ministerio del Trabajo.

El artículo 23 del Reglamento establecía su objeto al señalar: “La empresa de trabajo temporal tiene por objeto poner a disposición del beneficiario, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados”. Así mismo, el artículo 26 al regular los supuestos de procedencia para su contratación, establecía: “Se admite la contratación de empresas de trabajo temporal para: a) La realización de una obra o prestación de un servicio cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, fuese en principio de duración incierta (...)”. Para Iranzo y Richter (2005), el Reglamento no estipulaba límites a la duración de la temporalidad en este caso ni tampoco en los supuestos de sustitución de trabajadores en situación de suspensión del contrato de trabajo; dicho de otro modo, no había límites a la duración de la contratación a través de dichas empresas, sino que prácticamente el Reglamento posibilitaba una permanencia indefinida de la temporalidad.

El único caso donde se preveía un límite temporal para la prestación de servicios por parte de trabajadores suministrados por una ETT (3 meses), era en el supuesto expreso de que se recurriera a una ETT para “atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos”; lo cual pretendía –en opinión de Carballo (2005)- desestimular su utilización como mecanismo de evasión de la estabilidad en el empleo (artículo 112 LOT), la cual ampara –precisamente- a los trabajadores con una antigüedad al servicio del empleador mayor de tres (3) meses.

De acuerdo con el derogado artículo 24 del Reglamento de 1999, las ETT debían cumplir una serie de requisitos para su funcionamiento. En tanto estas empresas observaren dichos requisitos de inscripción y los supuestos legales que permitían la provisión de trabajadores, las ETT no se considerarían intermediarios en los términos del artículo 54 LOT; a tal evento, de acuerdo al artículo 25 del citado reglamento, las ETT ostentaban la condición de patrono o empleador, teniendo a su cargo las obligaciones que surgieran de las leyes o reglamentos respecto de los trabajadores que ellas contratasen. En caso contrario, de no observar la ETT el régimen que le imponía el Reglamento, serían consideradas intermediarias, comprometiendo la responsabilidad de las empresas usuarias, quienes se veían obligadas solidariamente a responder frente a los trabajadores por todas las obligaciones de ley e igualmente estaban obligadas a garantizar en esos casos, la igualdad de condiciones de trabajo prevista en el artículo 54 LOT.

Para Iranzo y Richter (2005), el interés de las empresas en emplear la modalidad de la ETT se sustenta en varias razones. En primer lugar, el ahorro significativo en la estructura de costos que ella representa, el cual puede llegar a ser muy significativo en los casos en que utilizan mano de

obra en forma intensiva. Particularmente las grandes empresas, que tienen convenciones colectivas que les resultan muy onerosas por la calidad de los beneficios conquistados por los trabajadores, encuentran muy favorable la oportunidad que les brindan las ETT de contratar personal al margen de tales beneficios. Las ETT, por su parte, al ser el único patrono, pueden ofrecerles a sus trabajadores los beneficios laborales que consideren conveniente, los cuales normalmente son cercanos a los mínimos legales. También se le reducen otros costos a la empresa usuaria, como son las indemnizaciones por preaviso y por despido injustificado, y los costos indirectos que representa el tiempo y los recursos que normalmente deben dedicar para la búsqueda, reclutamiento, selección y administración de ese personal.

En segundo lugar, de acuerdo lo expresan las autoras, el uso de la ETT permite a la empresa focalizarse en lo que considera el centro o giro de su negocio y de esa manera subsanar el déficit que pueda tener en áreas colaterales que requieren determinadas experticias. En tercer lugar, para algunas empresas el uso de las ETT es preferible al de las contratistas, en tanto liberan a la empresa usuaria de su condición de patrono y por tanto de la responsabilidad solidaria. Otras ventajas es que permiten: disminuir los niveles supervisorios y los procesos administrativos de personal, contratar trabajo no sindicalizado, y una alta movilidad y flexibilidad en casos de ajuste o reestructuración. Las empresas usuarias aducen que gracias a esta figura pueden prescindir, sin impedimentos legales, de aquellos trabajadores que no les satisfagan, y sustituirlos cómodamente, ya que la ETT inmediatamente les consigue un reemplazo.

Sin embargo, las irregularidades de muchas ETT que no cumplían con los requisitos mínimos y la discusión que generó el carácter reglamentario de

su regulación, disminuyeron el interés inicial. Como tienen un origen sublegal, pues es una figura que no estaba consagrada en la LOT, no fue clara la legalidad de su incorporación al ordenamiento jurídico laboral. La doctrina nacional más autorizada (Alfonzo-Guzmán), ha señalado que la contratación a través de ella no impide que se establezca el vínculo laboral entre la empresa usuaria y el trabajador. De allí que existieran reservas sobre su utilización por parte de algunas empresas (Iranzo y Richter, 2005). De hecho, algunas empresas sentían que esa modalidad de contratación podía resultar problemática porque la nueva Constitución reforzó la estabilidad, la igualdad de condiciones de trabajo y la responsabilidad solidaria.

La recepción de las ETT por parte de nuestro ordenamiento jurídico generó mucha confusión en la doctrina jurídica nacional por lo ajeno de la figura a los principios clásicos de Derecho del Trabajo. En la esfera de la LOT sólo dos categorías de sujetos –además del trabajador- se estiman relevantes con ocasión de la relación contractual que los vincula al patrono o empleador; estos son el intermediario y el contratista. En consecuencia, las ETT –en el marco del régimen dual descrito- sólo pueden ser concebidas como intermediarios o contratistas (Carballo, 2005). Para César Carballo son una especie de contratistas y para O. Hernández y J. Richter son intermediarias, que es la posición predominante en la doctrina nacional. La distinción es importante pues la contratista siempre es el patrono y sólo genera responsabilidad para el usuario en caso de inherencia o conexidad (Iranzo y Richter, 2005).

En algunos países la ETT permitida por la legislación es muy diferente a la que realmente funciona y está siendo utilizada para contratar trabajo

permanente a bajo costo y sin responsabilidad laboral de ninguna especie por parte de la empresa usuaria. Por ello se puede sostener que muchas de esas contrataciones son hechas con la intención de evadir la responsabilidad laboral, creando en términos argentinos un verdadero hombre de paja, es decir, constituye una figura jurídica de fraude laboral (Iranzo y Richter, 2005).

La presión por permitir jurídicamente esta modalidad de intermediación comenzó a tener éxito en la región, y varias legislaciones pasaron de su prohibición a su aceptación y regulación, lo que implicó quebrar la noción jurídica de patrono, pues se aceptó que puede serlo quien no recibe el servicio, ni ejerce la potestad de mando (Iranzo y Richter, 2005).

En 1997, la OIT también se hizo eco de los vientos de cambio y promulgó un convenio internacional que da entrada a las ETT. Este convenio se aprobó en momentos en que se discutía la regulación del trabajo en régimen de subcontratación. La Conferencia no pudo ponerse de acuerdo sobre cómo proteger a los trabajadores en cadenas de subcontratación, pero sí en abrir jurídicamente las puertas a las ETT, con lo cual cambió la finalidad de los convenios internacionales anteriores que propugnaban su supresión (Iranzo y Richter, 2005).

Para Iranzo y Richter (2005), la tendencia legislativa que ha permitido el funcionamiento de las ETT expresó la necesidad de dar un marco razonable a su uso para permitir a las empresas enfrentar necesidades extraordinarias. Las referidas autoras, citando a Arturo Bronstein, mencionan que “el fin perseguido es procurar que este trabajo temporal se limite a una función de complemento del empleo estable y no de competencia, ya que, a

pesar de la expansión del empleo atípico, el trabajo permanente sigue siendo la forma de empleo privilegiada por la legislación laboral.”

No obstante, según expresan, el uso de las ETT también tiene a menudo un matiz fraudulento. La ley establece que sólo pueden contratarse para trabajos con carácter temporal o excepcional, y las empresas suelen cuidarse de que los trabajadores mismos sean temporales, pero lo que no es temporal es la necesidad que cubren esos trabajadores, es decir, los puestos de trabajo que ocupan, de allí que éstos tengan una altísima rotación.

Ahora bien, cuando las ETT son empleadas para actividades temporales es perfectamente legal, pero esto no quita que sus trabajadores tengan condiciones de trabajo inferiores a las de los regulares, más aún cuando en los hechos no tiene posibilidades de sindicalización. En estos casos se expresa una acción estatal que da un marco legal a la desprotección y produce un quiebre importante en figuras y nociones básicas del Derecho del Trabajo. Dicha regulación quiebra el concepto de empleador. El Derecho del Trabajo se ha construido bajo la idea de una prestación de servicios personal sometida a la voluntad y dirección de otro, que recibe ese trabajo y lo remunera. La ETT construye la idea de un patrono ficticio que la legislación reconocía (cuando estaba en vigencia dicha normativa). En estos casos la acción de los tribunales es muy limitada pues la fiscalización sólo puede actuar en los casos en que las figuras estén siendo utilizadas más allá de lo permitido por la propia legislación (Iranzo y Richter, 2005).

Contratistas de personal

En Venezuela existen empresas que están subcontratando personal en las áreas medulares, en actividades relacionadas con el giro principal de la empresa, pero que se distinguen por el hecho de que emplean formas de suministro de trabajadores distintas a las ETT, que combinan con el uso de contratistas, pero cuyos rasgos son más difusos y ambiguos y cuyas denominaciones varían. No constituyen necesariamente una respuesta ante situaciones de contracción o motivada por presiones económicas; son una estrategia de gestión de personal inscrita dentro de la orientación flexibilizadora (Iranzo y Richter, 2005).

La LOT regula dos supuestos de uso de contratista: para obra o servicio. La legislación venezolana no contempla la contratista de personal. La única posibilidad es la posición de Carballo (2005) sobre la naturaleza jurídica de las ETT, porque como se dijo anteriormente, este autor considera que son contratistas. Ello implicaría que existirían las contratistas de personal pero sólo para los supuestos previstos para contratar personal a través de dichas ETT (carácter temporal), lo que a juicio de Iranzo y Richter (2005), no es el caso.

En efecto, para estas autoras, tales contratistas celebran contratos con los trabajadores, pero éstos quedan bajo la supervisión de la empresa usuaria, operan con las herramientas de ésta, están dispersos por todas las áreas, y hacen lo mismo que antes hacían los de nómina. Tampoco son ETT, pues no asumen esa forma jurídica y, además, muchos de esos trabajadores no son propiamente temporales; aún cuando lleguen a firmar contratos por

tres (3) meses, luego les son renovados a través de otra contratista. Las condiciones de trabajo de los subcontratados cambian de acuerdo con la empresa a la que pertenezcan, pero en todos los casos son considerablemente inferiores a las existentes para el personal de nómina.

En teoría la contratista de personal cabe perfectamente dentro de la figura del intermediario, regulada en la LOT. Ello implica que la empresa usuaria es el patrono y debe aplicar el contrato colectivo a los subcontratados, lo que en la práctica no ocurre (Iranzo y Richter, 2005).

Empresas contratistas vs intermediarios

Como antes se indicó, la LOT no prevé expresamente el régimen jurídico de las ETT sino que, en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo, además del patrono y del trabajador, sólo admite dos categorías de sujetos cuya relación jurídica con el patrono o empleador es considerada relevante (toda vez que pudiere comprometer su responsabilidad solidaria o agravar su responsabilidad patronal); estos son, el intermediario (artículo 54) y el contratista (artículo 55) (Carballo, 2005).

De acuerdo con Carballo (2005), para el legislador venezolano, el intermediario es un mandatario del patrono o empleador- aunque con ausencia de técnica se le atribuya el estatus de patrono, compartido éste con el beneficiario de la obra o servicio, lo cual coloca al trabajador en el absurdo de una relación jurídica de subordinación o dependencia frente a dos personas distintas-, que actúa en nombre, beneficio y por cuenta de éste y se dedica a la contratación de personal al efecto de ejecutar una obra o prestar

un servicio. En este supuesto, la consecuencia fundamental desde el punto de vista jurídico es la responsabilidad patronal del beneficiario de la obra o servicio, razón por la cual los trabajadores contratados a través de intermediarios gozarán de los mismas condiciones laborales que le son reconocidas a los trabajadores (directos) del beneficiario.

Por su parte, para el citado autor, el contratista no compromete (por regla general), la responsabilidad del beneficiario de la obra o del servicio. Excepcionalmente, éste pudiere resultar solidariamente responsable de las obligaciones patronales que el contratista hubiere asumido frente a sus trabajadores, esto es, cuando la obra ejecutada o el servicio prestado fueren inherentes o conexas con el objeto jurídico del beneficiario.

La figura de las contratistas, es el típico caso de triangulación lícito pero que puede generar problemas de protección. En efecto, en Venezuela no toda contratación de parte del proceso productivo genera responsabilidades para la empresa beneficiaria en relación con los trabajadores de la contratista; para que ello ocurra deben darse algunos de los supuestos contemplados en la legislación. La regulación laboral de esta relación triangular, que puede multiplicarse a lo largo del proceso productivo, es lo que genera mayores problemas en la actualidad por las diversas formas que puede estar asumiendo. Así, si las contratistas trabajan con sus propios elementos, son independientes de la empresa beneficiaria y no realizan actividades inherentes o conexas con ella, a la legislación no le importa mucho si el trabajo se realiza dentro o fuera del sitio del trabajo de la empresa principal.

Iranzo y Richter (2005), nos aclaran que las figuras del beneficiario, contratista e intermediario pueden presentar problemas, tanto porque las responsabilidades entre contratistas, subcontratistas, intermediarios y beneficiario no están claramente determinadas, como porque la ley es ambigua y se presta a la manipulación. Un buen ejemplo de esto es la ambigüedad que se observaba en las normas relativas a las ETT ya que, si bien se establecía el carácter obligatoriamente temporal del trabajo, se prestaba a que pudiera manipularse al no haber precisión en torno a la posible extensión de esa temporalidad.

Criterios esbozados por la jurisprudencia constitucional y laboral en materia de subcontratación de mano de obra

En el texto constitucional se ha establecido una protección peculiar a los trabajadores que van a prestar sus servicios a una determinada empresa a través de un intermediario, o para contratistas que realizan obras en beneficio de una tercera persona (contratante). Esta protección está orientada a evitar la contratación de personas a costos laborales bajos, así como el sometimiento a tratos desiguales, el fraude a la ley, y la evasión del cumplimiento de las obligaciones que en una forma imperativa impone la legislación laboral, en vista de lo cual el constituyente ratifica una vez más que por ley se determinará la responsabilidad que corresponda a la persona natural o jurídica en cuyo provecho se preste el servicio mediante intermediario o contratista, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria entre éstos; innovando además, al prever que el Estado establecerá a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en general, en caso de simulación o fraude, con el propósito de

desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral (Goizueta H. Napoleón, 2002).

En efecto, el artículo 94 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece: “La ley determinará la responsabilidad que corresponda a la persona natural o jurídica en cuyo provecho se presta el servicio mediante intermediario o contratista, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de éstos. El Estado establecerá, a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en general, en caso de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.”⁴³

Para Brewer-Carias (2004), en el Capítulo relativo a los derechos sociales y de la familia, la Constitución de 1999, en la misma orientación de la Constitución de 1961, incorporó el conjunto de derechos laborales al texto constitucional, pero esta vez ampliándolos y rigidizándolos aún más, llevando a rango constitucional muchos derechos que son y deberían ser de rango legal. En todo caso, en la materia de los derechos laborales, la Constitución ha establecido una amplia intervención del Estado, tal como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 1447 del tres (03) de junio de 2003, ha considerado como “una verdadera obligación constitucional, toda vez que la República se ha constituido, según la Ley Fundamental vigente, como un Estado Social” de manera que “si bien las relaciones laborales están en principio sometidas a la libre voluntad de las

⁴³ República Bolivariana de Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999.

partes, el ordenamiento jurídico exige la actuación estatal cada vez que sea necesario”, agregando:

Basta la lectura de los artículos 87 al 97 de la vigente Constitución para conocer los diferentes aspectos en los que el Constituyente ha estimado imprescindible intervenir para limitar la libertad de las partes. Así, en ellos se fijan directamente restricciones a dicha libertad o se faculta al Estado para establecerlas con posterioridad. En concreto, se establece lo siguiente:

La obligación del patrono de garantizar condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados (artículo 87); igualdad y equidad entre hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo (artículo 88); nulidad e ineficacia de medidas del patrono que vulneren la Constitución (artículo 89, numeral 4); prohibición de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo, credo o cualquier otra condición (artículo 88, numeral 5); prohibición de trabajo de adolescentes en labores que puedan afectar su desarrollo integral (artículo 89, numeral 6); limitación del número de horas de las jornadas de trabajo diurna y nocturna (artículo 90); derecho a descanso semanal y vacaciones remuneradas, en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laboradas (artículo 90); derecho a un salario suficiente que permita al trabajador vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales (artículo 91); obligación de pagar salarios iguales para trabajos iguales (artículo 91); obligación de la entrega a los trabajadores de parte de los beneficios de la empresa (artículo 91); derecho a recibir prestaciones sociales que recompensen la antigüedad en el trabajo y que le amparen en caso de cesantía (artículo 92); prohibición de despidos injustificados (artículo 93); derecho de crear organizaciones sindicales para la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores (artículo 95); y derecho a la negociación colectiva (artículo 96).

Así, junto al principio de la libertad de las partes en la relación laboral, se encuentra el poder regulador del Estado, a fin de garantizar los derechos e

intereses de los trabajadores y evitar que la situación de debilidad que éstos tienen frente al patrono llegue a perjudicarles. No es casual, destaca esta Sala, que la regulación de los aspectos laborales ocupe tantos artículos en la Constitución, pues si bien el derecho al trabajo es uno entre los muchos que se reconocen a los habitantes de nuestro país, sus características especiales exigen una regulación más detallada que la de otros. Por ello, no es tampoco caprichosa la considerable extensión de la Ley Orgánica del Trabajo, texto destinado a desarrollar el conjunto de disposiciones constitucionales, ni es excesiva la cantidad de actos sub-legales que complementan tal normativa.

En tal virtud, tanto en la Constitución como en las leyes, así como en las normas sub-legales que se fundamenten en ellas, se encuentra el marco normativo imprescindible para la defensa de los derechos de los trabajadores; derechos que evidentemente van mucho más allá que el del trabajo, pues poco se ganaría con reconocer éste, sin rodearlo de garantías que permitan que el trabajador logre una existencia digna, tanto para él como para su familia. La estipulación del Derecho al Trabajo debe venir, entonces, acompañada de un conjunto de derechos concretos que servirán para el desarrollo de la personalidad del trabajador y la adquisición de la calidad de vida que el Constituyente venezolano quiso lograr⁴⁴.

Ahora bien, de lo comentado hasta ahora, cabe el siguiente razonamiento: en una relación de trabajo, la identificación del empleador por lo general está fuera de duda cuando el trabajador sólo tiene trato con una persona o su representante. Esa persona es la misma que lo contrató, como a sus compañeros de labores, y que ejerce todas las funciones propias de un empleador: asigna tareas, suministra lo necesario para realizarla, da instrucciones y controla su ejecución, remunera al trabajador, asume los riesgos inherentes a la calidad de empleador, percibe los beneficios y puede

⁴⁴ Impugnación del artículo 22 de la ley orgánica del trabajo (2003). *Revista de Derecho Público*, 93-96. Editorial Jurídica Venezolana.

poner término a la relación de trabajo. Distinta puede ser la situación, en cambio, en una relación triangular, cuando varias personas asumen esos papeles y funciones en forma separada o conjunta y pueden ser percibidas como el empleador.

De acuerdo a la Resolución relativa a la Relación de Trabajo adoptada en la 91ª Conferencia General de la OIT en el año 2003, frente a varios interlocutores, los trabajadores pueden no saber si trabajan para una persona o para otra, debido a la clase de trato que esas personas, como empleadores o como beneficiarios finales de su actividad, tienen con ellos. En particular, pueden no saber exactamente a quién deben reclamar, por ejemplo, el pago de su remuneración o de una indemnización por accidente de trabajo, o si podrán presentar reclamos al usuario o beneficiario de su trabajo en caso de que el empleador directo haya desaparecido o sea insolvente.

Señala el citado informe de la OIT que, en casos de triangularidad de la relación de trabajo, por lo tanto, el trabajador puede razonablemente entrar en dudas y hacerse la siguiente pregunta: ¿Quién es mi empleador?. La duda sobre la identidad del empleador, o sobre la intervención del usuario en la relación de trabajo, conduce a una segunda pregunta clave en caso de relaciones triangulares: ¿Cuáles son los derechos contractuales del trabajador? ¿Son los derechos convenidos por el usuario, o una combinación de ambos?

Los trabajadores pueden interrogarse, finalmente, acerca de la identidad del responsable de sus derechos. La respuesta lógica, usualmente

conforme a las normas legales, es que el primer responsable es el empleador directo, sea una empresa contratista, una agencia de empleo o alguna otra empresa o ente empleador. Sin embargo, el papel del usuario puede ser crucial cuando haya que asegurar el cumplimiento de tales derechos (por ejemplo, en cuanto a la limitación de las horas de trabajo o la concesión de períodos o pausas de descanso y de vacaciones pagadas, etcétera).

Hay leyes, de acuerdo se expresa en el mencionado informe de la OIT, que en ciertas circunstancias determinan el grado de responsabilidad del usuario, como persona que se beneficia directamente de los servicios del trabajador y que muchas veces reviste la apariencia de un empleador o de un personaje semejante. Según los casos y la legislación nacional de que se trate, la responsabilidad del empleador (la empresa proveedora) y de la empresa utilizadora o usuaria es conjunta y solidaria, por lo cual el trabajador puede dirigir sus reclamaciones contra ambos o contra uno de ellos, indistintamente. En otras circunstancias, la responsabilidad del usuario es subsidiaria, en el sentido de que puede serle dirigida una reclamación sólo cuando el primer responsable no cumpla.

En el caso particular de Venezuela, ya examinamos lo que el legislador ha dispuesto al respecto, estableciendo una responsabilidad solidaria entre el intermediario y el beneficiario, cuando éste le hubiere autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada. Igual sucede con la figura del contratista quien compromete la responsabilidad laboral del beneficiario de la obra, en caso de que la actividad por él desarrollada sea inherente o conexa con la del beneficiario.

Sin duda, la determinación de la identidad del empleador y otras partes posibles en las relaciones de trabajo triangulares, de los derechos del trabajador y de las personas responsables del cumplimiento de esos derechos, plantea cuestiones jurídicas difíciles de resolver. Al respecto, un artículo publicado en el diario “El Universal”, de fecha nueve (09) de octubre de 2007 ⁴⁵, intitulado *outsourcing e información*, donde se deja al descubierto que algunos patronos recurren a la tercerización para evadir sus responsabilidades laborales, plantea una serie de cuestionamientos, a saber: con la figura de la empresa outsourcing ¿Puede evadirse la relación laboral? ¿A quiénes podrá demandar el trabajador bajo contrato outsourcing? ¿Puede demandar a su empleador directo o a la compañía con quien se suscribió el outsourcing? ¿Podrá demandar a ambos?.

Tal como lo señala el V informe de la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el mayor reto estriba en lograr que los trabajadores abarcados en tal relación gocen del mismo nivel de protección que la ley tradicionalmente prevé para el trabajador en una relación puramente bilateral, sin por ello poner trabas a iniciativas empresariales legítimas, tanto públicas como privadas.

Es igualmente ineludible determinar en los casos de relación de trabajo triangular, cuál es la posición del usuario frente a los trabajadores de la empresa suministradora. Para que la cuestión sea abordada de manera equilibrada y constructiva deberían tomarse en consideración las dificultades jurídicas que entraña, así como los legítimos intereses que están presentes.

⁴⁵ Rodríguez, Manuel Alfredo (2007, Octubre 9). Outsourcing e información. *El Universal*, p. 1-9.

En el desarrollo del presente trabajo, se precisaron las respuestas a estas y otras interrogantes, según lo han decidido nuestros tribunales de justicia.

▪ ¿A QUIÉN DEMANDAR?

El 05 de abril de 2001, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 56, con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, en el juicio que por cobro de prestaciones sociales siguiera el ciudadano Alirio Octavio Lamuño Ramos contra la empresa Pride International C.A., empresa que se demandó en su condición de beneficiaria del servicio que presta la compañía anónima Transporte Buria C.A. (Transburca); dio respuesta a esta interrogante en los siguientes términos:

El formalizante ha denunciado el menoscabo del derecho a la defensa de su representada Transporte Buria C.A. (Transburca), en razón de que ésta nunca fue citada para contestar la demanda en el presente juicio, cuestión que se ha debido practicar, toda vez de que en el caso *sub iudice* operó la configuración del llamado litis consorcio pasivo necesario.

(...) Alega la apoderada judicial del actor en su libelo de demanda, que el día veintitrés (23) de noviembre de 1996, su poderdante, ciudadano Alirio Octavio Lamuño Ramos, fue contratado por la Empresa Transporte Buria C.A. (Transburca), para desempeñarse como chofer asignado al taladro Pride 23 propiedad de la Empresa Pride Internacional C.A. (...)

(...) demanda a la empresa Pride Internacional C.A., en su condición de beneficiaria del servicio de acuerdo a lo establecido en los artículos 55 y 56 de la Ley Orgánica del Trabajo, para que convenga en cancelarle (...) por

concepto de prestaciones sociales y demás beneficios legales y contractuales.

Se observa que en el caso bajo estudio, se ha demandado por cobro de prestaciones sociales a una empresa beneficiaria de un servicio, pero no se ha demandado al patrono del trabajador accionante, es decir, el actor ha accionado en contra de la empresa que se beneficia del servicio, pero no ha accionado en contra de su patrono.

(...) se coloca en evidencia la violación al debido proceso que operó en el caso sub iudice, en razón de que nunca se citó a la empresa transporte Buria C.A., como patrono del trabajador demandante, a los fines de que diera contestación a la demanda por cobro de prestaciones sociales que incoara el actor, y tampoco se acordó la reposición de la causa al estado en que se citara a la misma. Por el contrario, se constata que efectivamente, se ha demandado y citado a la empresa beneficiaria del servicio prestado por el patrono del trabajador accionante, pero sin tomar en consideración la responsabilidad que tiene el patrono del actor.

De nuestra Ley Orgánica del Trabajo, en su artículo 55 y 56 emerge la responsabilidad solidaria que tiene el beneficiario del servicio con respecto a quien lo presta, pero es de considerar que esta solidaridad es de forma conjunta y no separada; tal y como se señala en la doctrina foránea, cuando se afirma: *“(...) puede el beneficiario de una obra resultar solidariamente responsable, junto con el contratista, por las obligaciones asumidas por éste ante los trabajadores que él directamente contrató.”* (Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo. Bernardoni (LUZ), Bustamante (UCV), Carballo (UCAB), Díaz (LUZ), Goizueta (UC), Hernández (UCLA), Iturraspe (UCV), Jaime (UCAT), Rodríguez (UC), Villasmil (UCAB), Zuleta (LUZ). Página 45.) (Subrayado de la Sala).

Ahora bien, en razón de la solidaridad establecida por la ley, entre el beneficiario del servicio y el contratista, a los efectos del cumplimiento con las obligaciones legales y contractuales de sus trabajadores, se generará una especie de litis consorcio pasivo necesario entre las personas anteriormente mencionadas –beneficiario y contratista- en caso de interponerse una acción de reclamación de derechos laborales, propuesta directamente contra el beneficiario del servicio; razón de que la acción así planteada, ataca los intereses tanto del beneficiario como del contratista, por ser solidarios entre sí, y en consecuencia, deben ser citados en forma conjunta a fin de que puedan desvirtuar o confirmar la pretensión del accionante.

La figura del litis consorcio necesario ha sido ampliamente estudiada por distintos autores patrios y extranjeros, y es así, como el maestro Luis Loreto explica: “La peculiaridad de esta figura procesal consiste en que la acción pertenece a todos los interesados y contra todos los interesados, considerados como *un solo sujeto*. Si uno de los sujetos interesados en la relación sustancial intenta la acción aisladamente o se intenta contra él, se encontraría desprovisto de la cualidad activa o pasiva, ya que la persona a quien la ley concede la acción o contra quien es concedida no es el actor o el demandado concreto (...).”

De igual forma, el ilustre procesalista Piero Calamandrei nos ha señalado: “En el litisconsorcio necesario, a la pluralidad de las partes no corresponde una pluralidad de causas: la relación sustancial controvertida es sólo una, y una sola la acción (...). En todos estos casos, en que la legitimación compete *conjuntamente y no separadamente* a varias personas, el litisconsorcio de ellas es necesario: ‘si la decisión no puede pronunciársela más que en relación a varias partes, éstas deben accionar o ser demandadas en el mismo proceso (...)’.

En los ejemplos hasta ahora citados, la necesidad del litisconsorcio está expresamente establecida por la ley; pero puede haber casos de litisconsorcio necesario, aun en defecto de disposición explícita de ley, siempre que la acción (constitutiva) tienda a la

mutación de un estado o relación jurídica destinada a operar frente a varios sujetos, todos los cuales, a fin de que la mutación pueda producirse válidamente, deben ser llamados en causa (...)” (Obra citada. Derecho Procesal Civil II. Instituciones del Derecho Procesal Civil Vol. II).

En el caso de autos, planteada así la acción, es decir, al haberse demandado al beneficiario del servicio, en calidad de persona solidaria de las obligaciones legales que tiene el patrono con su trabajador, opera la llamada figura del litis consorcio pasivo necesario, en razón de que existe una relación sustancial, con varias partes pasivas que deben ser llamadas a juicio para que puedan defender de forma conjunta sus intereses, así como poder traer al proceso elementos de utilidad a los efectos de la referida defensa; lo contrario, es decir, citar solamente al obligado solidario, conlleva a una violación del derecho a la defensa del patrono del trabajador, toda vez que al no ser llamado a juicio, se le impide demostrar si éste ha cumplido con su obligación legal o si por el contrario, ha incumplido con la misma.

Con respecto a la violación al derecho a la defensa, esta Sala afirma: “La casación venezolana ha sostenido a este respecto, que hay menoscabo del derecho a la defensa *“cuando se niegan o cercenan a las partes los medios legales con que pueden hacer valer sus derechos”*. (Sentencia de fecha nueve (09) de agosto de 2000).

Así pues, determina la Sala que en el caso sub iudice, la recurrida infringió el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil por violación o menoscabo del derecho a la defensa de la empresa Transporte Buria C.A., y el artículo 208 del Código, al no reponer la causa al estado en que se practicara la citación de dicha empresa, para la contestación de la demanda por un extrabajador de esa persona jurídica, razón por la cual, la presente delación se declara procedente. Así se establece.

En fecha 07 de junio de 2004 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando, se pronunció en sentido contrario:

Como se observa, los trabajadores optaron por reclamar el derecho pretendido a la empresa beneficiaria del servicio, sin incluir en la demanda al patrono, lo que obliga a esta Sala a examinar si tal situación era posible, o si por el contrario debieron dirigir su pretensión contra ambos sujetos por existir un litisconsorcio pasivo necesario entre ellos.

En este orden de ideas, la Sala de Casación Social de este Alto Tribunal de la República, con competencia en la materia laboral, sostuvo el siguiente criterio:

‘(...) en el caso bajo estudio, se ha demandado por cobro de prestaciones sociales a una empresa beneficiaria de un servicio, pero no se ha demandado al patrono del trabajador accionante, es decir, el actor ha accionado en contra de la empresa que se beneficia del servicio, pero no ha accionado en contra de su patrono (...).

De nuestra Ley Orgánica del Trabajo, en sus artículos 55 y 56 (y 54) emerge la responsabilidad solidaria que tiene el beneficiario del servicio con respecto a quien lo presta, pero es de considerar que esta solidaridad es de forma conjunta y no separada; tal y como se señala en la doctrina foránea, cuando se afirma: ‘(...) puede el beneficiario de una obra resultar solidariamente responsable, junto con el contratista, por las obligaciones asumidas por éste ante los trabajadores que él directamente contrató’. (Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo, Bernardoni (LUZ), Bustamante (UCV), Carballo (UCAB), Díaz (LUZ), Goizueta (UC), Hernández (UCLA), Iturraspe (UCV), Jaime (UCAT), Rodríguez (UC), Villasmil (UCAB), Zuleta (LUZ). Página 45.) (Subrayado de la Sala).

Ahora bien, en razón de la solidaridad establecida por la ley, entre el beneficiario del servicio y el contratista, a los efectos del cumplimiento con las obligaciones legales y contractuales de sus trabajadores, se generará una especie de litis consorcio pasivo necesario entre las personas anteriormente mencionados –beneficiario y contratista- en caso de interponerse una acción de reclamación de derechos laborales, propuesta directamente contra el beneficiario del servicio; en razón de que la acción así planteada, ataca los intereses tanto del beneficiario como del contratista, por ser solidarios entre sí, y en consecuencia, deben ser citados en forma conjunta a fin de que puedan desvirtuar o confirmar la pretensión del accionante (...).

En el caso de autos, planteada así la acción, es decir, al haberse demandado al beneficiario del servicio, en calidad de persona solidaria de las obligaciones legales que tiene el patrono con su trabajador, opera la llamada figura del litis consorcio pasivo necesario, en razón de que existe una relación sustancial, con varias partes pasivas que deben ser llamadas a juicio para que puedan defender de forma conjunta sus intereses, así como traer al proceso elementos de utilidad a los efectos de la referida defensa; lo contrario, es decir, citar solamente al obligado solidario, conlleva a una violación del derecho a la defensa del patrono del trabajador, toda vez que al no ser llamado a juicio, se le impide demostrar si éste ha cumplido con su obligación legal o si por el contrario, ha incumplido con la misma' (sentencia N° 56 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia del cinco (05) de abril del 2001, caso: Alirio Octavio Lamuña Ramos vs. Pride International C.A.).

Conforme con el fallo parcialmente transcrito, entre el beneficiario del servicio prestado y el patrono de los trabajadores existe una solidaridad “*de forma conjunta y no separada*” que determina “*una especie de litis consorcio pasivo necesario*”; no obstante, tal aserto es contrario a la naturaleza de la institución de la solidaridad. En este sentido, cabe destacar que la solidaridad pasiva legal que establece la Ley Orgánica del Trabajo entre el

patrono y el beneficiario del servicio respecto a las obligaciones legales y contractuales frente al trabajador constituye uno de los supuestos en que se materializa la figura de la solidaridad regulada ampliamente entre los artículos 1.221 al 1.249 del Código Civil, razón por la cual está sometida a dicha normativa.

De modo que la solidaridad pasiva existe “cuando varios deudores están obligados a una misma cosa, de modo que cada uno pueda ser constreñido al pago por la totalidad, y que el pago hecho por uno solo de ellos liberte a los otros”, de acuerdo con el artículo 1.221 del Código Civil. Dicha disposición permite al acreedor demandar a cualquiera de los deudores por la totalidad de la deuda, lo que queda confirmado por el artículo 1.226 *eiusdem*, según el cual “las acciones judiciales intentadas contra uno de los deudores, no impiden al acreedor ejercerlas también contra los otros”, de donde deriva que es facultativo para el acreedor el entablar juicio respecto de uno solo de los codeudores solidarios para exigir la totalidad de su acreencia.

Por lo tanto, mal podría afirmarse la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre los codeudores solidarios, puesto que el mismo implica que las partes no pueden escindirse y tienen que actuar judicialmente en conjunto, agrupándose en una única posición procesal, porque de no ser así, no podría existir una relación jurídica procesal válida y el fallo dictado sería ineficaz (Sentencia N° 369 del veintisiete (27) de marzo de 2001, caso: María del Carmen Torres Herrero).

A mayor abundamiento, la doctrina sostiene que “en el litisconsorcio necesario, a la pluralidad de partes no corresponde una pluralidad de causas: la relación sustancial controvertida es sólo una, y una sola la acción; pero como la relación sustancial es única para varios sujetos, en forma que las modificaciones de ella, para ser eficaces, tienen que operar conjuntamente en relación a todos ellos, la ley exige en que al proceso en que hay que decidir de esa única relación, sean llamados necesariamente

todos los sujetos de ella, a fin de que la decisión forme estado en orden a todos ellos (...). En todos estos casos, en que la legitimación compete conjuntamente y no separadamente a varias personas, el litisconsorcio de ellas es necesario: 'si la decisión no puede pronunciársela más que en relación a varias partes, éstas deben accionar o ser demandadas en el mismo proceso'" (Cf. Calamandrei, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, pp.310-311).

Los argumentos anteriores permiten concluir que los terceros adherentes en el presente proceso podían demandar únicamente a la beneficiaria del servicio prestado por Construcciones Riefer, sin necesidad de incluir como sujeto pasivo de la pretensión al ciudadano Oscar Ramón Riera Fernández, porque precisamente ésa es una de las ventajas que de la responsabilidad solidaria deriva para el acreedor.

Determinada la inexistencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre Vialidades Cojedes S.A. y el ciudadano Oscar Ramón Riera Fernández, titular de la firma Constructora Riefer, esta Sala debe destacar que, de acuerdo con el artículo 1.224 del Código Civil, el deudor solidario puede oponer al acreedor las excepciones comunes a todos los codeudores; por lo tanto, la sociedad mercantil demandada pudo oponer el pago, total o parcial a los demandantes, para lo cual le bastaba notificar al hoy accionante acerca de la demanda incoada en su contra y requerirle los medios de defensa necesarios. En todo caso, el artículo 1.236 eiusdem establece que "la sentencia contra uno de los deudores solidarios no produce los efectos de la cosa juzgada contra los otros codeudores", lo que resulta aplicable al caso sub iudice, en que el quejoso no quedó comprendido en la sentencia condenatoria, dictada el seis (06) de noviembre de 2001, por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Trabajo y Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes.

Conforme con los argumentos precedentes, esta Sala declara sin lugar la tutela constitucional invocada, por cuanto no resultaron vulnerados los derechos al debido proceso y a la defensa del accionante.

▪ NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOLIDARIDAD LABORAL

Al respecto, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 294 de fecha 13 de noviembre de 2001, con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, en el juicio que por cobro de prestaciones sociales iniciara Juan Carlos Hernández Gutiérrez contra Foster Wheeler Caribe Corporation C.A. y PDVSA Petróleo y Gas S.A., se pronunció sobre el particular alcance y efectos de la solidaridad laboral en los casos de contratistas:

Señala el Dr. Rafael J. Alfonzo Guzmán que “La sistemática evasión de responsabilidades por parte de empresas usuarias de contratistas, forzó al legislador a establecer la responsabilidad solidaria de quienes utilizan los servicios de personas naturales o jurídicas, en lo concerniente al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley del Trabajo, siempre que la obra contratada sea inherente o conexa con la actividad a que se dedica la persona a quien se presta el servicio” (artículo 3, Ley del Trabajo de 1945). (Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo, Décima Edición, Pág. 100). (Subrayado de la Sala).

De similar alcance al artículo 3° de la Ley del Trabajo del año 1945, son los preceptos contenidos en los artículos 55 y 56 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, los cuales, de igual manera establecen, la responsabilidad solidaria del dueño de la obra o beneficiario del servicio para con los trabajadores del contratista, siempre que la actividad de este último sea inherente o conexa con la desarrollada por el primero.

En cuanto a los efectos de dicha solidaridad, el propio Alfonso Guzmán indica lo siguiente: “La solidaridad (...) crea una doble relación jurídica: por una parte, entre contratante y contratista como deudores de las obligaciones emergentes de la ley y los convenios individuales y colectivos, frente al trabajador, en su condición de acreedor; y por otra, la sobrevenida a su vez entre el contratista y su utilizador.

(...) La cuestión de si la solidaridad establecida por la ley debe ser entendida como una expresión de una obligación solidaria entre deudores o como una fianza solidaria del contratante hacia el contratista, es indiferente en relación con la persona del trabajador, ya que en ambas instituciones jurídicas el contratante –codeudor solidario o fiador solidario- viene obligado a pagar la totalidad de la acreencia derivada de las disposiciones que, a favor de aquél, establece la legislación del trabajo. Esa acreencia podría ser exigida directamente al contratante sin necesidad de acción judicial previa contra el contratista, y sin que le sea posible a aquél invocar el beneficio de excusión.

(...) En principio, fundamentados en la unidad de prestación característica de la vinculación solidaria, el garante es deudor del mismo objeto -en la misma magnitud e intensidad- que el contratista, por lo cual debe responder frente al trabajador del cumplimiento de todas aquellas obligaciones que deriven de la mencionada relación contractual: la solidaridad legal es una seguridad establecida por el Estado a favor del trabajador acreedor, y se burlaría ese propósito si fuere diferente la conclusión (...)” (Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana, Tomo I, Páginas 159, 160 y 161). (Subrayado de la Sala).

De las precedentes reflexiones doctrinales, como del alcance de las normas jurídicas comentadas, debe establecerse que en definitiva la solidaridad que tanto constitucional (artículo 94 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) como legalmente se ha instaurado a favor de los trabajadores y, por la cual, contratante como contratista responden indistintamente de la totalidad de las obligaciones laborales; es una

solidaridad de naturaleza especial, dado el interés jurídico que tutela, es decir, el hecho social trabajo.

Siendo la solidaridad laboral del contratante y contratista con relación al trabajador acreedor, de carácter especial, y por lo tanto, sus efectos jurídicos mucho más amplios que las reglas que rigen a la solidaridad en el derecho común, pensar que en el caso in comento, la empresa codemandada, a saber, PDVSA Petróleo y Gas S.A., conforme a los lineamientos del artículo delatado como infringido, no se encuentra obligada para con el trabajador demandante en cancelar los intereses reclamados, sería imponer límites a la referida solidaridad laboral, que el constituyente y el legislador no establecieron y que por lo demás, desvirtuaría la naturaleza tuitiva con que se concibió dicha institución. Así se establece.

Por lo que, con sujeción a los considerandos anteriores, debe la Sala desestimar la presente denuncia, ya que el Juzgador de Alzada no se encontraba obligado en aplicar el artículo 1.227 del Código Civil, norma ésta que si bien establece límites a la solidaridad en el derecho común, no así en la especial de la legislación laboral.

▪ **SOBRE LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA**

En sentencia dictada por Hermann Vásquez Flores, juez titular del Juzgado Superior Tercero del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 19 de junio de 2007, se observan las siguientes consideraciones al respecto:

Ambas partes admiten como hecho el que no obstante el actor aparece contratado por las empresas Multiplexor y Compuserman C.A., éste prestó

sus servicios en las instalaciones de la CANTV usando tecnología y equipos de la CANTV, en los locales de la CANTV, y prestando asesoría técnica para los clientes de CANTV en el uso de la Internet, donde la CANTV era el proveedor de ese servicio de Internet para esos clientes; que el actor era supervisado por personal de CANTV y cumplía el mismo horario que las personas de la CANTV, y que laboraba junto con personal de CANTV.

Uno de los elementos que incorporó al proceso la demandada, fueron los contratos suscritos entre la CANTV y las empresas Multiplexor SMX C.A. y Compuserman. Con esa figura jurídico-contractual, es evidente que la CANTV pretende, en primer lugar, la externalización de una actividad de la empresa que abarca dos fases: de expulsión y de *insourcing*. La actividad “dada fuera” se recompra mediante un contrato comercial, lo cual se puede describir como un desarrollo en dos fases distintas según un punto de vista lógico y jurídico, pero coordinadas desde un punto de vista temporal y funcional.

En la primera fase (externalización), la empresa cede a un tercero parte de ella misma (un segmento del establecimiento); en la segunda fase, por contrato la empresa vuelve a adquirir del cesionario del bien, el trabajo o el servicio producido para agregarlo de nuevo a su propio y complejo proceso administrativo. La modificación de la arquitectura organizacional toma la forma de una “terciarización interna” efectuada a través de la cesión a terceros de partes del proceso productivo, el cual permanece en el perímetro de la empresa comitente, utilizando el mismo entorno tecnológico y material, y el mismo capital humano. Ello coincide con lo afirmado por la demandante y admitido por la demandada, que como “Consultor de Internet”, prestaba servicios conjuntamente con los que desempeñaban otros trabajadores de la CANTV en el mismo espacio físico, lo cual se demuestra con el hecho que para la CANTV en la actividad contratada con Multiplexor y Compuserman es obvio que el personal de las empresas Multiplexor y Compuserman, a los fines de brindar tales servicios debe hacerlo en las instalaciones de la

CANTV, dado que es ahí donde se encuentran los equipos y herramientas tecnológicas que causan la contratación de tales servicios.

Este fenómeno abarca, según la CANTV, la descentralización jurídico-funcional así como la exigencia de contigüidad espacial de la actividad. En esta forma de deslocalización internas, las profesiones o puestos de trabajo afectados por el fenómeno permanecen “internos” a la organización y persiguen las finalidades de la empresa a pesar de la externalización jurídico-contractual que se pretende otorgar con la suscripción del contrato que cursa en autos. El resultado más visible de estas operaciones es la aparente presencia de una pluralidad de estructuras empresariales y de sus asalariados respectivos en una misma unidad productiva cuya morfología se vuelve semejante a una estructura aeroportuaria con multitud de empresas u organismos vinculados a unas actividades complementarias e incluso a veces co-esencial al proceso productivo o de gestión primario.

Este proceso de descentralización, en el sentido amplio, incluye también la contratación de la fuerza de trabajo, como fue el caso del ciudadano Félix Tremaria, quien forma parte íntegra del concepto de *insourcing*, indicando la cada vez mayor construcción de un mercado externo de trabajo listo para ser utilizado por la CANTV según las exigencias variables de la empresa, por la vía de formas contractuales que pueden servir de estrategias para re-inicializar como formas de empleo fuera de los estándares o denominadas atípicas mediante aportes de trabajo que pretenden evadir de una manera contratos de trabajo subordinados clásicos. Aquí no es la producción lo que se encuentra descentralizada sino la función de contratación del personal así como el titular de la relación de trabajo. Este aspecto de descentralización productiva se ve reforzado por una flexibilidad interior cuyos vínculos con los procesos de externalización quedan muy claros.

Ahondando un poco más, en la realidad, al contrario de lo que pretende la teoría económica clásica que integra la empresa en el interior de un esquema conceptual sin valores –un mero algoritmo que asocia *input* y

output-, la empresa no se mueve en un espacio exento de regulación, no resulta de una auto-organización espontánea del mercado, ni es una adaptación recíproca y espontánea entre actores económicos. La lógica económica de la empresa, centrada en valores de eficiencia, de productividad y de reducción de costos, debe enfrentarse a la racionalidad jurídica centrada en la protección de valores no económicos en relación con los derechos sociales fundamentales, en lo que al Derecho del Trabajo se refiere.

Por esta razón, la descentralización productiva a través de la desagregación de la empresa a través de un programa de reingeniería, merece especial atención sobre la regulación del fenómeno, salvaguardando sobre todo mecanismos de protección en contra de interposiciones fraudulentas. Esto plantea como problema principal del juzgador, establecer a través de las pruebas, la sinceridad de la operación económica desde la perspectiva jurídico-laboral. Se debe establecer una distinción clara entre los procesos de especialización flexible del aparato productivo respecto a la fisiología de las relaciones económico-sociales, y de los fenómenos de descentralización simulada o fraudulenta que quisieran prescindir de las garantías laborales inscritas en el sistema jurídico.

Estos fenómenos se caracterizan por la presencia de pseudocontratistas, sin ninguna consistencia económica u organizacional y que a menudo representan una cadena de subcontratistas cuyos últimos anillos efectúan el trabajo peligroso y sumergido, o delegan a terceros las meras operaciones de adelgazamiento de la empresa. Generalmente, estas empresas interpuestas son de tamaño modesto y lo más menudo son “mono-comitentes”, con todas las consecuencias que esto implica hacia la empresa madre en términos de dependencia económica. O para precisar aquellos casos “virtuosos” propios de una compañía más madura y ética, en la cual la descentralización no se haya fijado como meta la supresión de las garantías de los asalariados sino tan sólo la optimización de la organización productiva.

Se evidencia entonces que la CANTV persigue la desagregación de la empresa a través de un programa de reingeniería para convertirse en una empresa ya no integrada verticalmente sino en una empresa que ciertas áreas del trabajo las delega en terceros, a través de este tipo de contratación o contrato. Ahora bien, se pregunta este juzgador qué es lo que se denomina la flexibilización en la era de la globalización.

¿Ese esquema de flexibilización cabe dentro de nuestro ordenamiento jurídico laboral?, siendo el verdadero debate hoy en día? otra pregunta que se hace este juzgador es si los ordenamientos jurídicos laborales de cada país permiten ese esquema de flexibilización que se da en grandes empresas o en empresa de alta tecnología donde efectivamente existen áreas de negocio donde además esas empresas consideran descentralizar o delegar en terceros para abaratar los costos, entonces, entiende este juzgador que ese abaratamiento de costos viene dado por el hecho de que esas empresas –o tercero- en este caso Multiplexor o Compuserman, asumen los costos de ese personal en función de que el ordenamiento laboral así lo permite. Sin embargo, esa intermediación que se denomina no cabe en Venezuela.

La distancia no geográfica sino jurídica, introducida por los mecanismos de descentralización entre el centro y la periferia, entre el centro de ganancias y de poder y el trabajo diseminado a lo largo de la cadena, por un lado, lleva a un aumento de la desigualdad de las condiciones de trabajo (aumento de la flexibilidad y de la precariedad) y por otro, le va quitando cada vez más responsabilidad al centro –la CANTV-. la descentralización y los acuerdos contractuales que la sostienen ponen en tela de juicio el tema de la transferencia del riesgo, el cual constituye un criterio importante de legitimidad o de ilegitimidad de la operación económica, ya que no hay que olvidar que los acuerdos contractuales destinados únicamente a trasladar los riesgos internos hacia terceros, consienten un ahorro ilegítimo de los costos. La empresa principal (la CANTV que externaliza) debe en estos casos ser considerada como responsable.

Por otro lado, la cuestión de la transferencia del riesgo afecta también a las figuras más “virtuosas” de la externalización, en el sentido que, si es cierto que el contrato de trabajo se puede concebir como un acuerdo para el reparto de los riesgos, en la descentralización productiva opera seguramente una redistribución de los riesgos, la cual debería en principio tener como consecuencia una redistribución de la responsabilidad, no sólo en las formas de solidaridad obligatoria de tipo indemnización que garantizan al trabajador-acreedor una pluralidad de deudores, como sucede en el caso bajo estudio, sino también a los fines de recomponer una geografía diseminada y descompuesta a lo largo de la nueva cadena de valor.

En Venezuela la Ley Orgánica del Trabajo es rígida en ese aspecto, en función de los postulados establecidos en el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Es el propio texto constitucional el que no permite esa posibilidad de descentralización por la vía de delegar ciertas áreas de la empresa, y que la empresa considera, otorga o da a terceros.

El artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo dispone:

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

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

Señaló la demandada que los propios elementos que se comprometieron las empresas Multiplexor y Compuserman a prestar, era su propio personal, que debía entenderse a ese personal como los elementos que aportaba Multiplexor y Compuserman para la prestación del servicio, sobre todo, porque en la audiencia de apelación y de los elementos aportados al proceso se evidenció que el ciudadano accionante prestó sus servicios durante todo el tiempo, es decir, desde el año 1999 hasta el año 2004, en las instalaciones o en la sede la empresa CANTV con el software para el manejo informático y que en consecuencia de ello, todos los elementos con que se prestaba la labor o el servicio correspondían a CANTV.

Observa este juzgador que durante el tiempo en que duró la prestación de trabajo de 1999 a 2004, perfectamente se puede verificar la aplicación de lo señalado en el artículo 26 y 27 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo:

“Supuestos de procedencia: Se admite la contratación de empresas de trabajo temporal para:

- a. La realización de una obra o prestación de un servicio cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, fuese en principio de duración incierta. No será admisible dicha contratación en caso de labores que entrañen grave riesgo para la vida o salud del trabajador.
- b. Atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, por un período que no excederá de tres (3) meses. No será admisible dicha contratación en caso de labores que entrañen grave riesgo para la vida o salud del trabajador; y,
- c. Sustituir a trabajadores en suspensión de su relación de trabajo. No será admisible dicha contratación cuando pretendiere sustituir a trabajadores en ejercicio del derecho de huelga, siempre que el conflicto se hubiere

tramitado de conformidad con la Ley Orgánica del Trabajo y el presente Reglamento.

Contrato de provisión de trabajadores: Se denomina contrato de provisión de trabajadores aquel celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa beneficiaria, teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en beneficio y bajo el control de esta última.

Este contrato deberá celebrarse por escrito y su duración no podrá exceder de noventa (90) días en los supuestos previstos en el literal b) del artículo que antecede. En los restantes supuestos, la duración del contrato no excederá del tiempo durante el cual subsista la causa que motivó su celebración.”

Observa este juzgador, tal como se desprende de la audiencia de apelación, que en ningún momento se dijo que las empresas Multiplexor y Compuserman fueran de carácter temporal, pues, no consta que haya sido constituida como tal en el Ministerio del Trabajo, tampoco se alegó un contrato de provisión de trabajadores –que bien pudiera perfectamente indicarse respecto al suministro de personal- ni mucho menos, se dijo que se sean los dos supuestos de procedencia del artículo 26 del Reglamento sobre el objeto que desempeñaba la labor el ciudadano accionante al seno de la empresa CANTV.

Observa este juzgador que al no estar establecido en la excepción prevista por ese Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo en ese período –1999 al 2004- período donde el legislador previó o supuso una flexibilización respecto a las empresas de trabajo temporal, que hoy en día no opera, sin embargo, no obstante ese supuesto de flexibilización en nuestro ordenamiento jurídico laboral, las empresas Multiplexor y Compuserman y la relación que tuvieron con Félix Tremaria frente a la CANTV, no estuvo en ese régimen.

En consecuencia, observa este juzgador que Félix Tremaria prestó servicios para la CANTV en un área de servicio fundamental que pertenece a la actividad propia de la CANTV; ninguna empresa funciona proveedora del servicio de Internet sin la asesoría a sus clientes en el manejo de la plataforma tecnológica, en consecuencia, observa este juzgador que efectivamente demostrado que el ciudadano accionante prestó sus servicios para la CANTV para un área de vital función para la CANTV, siendo contratado por Multiplexor y Compuserman, se está ante la figura de un intermediario, donde Multiplexor y Compuserman son intermediarios y donde la CANTV debe darle a las personas contratadas, las condiciones de trabajo iguales, tal como lo dispone la Constitución, que las de sus propios trabajadores. Así se decide.

Entiende este Juzgador que el puesto de Consultor de Internet, y así se desprende de las actas del proceso, no puede calificarse como un trabajador de dirección ni mucho menos de trabajador de confianza, por tanto, le es aplicable el Contrato Colectivo de Trabajo.

No consta a los autos o así no se señaló en el proceso que el ciudadano accionante tuviera contacto con secretos industriales y comerciales de la CANTV (no se demostró a los autos). No entiende este juzgador que pueda establecerse conforme a la excepción que establece la Ley Orgánica del Trabajo y la Convención Colectiva, en consecuencia le es aplicable la Convención Colectiva y por tanto, debe o le corresponde las diferencias que reclama en función de la aplicación de esa Convención Colectiva, toda vez que esa empresa posfordista o de descentralización de actividades productivas o de actividades administrativas en el caso particular, en Venezuela no cabe, a diferencia de otros países en donde esos esquemas administrativos pueden funcionar según la legislación que los rige, la legislación nuestra no lo permite actualmente. En consecuencia, es procedente la acción incoada y así se decide.

Siendo procedente, conforme a lo establecido y conforme ha sido criterio reiterado, tal y como se ha señalado en sentencia N° 552 de fecha dieciocho (18) de septiembre de 2003, en cuanto a la contestación a la demanda y la admisión de los hechos que:

“(...) contrario a lo ocurrido en el caso que nos ocupa, y en donde la consecuencia de quedar admitido el hecho del vínculo laboral a la par de no haber otra fundamentación o prueba que contradijera la pretensión del actor, es la de tenerse como admitido también los conceptos reclamados en el libelo, en este sentido, si en la contestación de la demanda, la parte demandada niega los alegatos de la parte actora fundamentando tales negativas solamente en la inexistencia de la relación laboral, probada ésta, se dan por admitidos los demás hechos siempre y cuando evidentemente los mismos no sean contrarios a derecho.” (Subrayado de la Sala).

Conteste con el criterio citado, en el presente caso se tienen por admitidos los conceptos contenidos en el libelo en cuanto los mismos no sean contrarios a derecho, toda vez que la demandada se limitó a negar la relación laboral, la cual ha quedado establecida. Así se establece.

SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS, SERVICIOS O TAREAS

Tal como lo señala la OIT en el Informe preparatorio para la 95ª Conferencia del 2006 que discutió lo relacionado con la “Relación de Trabajo”, los profundos cambios que se están produciendo en el mundo del trabajo, y especialmente en el mercado de trabajo, han dado lugar a nuevas formas de relaciones que no siempre se ajustan a los parámetros de la relación de trabajo. Si bien esas nuevas formas han aumentado la flexibilidad del mercado de trabajo, también han contribuido a que no esté clara la situación laboral de un creciente número de trabajadores, y que, consecuentemente, queden excluidos del ámbito de la protección normalmente asociada con una relación de trabajo (Blanco, 2005).

Para Blanco (2005), venimos de un “triángulo virtuoso de protección” (como lo denomina Mario Ackerman en el V Congreso Regional Americano, Lima, 2001), integrado por las normas laborales de fuente estatal, el sistema de relaciones colectivas de trabajo y la seguridad social, que brindan a los trabajadores seguridad individual, seguridad colectiva y seguridad social apoyado en la solidaridad; y nos dirigimos a un mundo globalizado, donde las empresas se organizan en forma descentralizada, sin concentración de trabajadores en un mismo lugar y con un proceso productivo segmentado y

disperso por todo el mundo, que exige, según algunos, otra clase de vinculaciones de la fuerza de trabajo y, por consiguiente, de nuevas formas de trabajo.

El tema ha venido discutiéndose en el seno de la OIT desde 1997 (85^a Reunión), cuando se examinó el “Trabajo en Régimen de Subcontratación”; discusión que continuó en las conferencias de 1998 (86^a) y 2003 (91^a), sin lograr la adopción de un convenio o de una recomendación que permitiera a los países miembros contar con unas directrices o recomendaciones para identificar aquellas situaciones necesitadas de protección y los mecanismos adecuados para separar las distintas situaciones jurídicas en las que se encuentran inmersos los trabajadores (Blanco, 2005).

En Venezuela, la LOT sancionada en junio de 1997 al referirse en el Capítulo IV del Título I, a las “Personas en el Derecho del Trabajo”, distingue las relaciones jurídicas que surgen entre un trabajador dependiente y su empleador; el contratista independiente persona natural o jurídica prestador de servicios y su contratante; y el trabajador contratado frente a su empleador y al usuario de sus servicios; cuando hace mención a las figuras de trabajador dependiente, contratista e intermediario; lo cual ha traído, junto con otro conjunto de reformas, vientos de flexibilización del Derecho del Trabajo en el país.

De acuerdo con el V Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, que discutió lo relativo a “El ámbito de la relación de trabajo”, en la 91^a Reunión sostenida en el 2003, la relación de trabajo ha sido una figura

jurídica de validez probada y duradera a través de la cual se han reconocido a los trabajadores sus principales derechos y protecciones.

Para la OIT, la *relación de trabajo* es aquella que crea un nexo jurídico entre una persona denominada trabajador, empleado o asalariado, y otra persona denominada empleador o patrono, quien recibe y se beneficia del trabajo de aquella que lo presta bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración, surgiendo para las partes del contrato laboral derechos y obligaciones entre el empleador y el trabajador (Blanco, 2005).

La noción de relación de trabajo se encuentra implícita en el artículo 65 LOT, en donde el legislador no define esta fuente generadora de derechos para el trabajador, pero parte de la tesis de que toda prestación de servicio personal hace presumir la existencia de una relación de trabajo y que esta prestación debe ser remunerada, de acuerdo al artículo 66 de la misma Ley (Goizueta, 2001). A tal evento, el artículo 65 de la ley sustantiva laboral establece: “Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba. Se exceptuarán aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se presten servicios a instituciones sin fines de lucro con propósitos distintos de los de la relación laboral”. Y el artículo 66, reza: “La prestación de servicio en la relación de trabajo será remunerada”.

El surgimiento o existencia de la relación de trabajo es el medio de acceso jurídico de los trabajadores a los derechos, prestaciones, auxilios y beneficios asociados con el empleo dependiente (Blanco, 2005). La protección de los trabajadores, por lo común, abarca la concesión de

prestaciones de seguridad social destinadas a cubrir contingencias como enfermedad, incapacidad, vejez, maternidad y desempleo, la defensa contra riesgos para la salud y la seguridad en el trabajo, la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y protección contra la discriminación; y protección contra la inseguridad en el empleo y en los ingresos⁴⁶.

Al respecto, en Venezuela el empleador está obligado a pagar como mínimo el salario mínimo legal mensual vigente, a afiliar al trabajador al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, a pagar las cotizaciones que le corresponden, a otorgar el descanso remunerado de vacaciones, a entregar la dotación de ropa y calzado de labor que el trabajador requiera, a cumplir con las normas de seguridad industrial e higiene en el trabajo y a pagar las cantidades de dinero a que hubiere lugar por motivo de la terminación de la relación de trabajo.

Contrariamente, el trabajador que actúa por fuera o al margen de la relación de trabajo, en tanto su relación jurídica es regida por disposiciones civiles o comerciales, no goza de la debida protección a que tienen derecho los trabajadores dependientes, porque al carecer del elemento subordinación, no lo hace propio la legislación laboral y de seguridad social, quedando reducido a la mera prestación de un servicio o la confección de una obra de una persona natural a otra, natural o jurídica, a cambio de una remuneración o precio por la ejecución de la misma (Blanco, 2005).

⁴⁶ OIT, 2003. *Resolución relativa a la relación de trabajo* adoptada en la 91^a Conferencia General.

Conforme lo resume Blanco (2005), en la Resolución relativa a “El ámbito de la relación de trabajo” adoptada en la 91ª Conferencia General de 2003, la OIT, concluyó lo siguiente:

1.- La protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la OIT, independientemente de su situación en el empleo, siempre que desempeñe sus funciones en condiciones de dignidad y respeto; y precisando que el término trabajador en su sentido más amplio puede aplicarse a cualquier trabajador, sea o no un empleado, en referencia al que está ligado por una relación de trabajo. Mientras que empleador designa a la persona natural o jurídica para la cual el empleado trabaja o a la cual presta sus servicios en el marco de una relación de trabajo.

2.- Reconoce la OIT que los cambios en la estructura del mercado de trabajo y en la organización del trabajo están dando lugar a modalidades de trabajo cambiantes, tanto dentro como por fuera de la relación de trabajo que hacen difícil, algunas veces, distinguir quién es un empleado o quién es un trabajador independiente.

3.- Una de las consecuencias asociadas a los cambios del mercado de trabajo es el fenómeno cada vez más frecuente de trabajadores que en realidad son empleados, pero que no cuentan con la protección que ofrece la relación de trabajo. Se resalta por parte de la OIT que esta clase de falso trabajo por cuenta propia es más habitual en países con economías menos estructuradas o desarrolladas, aun cuando este fenómeno se ha comenzado a vivir también en economías altamente desarrolladas.

4.- Advierte la OIT que no es su propósito combatir otras formas de relaciones jurídicas distintas a la relación de trabajo; sino todo lo contrario; que todos los actores del mercado de trabajo tengan acceso al uso de una amplia gama de acuerdos por medio de los cuales un trabajador realiza o presta servicios a un empleador o un empresario, pero dentro de un uso correcto de las distintas formas jurídicas laborales y no laborales.

En el citado documento se menciona que, son cada vez más frecuentes las controversias y la falta de seguridad acerca de la naturaleza jurídica de una relación en virtud de la cual se prevé la prestación de un servicio. Tal como lo señala Hernández (2005*), el estudio distingue entre aquellas situaciones en las cuales la relación de trabajo es disfrazada con otro ropaje, civil o mercantil por lo general, y aquellas en las cuales la naturaleza de la relación es objetivamente ambigua, pues principales factores que caracterizan esa relación no saltan a la vista con claridad. En esos casos no ha habido una intención deliberada de disimular la realidad, sino que más bien puede haber la duda genuina acerca de si hay o no una relación de trabajo. En ambos casos surge la incertidumbre de cuál es el alcance de la ley.

Al respecto, se señala que *disfrazar* una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley. Se trata de una acción destinada a ocultar o deformar la relación de trabajo, dándole otro ropaje mediante una figura jurídica o una forma distinta, en la cual el trabajador gozará de menos protección. El encubrimiento más radical consiste en hacer aparecer una relación de trabajo con el aspecto de una relación de naturaleza jurídica diferente, por ejemplo, civil o comercial. Los trabajadores

envueltos en una relación de trabajo disfrazada formalmente son presentados como trabajadores independientes o por cuenta propia⁴⁷.

El *empleo encubierto* se produce cuando un empleador considera a una persona que es un empleado como si no lo fuese, con el fin de ocultar su verdadera condición jurídica, originándose situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho. Esto puede hacerse a través de la utilización inadecuada de acuerdos civiles o comerciales. Perjudica los intereses de los trabajadores y de los empleadores y constituye un abuso de efectos adversos para el trabajo decente, y no debería tolerarse. El falso trabajo por cuenta propia, la falsa subcontratación, la creación de pseudo cooperativas, el falso suministro de servicios y la falsa reestructuración empresarial son algunos de los medios que más se utilizan para encubrir la relación de trabajo. Recurrir a esta clase de práctica puede suponer que se priva de protección laboral al trabajador y se evitan costos, entre otros, el pago de impuestos y las cargas de seguridad social (Hernández, 2005*).

Continúa el Informe de la OIT del año 2003, señalando que estos casos muestran la situación de trabajadores que proporcionan sus servicios contra el pago de una remuneración, pero cuyo estatuto jurídico puede ser confuso, hasta el punto de que no se sepa si están cubiertos o no por una relación de trabajo. Aunque tales casos se deben, con frecuencia a acciones legítimas, tienden a privar a los interesados de la protección laboral al colocarlos, total o parcialmente, fuera del campo de aplicación de las disposiciones de la legislación del trabajo.

⁴⁷ Ibidem.

Y es que algunos patronos tratan de escapar de los costos y limitaciones que les acarrea la legislación del trabajo y la seguridad social, para lo cual ocultan las relaciones laborales que mantienen con sus trabajadores bajo el disfraz de una vinculación jurídica de otra naturaleza, generalmente civil o mercantil. Como bien lo indica Hernández (2005), nos encontramos, en esas situaciones, ante casos de fraude laboral, el cual puede estar destinado a negar la relación de trabajo dándole la apariencia de una relación de distinta naturaleza, en cuyo caso nos encontraríamos frente a un encubrimiento. En otras palabras, el patrono niega o encubre mediante artificios la relación de trabajo que mantiene.

Si bien es cierto que, hay personas que en el desempeño de un contrato mercantil prestan a otra persona un determinado servicio, actuando por su propia cuenta y sin estar sujetos a una relación de dependencia jerárquica con quien recibe o se beneficia de ese servicio; existen situaciones en las cuales no resulta claro si una determinada prestación de servicios se realiza por cuenta propia y en condiciones de autonomía o por cuenta ajena y bajo dependencia. Por otra parte, se dan casos en los cuales una persona realiza una actividad que materialmente es de naturaleza comercial, pero en cuyo desempeño se somete a la subordinación jerárquica de quien recibe sus servicios, lo que nos lleva a la compleja hipótesis de aplicación paralela de normas mercantiles o laborales. En fin, en número importante de casos, las partes adoptan formas mercantiles para encubrir una relación de trabajo dependiente y por cuenta ajena (Hernández, 2005).

De acuerdo lo señala Bronstein (1999), esta forma de subcontratación laboral, presenta la particularidad de que reviste una apariencia jurídica alejada del Derecho del Trabajo, en la medida en que tiene por objeto la

prestación de servicios personales o la realización de labores en beneficio de una empresa usuaria, dentro del marco formal de un contrato civil o comercial. Tal práctica deviene facilitada, en la esfera de las relaciones de trabajo, por virtud del desigual poder de negociación de los sujetos involucrados; de allí que el empleador pudiere exigir a quien pretendiere prestarle servicios personales (por cuenta ajena y bajo subordinación o dependencia), la celebración de contratos de apariencia no laboral (Carballo y Villasmil, 2005).

La OIT reconoce que toda persona puede ofrecer sus servicios en virtud de una relación de trabajo bajo las órdenes de un empleador y por una remuneración o en virtud de una relación independiente de índole civil o comercial y mediante un pago. Cada una de esas modalidades responde a ciertas características con base en las cuales es posible determinar si la prestación de un servicio se realiza según una relación de trabajo o una relación civil o comercial. Estas formas contractuales pueden existir dentro del marco de la relación de trabajo, o mediante relaciones civiles o comerciales en virtud de las cuales las empresas pueden procurarse los servicios de trabajadores independientes conforme arreglos y condiciones que no son los de una relación de trabajo (Hernández, 2005*).

Sostiene Bronstein (1999) que, cuando la ejecución de estos contratos se traduce en el establecimiento de una verdadera relación de dependencia y subordinación con respecto a la empresa usuaria nos debemos preguntar si su razón de existir es la que se lee en el texto del contrato en cuestión o si más bien es el suministro de trabajo. Si la respuesta a esto último fuese afirmativa nos encontraríamos frente a una subcontratación laboral y deberemos preguntarnos en qué medida se aplicará el Derecho de las

Obligaciones, como lo han pactado las partes, o el Derecho del Trabajo, como correspondería en caso de tratarse de una relación laboral clásica.

Esta segunda forma de subcontratación ha ganado creciente importancia, pues cada vez son más numerosas las tareas o servicios que las empresas subcontratan (o contratan), a veces a sus antiguos asalariados, con el sólo propósito o con el efecto de que éstos presten a aquéllas los mismos servicios que antes ejecutaban dentro del marco de una relación laboral. Bajo esta forma se ha venido dando un fenómeno de *contractualización* de las relaciones de trabajo (Bronstein, 1999)⁴⁸.

Es considerable el número de personas que actúa en un sector aparentemente autónomo, regulado por el viejo Derecho Civil o por el Derecho Comercial, intentando excluir el Derecho del Trabajo; surgen nuevas formas de empleo “atípicas” en el propio campo de los trabajadores subordinados⁴⁹. El trabajo subordinado en general pareciera estar en decadencia, emergiendo entonces un discreto retorno del arrendamiento de servicios (el trabajo autónomo en el marco de las relaciones civiles o comerciales, no laborales). Subyace la idea de que es más eficiente una relación contractual civil, en la cual la persona contratada se obliga a un resultado y asume los riesgos de su empresa. Esta tendencia lleva a la desregulación, a la huida del Derecho Laboral y al discreto retorno del

⁴⁸ La relación laboral se *contractualiza* cuando el contrato de trabajo es reemplazado por el contrato de servicios o la subcontratación cuyo objeto es la realización de labores subordinadas de facto fuera del marco del Derecho del Trabajo. En otras palabras, cuando el trabajo en régimen de subcontratación tiene por objeto la prestación de labores bajo una forma distinta de la relación de trabajo nos encontramos en presencia de un fenómeno que es la tendencia a contractualizar las relaciones laborales, con el objeto o con el efecto de sacarlas del ámbito protector del Derecho del Trabajo (Bronstein, 1999).

⁴⁹ El *trabajo típico* o forma tradicional de empleo ha sido caracterizado como el empleo asalariado a tiempo completo, en un único lugar, para un único empleador, por un período indefinido (Racciatti, 2007).

arrendamiento de servicios. Este retorno se produce de hecho, pero también de derecho apoyado en normas jurídicas que otorgan un marco de actuación al trabajo autónomo (o empresa individual o unipersonal), o que de alguna manera lo promueven (Racciatti, 2007).

Pero, agrega Racciatti (2007), muchos de estos casos pueden tratarse de una relación de trabajo en la que la parte del trabajador es disimulada bajo la forma de empresa unipersonal, con el objeto de evitar en primer lugar los tributos que gravan el salario, y, a veces, la aplicación de la legislación laboral.

Cuando estamos en presencia de la subcontratación de labores, las desventajas para el trabajador suelen ser serias, debido a que en la ausencia de una relación de trabajo no puede invocar ninguno de los derechos dimanantes de la legislación laboral. Tampoco tendrá la empresa usuaria obligación de afiliarlo a la seguridad social, y por la misma razón se le negarán derechos como la protección por riesgos profesionales o licencia y prestaciones por maternidad (Bronstein, 1999). Advierte la OIT que recurrir a estas prácticas no solo privan al trabajador de una debida protección laboral, sino que al evitarse costos se afectan el pago de impuestos y las cotizaciones a la seguridad social, resultando afectada la sociedad en general (Blanco, 2005).

Dado que los mecanismos de fraude tienden a darle a las relaciones laborales encubiertas una apariencia civil o mercantil, los trabajadores sujetos de las mismas están en la práctica excluidos de la legislación laboral, razón por la cual carecen de la tutela mínima que el Estado venezolano

garantiza a los trabajadores subordinados. En consecuencia, a tales relaciones le son usualmente aplicables sólo las normas establecidas por la legislación civil y mercantil y por los contratos por ellos celebrados, los cuales en la práctica les son unilateralmente impuestos. Tal normativa es inadecuada para prestar una protección suficiente a dichos trabajadores, quienes se ven obligados a acudir a la administración de justicia si desean hacer valer sus derechos conforme a la legislación laboral. El recurso a los tribunales, con todo lo que ello implica en dificultades de acceso, costos y en la dilación causada por el retardo procesal, normalmente se produce luego del rompimiento de la relación de trabajo, por lo cual la acción estatal de reparación ocurre (cuando ocurre), al finalizar la relación encubierta y no durante su vigencia (Hernández, 2005*).

Ahora bien, agrega Hernández (2005*), muchas de las empresas que utilizan las formas típicas de encubrimiento de la relación de trabajo están ubicadas en las áreas más competitivas del sector formal de la economía y por ende son las que ofrecen mejores condiciones de trabajo a sus trabajadores. De ahí, que el fraude tiene como finalidad justamente disminuir las incidencias secundarias que ese nivel de ingresos tuviese de ser considerado salario, pero no necesariamente precarizar las condiciones de trabajo. Por ser empresas del sector formal, sus remuneraciones suelen estar muy por encima del salario mínimo. Justamente el hecho de que sus trabajadores reciban ingresos medianos y altos es el incentivo para que suscriban los documentos necesarios para sustentar el mecanismo de fraude.

Sin embargo, agrega, no puede generalizarse como propia de las relaciones encubiertas la existencia de buenas condiciones de empleo y

remuneración. En algunos sectores, como la venta de helados y perros calientes, en los cuales se hace uso frecuente de los mecanismos fraudulentos, la remuneración es muy baja y las condiciones de trabajo son deficientes.

Así mismo, sostiene Hernández (2005*), la seguridad social venezolana, aunque prevé la incorporación de los trabajadores autónomos, está fundamentalmente diseñada para los trabajadores asalariados. En consecuencia, los trabajadores que prestan servicios en condiciones de fraude, al tomar la apariencia de trabajadores autónomos, encuentran las dificultades que éstos experimentan para obtener la protección de la seguridad social. Del mismo modo, afirma que la negación del carácter laboral de las relaciones encubiertas comporta el desconocimiento de los derechos sindicales y de negociación colectiva de los trabajadores sujetos a las mismas.

Para Carballo (2005), es necesario profundizar en el análisis de dichos negocios jurídicos pues podría tratarse de un mero *telón* que pretende evitar que su verdadera naturaleza jurídica laboral sea evidenciable por los órganos jurisdiccionales. Al mismo tiempo destaca que el Derecho del Trabajo cuenta con mecanismos propios, tendentes a dejar sin efecto los actos que tuvieran por objeto la evasión de la legislación del trabajo y de la seguridad social.

Vale traer a colación en este punto una discrepancia que subsiste en la doctrina respecto de la manera como se ha abordado esta forma de subcontratación laboral; y es que de acuerdo a Hernández (2005*), la doctrina tiende a tratar el estudio de esta situación laboral como un problema

de simulación. En efecto, para Carballo (2005), cuando se incurre en *fraude a la ley*, generalmente, se pretende abaratar los costos derivados de la prestación de servicios bajo subordinación o, simplemente, suprimir o reducir las responsabilidades del patrono; por el contrario, en la *simulación*, se busca negar la propia existencia de la relación jurídico-laboral, como ocurre en la subcontratación de obras, servicios o tareas.

Distinto enfoque le da Hernández (2005*), para quien la calificación mercantil o civil establecida para ocultar la verdadera naturaleza laboral de una relación jurídica, no constituye un acto de simulación en la acepción que este vocablo tiene en el derecho común, pues no se trata, como lo señala acertadamente Rafael Alfonso-Guzmán de un acto voluntariamente simulado, mediante el cual las partes declaran una voluntad aparente y ficticia que oculta un negocio verdadero, el cual corresponde a su voluntad real no declarada, de naturaleza secreta o confidencial. Así, cuando un patrono, a fin de burlar la legislación laboral, impone a un trabajador dependiente la firma de un contrato mediante la cual se declara la existencia de una relación autónoma civil o mercantil, no puede decirse que existe una voluntariedad para la realización de un acto simulado –el civil o mercantil- ocultando un acto secreto –el laboral- que corresponde a la verdadera pero confidencial voluntad de las partes.

Por el contrario, en este caso se trata de la imposición de la voluntad de una de las partes, el patrono, que prevalido de su situación de superioridad frente a la hiposuficiencia económica de la otra, el trabajador, hace que éste acepte dar a la relación laboral que vincula a ambos, una calificación distinta que permite eludir las limitaciones y costos que para el

patrono supone la legislación laboral⁵⁰. Es por ello que parece más adecuado calificar tales situaciones como casos de fraude a la ley, entendiendo como tal al conjunto de maniobras o procedimientos tendientes a eludir la aplicación de una ley imperativa (Hernández, 2005*).

De lo que no cabe duda, es que esta forma de subcontratación laboral donde lo que se pretende es la *deslaboralización* del negocio jurídico a celebrar (lo cual corrientemente, en palabras de Carballo (2005), supondrá celebrar un contrato no laboral al que se le atribuyan los caracteres de un contrato de naturaleza civil o mercantil hasta la constitución de una persona jurídica a través de la cual actuar), constituye un *encubrimiento* o *disimulo* del contrato o relación de trabajo.

Por lo expuesto, el ordenamiento jurídico suele prever un conjunto de mecanismos o instrumentos destinados a enervar la virtualidad de las prácticas y sancionar al empleador que, de esta forma, pretendiere desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. Las normas de protección o la jurisprudencia de desarrollo, tratarán de evitar que el trabajador quede en situación de indefensión, suponiéndole como es idea común, en un estado de hiposuficiencia jurídica frente al empleador (Carballo y Villasmil, 2005).

⁵⁰ El origen del Derecho del Trabajo explica la parcialidad de sus contenidos normativos, es decir, su marcada vocación de brindar amplia tutela al trabajador, concebido éste como *hiposuficiente económico* y, por tal virtud, compelido —en una suerte de “estado de necesidad”— a aceptar las condiciones de trabajo impuestas por su empleador pues, en definitiva, es de la “venta” de su fuerza de trabajo de donde provienen los medios requeridos para su subsistencia y la de su núcleo familiar (Carballo y Villasmil, 2005).

En todas estas situaciones corresponderá al intérprete y, en caso de litigio, al Juez, estudiar las circunstancias concretas planteadas y determinar si las mismas configuran el desempeño de un trabajo voluntario, subordinado, oneroso, por cuenta ajena y no excluido por disposición legal expresa del ámbito del Derecho Laboral, en cuyo caso será ésta la disciplina aplicable, aún cuando las partes hayan convenido una solución distinta o, si por el contrario, la ausencia de una o varias de estas características determina la naturaleza mercantil de la actividad sujeta a discusión (Hernández, 2005).

El derecho comparado contiene un repertorio muy extenso de nociones y conceptos jurídicos acerca de qué se entiende por relación de trabajo, así como una serie de criterios, *tests* e indicadores mediante los cuales se puede determinar si existe o no existe esa relación. Además, hay mecanismos e instituciones para la aplicación de la ley y para garantizar los derechos de los trabajadores, gracias a los cuales la regulación de la relación de trabajo tiende a operar pacíficamente y la condición del trabajador usualmente puede ser establecida con claridad⁵¹.

Regulación de la ley laboral venezolana

Como bien lo expone Carballo (2005), es necesario señalar que la LOT no incorporó en nuestro ordenamiento jurídico, normas específicas tendientes a desestimular y reprimir las conductas simulatorias o fraudulentas en el ámbito de las relaciones laborales. Tal omisión no deja en modo alguno indefensos a los trabajadores, pues se cuenta con ciertas

⁵¹ OIT, 2003. *Resolución relativa a el ámbito de la relación de trabajo* adoptada en la 91ª Conferencia General.

disposiciones generales, las más de las veces suficientes para hacer frente a estas situaciones. Así en la actualidad, encontramos los siguientes mecanismos propios del Derecho del Trabajo que pretenden hacerles frente:

- La presunción de la relación de trabajo o del carácter laboral de la prestación de servicios personales;
- El principio de primacía de la realidad;
- El principio de irrenunciabilidad de las normas laborales que benefician al trabajador.

Estos principios constituyen manifestaciones del principio protectorio que informa en su integridad el Derecho del Trabajo, los cuales van dirigidos tanto al legislador como al juez o aplicador de la norma laboral⁵². En primer término, constituye una directriz al legislador que supone la incorporación en el ordenamiento jurídico de institutos que aseguren el objeto del Derecho del Trabajo. De otra parte, la directriz al legislador, se complementa con las reglas de interpretación y aplicación de las normas laborales, las cuales están dirigidas a los jueces y la administración del trabajo. De esta forma se pretende dotar a los aplicadores de las normas laborales de instrumentos que aseguren la consecución del objeto propio del Derecho del Trabajo, evitando así que se frustre la intención del legislador en perjuicio de los trabajadores (Carballo, 2005).

⁵² El *principio tuitivo o protectorio* se configura así, pues, en núcleo central de la nueva disciplina jurídica del cual dimana el catálogo de máximas o reglas que concretizan aquel principio en las diversas esferas de la relación de trabajo: primacía de la realidad o de los hechos, gratuidad de los procedimientos administrativos y judiciales en materia laboral, irrenunciabilidad de los derechos y beneficios reconocidos al trabajador, preservación de la relación de trabajo, entre otros (Carballo y Villasmil, 2005).

Fundamentándose en los principios del Derecho Laboral, el legislador explicita su voluntad de que la relación de trabajo sea objeto de la tutela legalmente debida, no obstante, el empleo por las partes de artificios formales destinados a evadir la tutela. Al respecto, el artículo 94 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece: “La ley determinará la responsabilidad que corresponda a la persona natural o jurídica en cuyo provecho se presta el servicio mediante intermediario o contratista, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de éstos. El Estado establecerá, a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en general, en caso de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.”

Además de reafirmar la responsabilidad que corresponde a contratistas e intermediarios, impone al Estado la obligación de establecer, a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a los patronos que incurran en simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral (Jaime, 2000). La Constitución de 1999 refuerza la protección contra el fraude laboral, constituyendo un mandato de obligatorio cumplimiento para los tribunales del trabajo y los órganos administrativos del trabajo (Hernández, 2005*).

El órgano competente es sin duda el órgano judicial, a quien le corresponderá descubrir la existencia de una relación de trabajo debajo del ropaje de otra figura o negocio jurídico con el cual se le ha querido disimular, aplicando a tal evento, el principio de la primacía de la realidad. En cuanto al alcance de la responsabilidad, la consecuencia más inmediata se deriva del

reconocimiento de los derechos fundados en la relación de trabajo y en la obligación correlativa de pagar tales conceptos que surge para el patrono que ha pretendido burlar la protección que la ley le brinda al trabajador mediante el subterfugio de enmascarar o disimular la presencia de un contrato de trabajo asimilándolo a otra figura jurídica de carácter civil o mercantil (Jaime, 2000).

En esta línea de acción, apreciamos lo que han sido considerados, por algunos sectores de la doctrina, como mecanismos defensivos de la normativa laboral frente al fraude o mecanismos de defensa del trabajador para lograr la aplicación de la legislación laboral a las relaciones fraudulentas o encubiertas; que en palabras de Hernández (2005) no son otros que los principios del Derecho Laboral que permiten desvelar la relación encubierta y que han sido desarrollados por normas jurídicas de diferente rango.

La presunción de la relación de trabajo o del carácter laboral de la prestación de servicios personales

Es generalizado el criterio según el cual la relación de trabajo supone tres elementos: prestación de servicios, salario y subordinación. La prueba de estos tres elementos puede, en algunos casos, resultar difícil para el trabajador. Si en tales situaciones se aplicase el criterio de derecho común según el cual quien pida la ejecución de una obligación debe probarla (artículo 1.354 del Código Civil Venezolano), el trabajador que no demostrase los tres elementos constitutivos de la relación de trabajo, quedaría excluido de la legislación laboral. Para evitar esta situación y facilitar la protección debida a quienes viven de la prestación subordinada de

sus servicios se ha establecido en las legislaciones de varios países la denominada *presunción de laboralidad*, según la cual basta la prestación de un servicio personal para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo entre quien presta el servicio y quien lo recibe (González Rincón, 1983; cp. Hernández , 2005).

Este principio está consagrado en el artículo 65 LOT vigente, donde se establece: “Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba. Se exceptuarán aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se preste servicio a instituciones sin fines de lucro, con propósitos distintos de los de la relación laboral”. La presunción de laboralidad permite considerar celebrado el contrato de trabajo por el mero hecho de que una persona haya prestado sus servicios a otra, presunción que ha sido consagrada en forma expresa en algunas legislaciones (Racciatti, 2007).

De acuerdo a este mecanismo de protección, del hecho demostrado de la prestación personal del servicio, el legislador infiere la existencia de un negocio jurídico, cuya demostración no requiere el contrato de trabajo. En estos casos se presume que la vinculación entre quien presta el servicio y quien lo recibe está regida por un contrato de esta naturaleza. Esta presunción no es absoluta, pues admite prueba en contrario, es decir, puede quedar desvirtuada mediante la prueba hecha por el interesado de que el servicio se presta en condiciones tales que no configura una relación de trabajo, por la ausencia de los otros elementos característicos de la misma. Establece, pues, esta presunción una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que no se aplica al contrato de trabajo la regla general según la

cual quien afirma una obligación debe probarla (González Rincón, 1983; cp. Hernández , 2005*).

El trabajador deberá demostrar tan sólo la prestación personal del servicio para que opere automáticamente la presunción aludida, sin necesidad de probar los otros extremos que caracterizan a la relación de trabajo, como son la subordinación y la remuneración. Demostrada la prestación personal de servicios –y como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 65 LOT, presumido su carácter laboral- no será necesario que el trabajador demuestre que percibe una remuneración a cambio de la misma sino que ésta es una consecuencia del carácter laboral de la prestación de servicios. El artículo 66 de la referida ley dispone que la prestación de servicios en la relación de trabajo será remunerada, razón por la cual más que una carga probatoria para el trabajador constituye una obligación del patrono, consecuencial al carácter laboral de la relación jurídica. Precisamente uno de los mecanismos con que cuenta aquél a quien se le atribuye el carácter de patrono para desvirtuarlo, es la demostración del carácter gratuito de la prestación del servicio (Carballo, 2005).

En efecto, el presunto trabajador no está obligado a demostrar la existencia del contrato de trabajo, sino que le basta demostrar la prestación personal del servicio para que su relación sea protegida por el Derecho Laboral, lo cual sólo puede ser evitado por el pretendido patrono probando que se trataba de un trabajo autónomo no susceptible de configurar un contrato de trabajo. Esta prueba deberá en todo caso fundamentarse en hechos concretos que, apreciados por el juez, lleven a éste a determinar la naturaleza no laboral de la relación. En todo caso, la prueba no podrá consistir en meras declaraciones formales de voluntad, ni siquiera cuando las

mismas hayan sido suscritas espontáneamente por las partes (González Rincón, 1983; cp. Hernández , 2005*).

Para Goizueta (2001), la presunción apunta a desarrollar una protección amplia al trabajador, en el sentido de reconocer consecuencias jurídicas al sólo hecho de la prestación de servicio personal, mediante la incorporación de una presunción *juris tantum* a favor del mismo. En tal sentido, la presunción admite prueba en contrario y por lo tanto, puede ser desvirtuada, pero en el supuesto de que se negare la existencia de la relación de trabajo, bien por razones de orden ético o de interés social por prestación de servicios a instituciones sin fines de lucro con propósitos distintos de la relación de trabajo (artículo 65 LOT) o por la existencia de un contrato distinto de prestación de servicios, la carga de la prueba recae sobre la persona del patrono, ya que de no hacerlo, debe considerarse esta prestación de servicio personal como de naturaleza laboral, consideración ésta que deberá hacerse, aún cuando se hayan utilizado o adoptado figuras que simulen otros nexos jurídicos de diferente naturaleza, tal como se prevé en el artículo 15 de esta misma ley:

“Estarán sujetas a las disposiciones de esta Ley todas las empresas, establecimientos, explotaciones y faenas, sean de carácter público o privado, existentes o que se establezcan en el territorio de la República, y en general, toda prestación de servicios personales donde haya patronos y trabajadores, sea cual fuere la forma que adopte, salvo las excepciones expresamente establecidas por esta Ley.”

De allí que la presunción de la relación laboral sea otro mecanismo importante en defensa de la legislación laboral contra los actos fraudulentos tendientes a evadir su aplicación. En efecto, presumiéndose el contrato de trabajo cuando se demuestra la prestación personal de servicios, las declaraciones fraudulentas en que los trabajadores hayan convenido, espontáneamente o por presión patronal, no son suficientes para desvirtuar la presunción de existencia de la relación laboral (González Rincón, 1983; cp. Hernández , 2005*).

El principio de la primacía de la realidad

De acuerdo al V Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, en la 91ª Reunión del 2003, no necesariamente toda prestación de servicios supone una relación de trabajo. Para verificar, en un caso concreto, si se está o no frente a una relación de trabajo es necesario guiarse por los hechos respecto de lo que efectivamente convinieron y cumplieron las partes, y no por la denominación o forma que las partes le hayan dado al contrato. Por eso se dice que la existencia de una relación de trabajo depende de si se han satisfecho o no ciertas condiciones objetivas; por ejemplo, la forma en que el trabajador y el empleador han fijado sus posiciones, derechos y obligaciones respectivas y las prestaciones que se deben efectivamente, en lugar de la manera como cada una de las partes o ambas califiquen la relación entre ellas. En otras palabras, lo que cuenta es aquello que se conoce en derecho como el principio de la primacía de la realidad, que a veces es enunciado expresamente en algunos sistemas jurídicos nacionales. Este principio pudiera ser invocado por los tribunales aún en ausencia de norma expresa.

Se destaca que en algunos sistemas jurídicos se recurre a ciertos indicadores para averiguar si existen o no los factores pertinentes que permiten determinar la existencia de una relación de trabajo. Así lo sostienen también Iranzo y Richter (2005), para quienes como la utilización de contratos civiles y mercantiles para disfrazar el contrato de trabajo es algo que está ocurriendo a escala mundial, siendo considerada la forma de encubrimiento más radical, hay legislaciones que han establecido parámetros muy precisos para distinguir cuándo existe una relación de dependencia y cuándo no.

Entre esos indicadores figuran el grado de integración en una organización, quién supervisa las condiciones de trabajo, el suministro de herramientas, materiales y maquinaria, el dictado de cursos y si la remuneración se paga en forma periódica y si constituye una proporción importante de los ingresos del trabajador. En todos los sistemas incumbe normalmente al juez decidir con base en los hechos, sean cuales sean las apariencias o el modo en que las partes hayan definido determinada relación contractual⁵³.

Adicionalmente, se sostiene que la existencia de un marco jurídico que reglamente la prestación o servicios no impide, como es natural, que se produzcan desacuerdos al examinar casos específicos en los que haya que determinar si existe o existió una relación de trabajo. De hecho, esto ocurre con bastante frecuencia debido a la proliferación y gran diversidad de situaciones en que se carece de certeza del estatuto de los trabajadores, lo

⁵³ OIT, 2003. *Resolución relativa a la relación de trabajo* adoptada en la 91ª Conferencia General.

cual pone en evidencia cuán inadecuada puede ser la ley, sobre todo si es imprecisa en lo que concierne a su campo de aplicación⁵⁴.

La Conferencia Internacional del Trabajo, en el V Informe de la 95ª Reunión del 2006, propuso algunos indicios que permiten determinar la existencia de una relación de trabajo, entre los cuales figuran los siguientes:

- a) El hecho de que el trabajo sea realizado según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implique la integración del trabajador en la organización de la empresa; que sea efectuado únicamente o principalmente en beneficio de otra persona; que deba ser ejecutado personalmente por el trabajador dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien ordena el trabajo; que el trabajo sea de cierta duración y tenga cierta continuidad o requiere la disponibilidad del trabajador.
- b) El hecho de que las herramientas, materiales y maquinarias sean suministradas por la persona que requiere el trabajo.
- c) El pago periódico de la remuneración del trabajador, el hecho de que la remuneración constituya la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluya pagos en especie: alimentación, vivienda, transporte, u otros; el reconocimiento de derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; el financiamiento de los viajes del

⁵⁴ Ibidem.

trabajador para realizar su trabajo, por parte de quien se lo requiere; o la ausencia de riesgos financieros por parte del trabajador.

Para Bronstein (1999), cuando la subcontratación tiene por objeto la prestación de servicios personales o la realización de labores se aplica el principio de la primacía de la realidad; si el objeto de la subcontratación es la prestación de trabajo en condiciones reales de subordinación la empresa usuaria es considerada como un empleador, aplicándose en ese caso el Derecho del Trabajo.

En esta línea de argumentación, Racciatti, en su ensayo intitulado “Las Transformaciones en el Mundo del Trabajo y el Derecho Laboral” (Racciatti, 2007), sostiene que a los fines de hacer prevalecer la realidad y descartar las formalidades que pretenden disimularla, es necesario aplicar los principios y técnicas del Derecho Laboral como son la *primacía de la realidad* y la *razonabilidad* en la apreciación de los fenómenos de descentralización o tercerización.

Argumenta que la aplicación del *principio de la primacía de la realidad*, de acuerdo lo enseña Plá Rodríguez (1998), determina que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. Por su parte, la *razonabilidad* permite evaluar la verosimilitud de ciertas situaciones de descentralización productiva y de contratación de empresas unipersonales, sin atenerse a puros elementos formales. Citando a Plá Rodríguez, Racciatti señala que si se plantea el problema de la existencia o no de relación de dependencia, los factores que

hacen verosímil y razonable la descentralización pueden jugar un papel importante en la decisión de la cuestión.

En Venezuela, la Constitución de la República en su artículo 89, establece lo siguiente⁵⁵:

El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:

1. Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.
2. Los derechos laborales son irrenunciables, es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.
3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad.
4. Toda medida o acto del patrono contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno.

⁵⁵ República Bolivariana de Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999.

5. Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición.
6. Se prohíbe el trabajo de adolescentes en labores que puedan afectar su desarrollo integral. El Estado los o las protegerá contra cualquier explotación económica y social.

Esta norma que le da rango constitucional al reconocimiento del trabajo como hecho social, tiene una importancia trascendental en esta época de cambios de una economía globalizada, con una gran movilidad y autonomía del capital que lo hace escaso, frente al trabajo que se convierte en un excedente, alterando con ello las relaciones de poder entre empresarios y trabajadores, en beneficio de los primeros, que flexibiliza además sus normas laborales, para mantener un crecimiento económico, permite reforzar la concepción integradora del Derecho del Trabajo tanto en su contenido como en los sujetos, con lo cual se amplía su radio de acción al inicio del nuevo siglo, en donde no se desliga el aspecto económico del hecho social trabajo, pero se realza el valor social para fortalecerlo frente a los valores individuales y privatistas del mercado. Este reforzamiento, debe sin embargo permitir, como siempre se ha hecho, la adaptación de la norma a las nuevas realidades en proceso de cambio que no se detiene, sino por el contrario se acelera (Goizueta, 2002).

De acuerdo a Goizueta (2002), estos principios a los que alude la citada norma, no son otros que los principios propios del Derecho del Trabajo, que al constitucionalizarse, además de cumplir con una función informadora e interpretadora, adquieren en el ordenamiento nacional una función normativa, cabe señalar que esta función ya se le había otorgado en la LOT (artículo 60) y el Reglamento de ésta (Artículo 9°).

Entendemos por *principios del Derecho del Trabajo*, las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos (Plá Rodríguez, 1978; cp. Jaime, 2000).

A tal evento, el artículo 60 de la LOT vigente⁵⁶, establece: “Además de las disposiciones constitucionales y legales de carácter imperativo, para la resolución de un caso determinado se aplicarán, en el orden indicado: (...) e) Los principios universalmente admitidos por el Derecho del Trabajo.”

A su vez, el Reglamento de la LOT⁵⁷, dispone en su artículo 9º: “Los principios aludidos en el literal e) del artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo serán, entre otros y sin perjuicio de su previsión expresa en la legislación laboral, los siguientes: (...)” Entre los principios que enuncia el citado artículo, su literal c) menciona la primacía de la realidad o de los hechos, frente a la forma o apariencia de los actos derivados de la relación jurídico laboral.

La constitucionalización del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y apariencias garantiza al trabajador que en caso de discordancias entre las formas y las apariencias con lo que ocurre en la realidad o la práctica o en los hechos, debe darse preferencia a lo segundo, vale decir, a lo que acontece en el terreno de los hechos, ya que uno de los principales problemas que confrontan los trabajadores es el de la

⁵⁶ República de Venezuela. *Ley Orgánica del Trabajo*. Gaceta Oficial N° 5.152 Extraordinario del 19 de junio de 1997.

⁵⁷ República Bolivariana de Venezuela. *Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*. Gaceta Oficial N° 38.426 del 28 de abril de 2006.

mercantilización de las relaciones de trabajo (Goizueta, 2002). En otras palabras, en el campo del Derecho del Trabajo ha de prevalecer siempre la verdad que se deriva de los hechos que aquella que pudiera haberse establecido en los acuerdos formales (Jaime, 2000).

El principio en comentario aparece reforzado a la luz de la LOT, en virtud del carácter de hecho social que se le atribuye al trabajo en su artículo 1°. El mencionado artículo dispone que la LOT regirá las situaciones y las relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social, de lo cual se desprende la intención del legislador de ampliar sensiblemente los límites del Derecho del Trabajo, incorporando a su ámbito personal de validez a todos los sujetos que presten servicios personales, habida cuenta la protección que a su vida y a su dignidad personal ello supone (Carballo, 2005).

El Derecho del Trabajo está concebido para regular realidades. Esta importancia de la realidad fáctica ha sido destacada por la doctrina juslaboralista, por la legislación y la jurisprudencia. De allí que la realidad de los hechos, tal como ocurren en la práctica cotidiana, tenga primacía frente a las apariencias formales que puedan adoptar las partes mediante declaraciones de voluntad, independientemente de que las mismas sean espontáneas o producto de la presión ejercida sobre una de ellas o de que sean emitidas en ausencia de dolo o de que envuelvan una intención fraudulenta (Hernández, 2005*).

La primacía de la realidad frente a la apariencia ha permitido que la jurisprudencia haya resuelto a favor de la aplicación del Derecho del Trabajo, muchos casos de simulación o fraude a la ley, aplicando los denominados

criterios o factores de control o el llamada *haz de indicios de laboralidad* para determinar la existencia de una relación de trabajo en situaciones a las cuales las partes formalmente le habían dado otra calificación jurídica, pero que en la realidad de los hechos presentaban las características propias de una relación laboral. Este principio, al fundamentar la aplicación de la legislación laboral en los supuestos de hechos que determinan la prestación subordinada del trabajo, otorga una amplia posibilidad de excluir la vigencia de contratos falsamente civiles o mercantiles, con los cuales algunos patronos pretenden ocultar la existencia de una verdadera relación de trabajo (Hernández, 2005*).

Al lado de la subordinación como rasgo típico de la relación de trabajo, encontramos que dicha noción ha venido sufriendo una especie de disolución progresiva, que se traduce en su insuficiencia para definir el carácter laboral de una determinada relación jurídica. Lo apuntado explica la aparición – frente al imperativo de reconocer el carácter laboral de una determinada relación jurídica sometida al dictamen de los órganos jurisdiccionales- de la llamada *técnica del conjunto de índices*, por virtud de la cual el juez debe evaluar en forma global la relación de trabajo que debe calificar (formas de remuneración, propiedad de los medios de producción, organización del tiempo de trabajo, tipo e intensidad de los controles que se ejercen, etc.) y buscar si existe un número suficiente de índices de una relación de autoridad (Carballo y Villasmil, 2005).

Hernández (2005), señala que varios han sido los criterios doctrinales propuestos para delimitar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. A tal efecto, la doctrina ha empleado, entre otros, los criterios de subordinación, la ajenidad, la inserción en la organización empresarial, la dependencia

económica, la hiposuficiencia, el concepto del trabajo como hecho social, la determinación del ámbito por parte de la autonomía colectiva, la parasubordinación, etc. Entre otras propuestas doctrinales, la del empleo de la subordinación como elemento determinante para la aplicación del Derecho del Trabajo ha sido la predominante, aun cuando no unánime, especialmente en la doctrina, legislación y jurisprudencia latinoamericanas.

La *subordinación jurídica* es, en general, entendida como la obligación que tiene el trabajador de sujetarse al poder directivo del empleador, quien, en ejercicio de su facultad de organizar y dirigir la empresa, puede dar órdenes al trabajador, fiscalizar su cumplimiento y tomar medidas disciplinarias cuando el trabajador incurra en faltas. Tal sujeción se puede dar, según los casos, con mayor o menor intensidad y no supone que el empleador esté efectivamente ejerciendo una dirección constante sobre la actividad del trabajador, sino que aquél conserve la facultad de ejercer tal dirección y que éste tenga la obligación de acatarla (Hernández, 2005).

En general, la doctrina latinoamericana acepta la subordinación como un elemento fundamental para la existencia del contrato de trabajo y, consecuentemente, para la determinación del ámbito de aplicación del Derecho Laboral. Es de observar que buena parte de ella, aún reafirmando el carácter esencial de la subordinación, considera que ésta no es un factor exclusivo para tal determinación, sino que debe estar acompañada de otros, tales como el carácter personalísimo, la voluntariedad, la ajenidad y la onerosidad del trabajo (Hernández, 2005).

En Venezuela, al definir el legislador en los artículos 39 y 67 de la LOT vigente, bien sea el concepto de trabajador o el contrato de trabajo, se establece la subordinación o dependencia como elemento esencial del contrato o relación de trabajo, de donde se deriva su importancia como factor definidor del ámbito de aplicación del Derecho Laboral. Ello no significa que se le otorgue a la subordinación este carácter de manera exclusiva, pues, en general, se establece la necesidad de una prestación de servicios y de una remuneración. En el caso venezolano, la definición legal de trabajador exige, además de la subordinación, que el trabajo sea prestado por cuenta ajena (Hernández, 2005).

Por su parte, la jurisprudencia ha tratado abundantemente el concepto de la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo, el cual es frecuentemente empleado como elemento para establecer la distinción, no siempre fácil pero de importantes consecuencias jurídicas entre este tipo de contratos y otras figuras pertenecientes al ámbito civil o mercantil. El empleo de la subordinación como elemento fundamental para distinguir las relaciones laborales de las relaciones de otra naturaleza jurídica tiene gran raigambre en la jurisprudencia venezolana, la cual le ha dado sistemáticamente tal uso desde los años inmediatos a la promulgación de la Ley del Trabajo de 1936. Ese criterio fue reiterado en diversas sentencias por la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, aun cuando en sentencias más recientes parece perfilarse (...) una tendencia en el sentido de emplear la ajenidad como criterio determinativo (Hernández, 2005).

Para Carballo y Villasmil (2005), la subordinación o dependencia –en su perspectiva jurídica- se ha constituido, a nivel jurisprudencial y doctrina mayoritaria, en el elemento esencial y denotativo (en detrimento de la

ajenidad que recepta, a texto expreso, el artículo 39 LOT) de la relación de trabajo y, en este orden de ideas, se le suele entender como “la sujeción del trabajador a la potestad del patrono (implicando para éste...) el poder de dirección, vigilancia y disciplina y para el trabajador, la obligación de obedecer”⁵⁸ En otras palabras, la subordinación conlleva “el obligatorio cumplimiento (por parte del trabajador) de las directrices del patrono, y en tal sentido (supone) la limitación por parte del trabajador en el cumplimiento de dichas órdenes...”⁵⁹

Es necesario señalar que el concepto de subordinación requiere ser examinado a la luz del 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. Un nuevo criterio para definir la subordinación, debe centrarse en el sometimiento personal a la potestad de dirección del empleador, la cual puede existir aun cuando sea prestado al exterior de su sede física. De este modo la presencia permanente del trabajador en un lugar establecido y su sujeción a horarios de trabajo, aun cuando continúe siendo 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 (Hernández, 2005).

⁵⁸ Sentencia de la Sala de Casación Civil, el 24 de abril de 1998, ponencia del magistrado Héctor Grisanti Luciani, en el juicio de Antero Marcelino Marcano F. contra Agropesquera Venezolana C.A. y otra, expediente N° 96-070, sentencia N° 268, en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, N° 4, año XXV, abril 1998.

⁵⁹ Sentencia del Juzgado Superior Segundo del Trabajo de la Circunscripción judicial del Área Metropolitana de Caracas del 30 de abril de 1997, en el juicio incoado por Carlos L. De Casas contra Seguros La Metropolitana S.A., expediente N° 3.243, en Jurisprudencia de los Tribunales de última Instancia, N° 4, año VIII, abril 1997.

Junto con la subordinación, la *ajenidad* aparece como elemento determinante del tipo de trabajo sujeto a la regulación del Derecho Laboral. En efecto, en la relación de trabajo objeto del Derecho Laboral, el trabajador presta sus servicios por cuenta del patrono, es decir, por cuenta ajena. Forma parte de la esencia del contrato de trabajo la convención, asumida aún antes de que el trabajador preste sus servicios personales, de que el producto de los mismos nace ya de propiedad del patrono, quien, además, asume los riesgos del trabajo. Esta característica de ajenidad es generalmente aceptada por la doctrina y por la jurisprudencia como propia del contrato de trabajo. Muchos ven en la ajenidad, que no en la subordinación, el elemento esencial diferenciador del contrato de trabajo y, consecuentemente, el hito fundamental que marca la frontera del Derecho del Trabajo con otras disciplinas (Hernández, 2005).

Además, la ajenidad implica, jurídicamente, la exclusión del trabajador: a) en la dirección de la empresa, atribuida al patrono o empleador; b) en el mercado de los frutos, y c) en los riesgos de la empresa (Alfonzo-Guzmán, s.f.). El ordenamiento legal venezolano, se refiere a *la ajenidad* en el artículo 39 de la Ley Sustantiva Laboral, al definir la figura del trabajador en el Capítulo IV del Título I: “De las personas en el Derecho del Trabajo”. Dicha norma ha sido empleada por la jurisprudencia patria cuando se ha querido resaltar la importancia que tiene la ajenidad como elemento definitorio y determinante de la relación de trabajo. Así, el artículo 39 LOT al definir al trabajador, establece: “Se entiende por trabajador la persona que realiza una labor de cualquier clase, *por cuenta ajena* y bajo la dependencia de otra.” Y, agrega: “La prestación de sus servicios debe ser remunerada.”

Para Hernández (2005), citando a Olea (1979), la dependencia 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. La dependencia es propia de todas las personas que restringen su voluntad sometiéndose a un contrato, razón por la cual sería un elemento esencial de todo contrato y no exclusivamente del contrato de trabajo.

A juicio de Hernández (2005), puede sostenerse que la subordinación y la ajenidad son dos de las características más esenciales del tipo de trabajo regulado por el Derecho Laboral. Este trabajo debe ser, además, voluntario, remunerado y no sujeto a exclusiones legales del ámbito del Derecho Laboral.

Por su parte, la dependencia económica, es cierto, no entraña subordinación en todos los casos, pero puede ser un criterio útil para determinar si un trabajador es un asalariado y no un empleado por cuenta propia.

De acuerdo a Bronstein (1999), la jurisprudencia ha reconocido numerosos indicadores de dependencia y subordinación, que ayudan a determinar en qué casos la subcontratación de tareas debe ser asimilada a una relación laboral y en cuáles no. Sin ser exhaustiva, una lista de los mismos fue propuesta en el proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que la Conferencia de la OIT examinó en 1997 y 1998:

- a) Forma de determinar el trabajo: Este criterio puede ser de gran utilidad cuando las tareas a realizar en virtud de la subcontratación de labores no han sido determinadas, o la determinación es muy imprecisa. Esto puede hacer presumir que el objeto real de la subcontratación ha sido la prestación de trabajo en general y no la de un trabajo en particular.

- b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo: Si los horarios reales de trabajo se asemejan a una jornada laboral a tenor de la legislación laboral, es muy posible que se trate de una verdadera relación de trabajo.

- c) Forma de efectuarse el pago: Un rasgo importante de la relación de trabajo es el pago de la remuneración a intervalos regulares. Si así sucede en los hechos es muy posible que la subcontratación sea de naturaleza laboral.

- d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario: Se trata de características inherentes a una relación laboral. Si la persona a quien se ha subcontratado una tarea está obligada a desempeñarla personalmente, bajo supervisión de la empresa usuaria tendremos indicios muy serios de que el objeto del contrato es la prestación de trabajo y no la realización de un trabajo.

- e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria: A menudo la empresa subcontratista no tiene capacidad financiera, ni posee las herramientas, materiales o maquinaria necesarios para ejecutar el contrato, que le son suministrados por la empresa usuaria. A veces la simulación llega hasta el refinamiento de entregar el equipo a la

subcontratista, bajo una fórmula de *leasing* o similar, siendo así que su propietario real es la empresa usuaria, para quien el contratista trabaja a menudo con exclusividad. Si estos elementos se encuentran presentes es muy posible que el aporte principal del subcontratista sea su trabajo; motivo por el cual su relación debería ser considerada de naturaleza laboral.

f) Otros: Otros indicadores de dependencia no menos importantes que los anteriores serían la asunción de ganancias o pérdidas por el subcontratista, la regularidad de su trabajo (si es ocasional no existirá relación de trabajo, pero sí puede haberla si la prestación contratada es regular), la exclusividad o no para la usuaria, y en fin la manera como las actividades subcontratadas están integradas o no en las de la empresa usuaria.

Para Blanco (2005), es necesario analizar el conjunto de factores determinantes del núcleo de la vinculación jurídica, y no aisladamente alguno de sus elementos, porque es precisamente ese contexto el que permite detectar tanto la real voluntad de los contratantes como la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Como se observa, el principio en comentario reviste una particular importancia en los casos que se pueden calificar como disimulo o encubrimiento del contrato o relación de trabajo, pues con base en él, los jueces laborales deben trascender las fronteras de las formalidades que reviste un determinado negocio jurídico, y adentrarse en ese mundo caracterizado por la incertidumbre que genera en los terceros ajenos al mismo, de la voluntad real de las partes contratantes y, en especial, de quien se le atribuye la condición de patrono (Carballo, 2005).

La irrenunciabilidad de las normas laborales

En el Derecho del Trabajo, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Común, priva el principio según el cual sus normas, por considerarse de orden público, son irrenunciables, de modo que tienen un carácter imperativo, que priva aún sobre la voluntad de las partes. En Venezuela, el principio de la irrenunciabilidad y el carácter de orden público de la legislación laboral está consagrado en el artículo 89 de la Constitución aprobada en diciembre de 1999, además de los artículos 3° y 10° de la LOT y, el artículo 9° de su Reglamento (González Rincón, 1983; cp. Hernández , 2005).

Así lo sostiene Carballo (2005), quien dice que en base al principio de irrenunciabilidad de las normas laborales que benefician al trabajador, carecen de validez las estipulaciones mediante las cuales el trabajador admite prestar servicios en condiciones menos favorables que las establecidas en la normativa vigente, de fuente etática o derivada de la autonomía de voluntad. Lo señalado rige con mayor contundencia en los casos en que dichas estipulaciones pretenden atribuir a la relación laboral una naturaleza jurídica distinta, con el objeto de evadir la legislación del trabajo y de la seguridad social. Por lo expuesto, luce evidente que la aceptación del trabajador del acto o actos constitutivos del disimulo o encubrimiento del contrato o relación de trabajo, carecen de eficacia y podrían ser denunciados en cualquier momento.

El principio de la irrenunciabilidad constituye para los trabajadores una garantía de primer orden frente a los actos fraudulentos establecidos por los

patronos para burlar la aplicación de las normas laborales. La relación de trabajo, relación concebida como la vinculación jurídica existente entre quien presta subordinadamente un servicio y quien lo recibe, estará sujeta a las disposiciones de la legislación laboral y de la seguridad social aún cuando el propio trabajador haya convenido en declarar que dicha relación tiene naturaleza jurídica diferente a la laboral. Tal declaración, generalmente impuesta por el patrono y aceptada por el trabajador en virtud de la necesidad económica del empleo, constituye una renuncia a los derechos que a éste último otorga el Derecho Laboral y carece por tanto de eficacia jurídica (González Rincón, 1983; cp. Hernández , 2005).

El artículo 89, numeral 2° de la Constitución Nacional, establece: “Los derechos laborales son irrenunciables, es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley”. La prohibición de celebrar una transacción durante la vigencia de la relación de trabajo se fundamenta en la presunción de que el trabajador, por su misma condición subordinada, no actúa en forma totalmente libre y voluntaria y debe aceptar las condiciones impuestas por el patrono (Jaime, 2000).

En concordancia con la citada norma, el artículo 3° LOT, dispone: “En ningún caso serán renunciables las normas y disposiciones que favorezcan a los trabajadores”. Por su parte, el artículo 10° de la misma ley, establece: “Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de aplicación territorial; rigen a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares, salvo aquellas que por su propio contexto revelen el

propósito del legislador de no darles carácter imperativo. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador que modifiquen la norma general respetando su finalidad.”

El Reglamento de la LOT, consagra en el literal b) del artículo 9º, el principio de la “irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores y trabajadoras, cualquiera sea su fuente, al establecer que es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley y los reglamentos.” Como vemos, este principio lo que busca es evitar que el trabajador pueda privarse aún voluntariamente de los beneficios concedidos por el Derecho del Trabajo.

Mediante el uso de los mecanismos de defensa anteriormente referidos, la legislación laboral ha logrado ser aplicada en muchos casos en los cuales las partes, fundamentalmente el patrono, pretendieron evadir su normativa a través de situaciones de fraude o de simulación. Debemos observar, sin embargo, que no siempre en Venezuela han sido anulados los actos fraudulentos y lograda la aplicación del régimen jurídico laboral a todos aquellos contratos mediante los cuales se da calificación jurídica, civil o mercantil a verdaderas relaciones subordinadas de trabajo. Existen lamentablemente, sectores completos de la economía en donde los mecanismos fraudulentos de evasión a la legislación laboral son una realidad permanente y generalizada. Tales son los citados casos de la distribución masiva de bebidas, servicios de transporte aéreo y otros, pudiendo señalarse que en los últimos años la prestación laboral encubierta está avanzando en

áreas distintas de aquellas en las cuales era su uso tradicional (Hernández, 2005).

Casos de subcontratación de obras, servicios o tareas en Venezuela

Para Iranzo y Richter (2005), las políticas de subcontratación laboral están conduciendo a una desmejora dramática de las condiciones de trabajo y a nuevos estados de desprotección e indefensión. Señalan como ejemplo, la recurrencia en casi todas las empresas a contrataciones directas bajo formas civiles o mercantiles, pero que en realidad esconden la existencia de una relación de dependencia del trabajador respecto al empleador (...). La condición de independiente solamente existe cuando la persona obligada a ejecutar el trabajo puede hacerlo conforme a su propio criterio mediante las modalidades de ejecución que estime convenientes, siempre que cumpla con el trabajo convenido. Por el contrario, se estará frente a un trabajador dependiente o subordinado, cuando el mismo está obligado a realizar su trabajo sujetándose a las órdenes, instrucciones y modalidades organizativas y de ejecución establecidas, en ejercicio de su potestad de dirección, por quien recibe los servicios.

Así, los supuestos trabajadores independientes estarían realizando su trabajo conforme a la segunda modalidad, por lo que estamos frente a la presencia de un fraude a la ley. Se hace uso de esta figura con la clara intención de colocar a esos trabajadores fuera de los beneficios que les confiere la convención colectiva o, de manera general, de los derechos y prestaciones a los que los obliga la Ley del Trabajo, ya que quedan fuera de

ésta y pasan a estar regulados por el Código de Comercio. Dentro de este caso están, por ejemplo, los choferes empleados por la empresas distribuidoras que tienen la condición de trabajadores independientes o que están bajo la condición de concesionarios (Iranzo y Richter, 2005).

Para Hernández (2005*), este fenómeno tiene presencia importante y creciente en la realidad laboral venezolana, especialmente en algunos sectores tales como la distribución masiva de bebidas y alimentos y el transporte aéreo, en los cuales los mecanismos fraudulentos de evasión a la legislación laboral pueden considerarse institucionalizados, en tanto se practican de manera permanente y generalizada.

Diversas han sido las formas utilizadas por algunos patronos para enmascarar sus relaciones de trabajo bajo otras apariencias jurídicas a fin de sustraerlas de la aplicación de la normativa laboral. Se trata de disfrazar la relación de trabajo con el aspecto de una relación de naturaleza jurídica diferente, para lo cual se usa la forma de contratos civiles, mercantiles, cooperativos, etc. Si bien puede variar el tipo de contratación, siempre hay dos notas en común: el contrato empleado no se corresponde con la naturaleza real de la relación jurídica que se pretende regular y su empleo está sustentado en una serie de artificios destinados a aparentar que se está frente a un servicio prestado en forma independiente fuera del marco de la relación de trabajo (Hernández, 2005*).

Una de las formas más generalizadas de fraude que señala este autor es la de dar al contrato de trabajo la apariencia de una compraventa mercantil. El trabajador no es calificado como tal, sino como un comerciante

que compra mercancía a una empresa y luego la vende en las condiciones determinadas por ésta, obteniendo una ganancia o comisión mercantil. Especies de este género son los contratos que las empresas hacen firmar a los concesionarios o distribuidores de cerveza, refrescos, gas doméstico, agua potable y a los vendedores ambulantes de helados, perros calientes y productos similares.

En estos casos, las modalidades que acompañan al contrato (reventa por la misma persona del vendedor, exigencia de revender dentro de determinado radio, en determinadas condiciones y bajo la vigilancia de la empresa), sirven frecuentemente para demostrar la existencia de un nexo de dependencia característico del contrato de trabajo (Caldera, 1961; cp. Hernández, 2005).

Señala Hernández (2005), que en ocasiones se celebra un contrato de transporte, mediante el cual se considera como porteador o transportista que realiza el transporte a cambio de un flete, a quien en realidad es un trabajador subordinado que transporta productos bajo las instrucciones de un patrono. También se dan casos en los cuales empleador y trabajador adoptan la apariencia formal de un contrato de cuentas en participación para regular una prestación de servicios subordinada en la cual el trabajador aparece recibiendo, en lugar del salario, una participación en los resultados del supuesto negocio mercantil que hace con su empleador y que no consiste, en los hechos, sino en una prestación de servicios cumplida bajo la dirección y en beneficio de quien, no obstante la distinta calificación jurídica adoptada, es un verdadero patrono.

Otro sistema utilizado es el que califica al trabajador dependiente como socio industrial, que aporta su trabajo a cambio de unas utilidades, participando así en una aparente sociedad con un socio capitalista, que a su vez aporta el capital y quien, en la práctica, es el propietario de los medios de producción y se beneficia de los servicios del supuesto socio industrial (Hernández, 2005*).

El contrato de arrendamiento ha sido frecuentemente utilizado para encubrir relaciones laborales. En este sentido, puede registrarse una gran variedad de casos, desde al arrendamiento de un vehículo, por parte de quien en realidad es un conductor subordinado hasta el arrendamiento de una silla por parte de un barbero dependiente o el arrendamiento de sillas y mesas, por parte del mesonero que presta servicios a una fuente de soda. El contrato de cuentas en participación, el mandato y el contrato de obras, son otras de las figuras que se han utilizado para evadir la aplicación de las normas laborales (Hernández, 2005*).

En palabras de Hernández (2005), es posible señalar que en algunos sectores de la economía venezolana se encuentra generalizado el sistema de prestación de trabajo mediante relaciones encubiertas o fraudulentas, así como también que en los últimos años se observa una tendencia expansiva del fenómeno. Así, en los sectores dedicados a la distribución masiva de bebidas y productos alimenticios (refrescos, cerveza, agua potable, helados, perros calientes) tradicionalmente se han empleado contrataciones fraudulentas del personal. Recientemente estas modalidades se han venido implementando en otros sectores, tales como, venta de libros, pilotos y personal de cabinas de la líneas aéreas.

En efecto, un sistema de fraude se ha venido generalizando en las líneas aéreas venezolanas, que obligan a sus pilotos y personal de cabina, quienes prestan servicios bajo condiciones de típica subordinación, a que individualmente constituyan sociedades mercantiles con las cuales realizan contratos de servicios. Mediante tales contratos las referidas compañías (en realidad pilotos y azafatas), se obligan los unos a pilotear los aviones y las otras a atender a los pasajeros (Hernández, 2005*).

Agrega el citado autor que no obstante ello, es necesario enfatizar que no todos los contratos mercantiles que envuelvan una prestación de servicios son manifestaciones de encubrimiento de una relación laboral que se quiere ocultar, ya que, por el contrario, la prestación de servicios en el ejercicio de una actividad mercantil autónoma y por cuenta propia, es una figura no sólo legítima sino también usual en el mundo de los negocios.

Este tipo de situaciones se dan con cierta frecuencia en contratos tales como el de compraventa mercantil, arrendamiento mercantil, distribución, comisión y cuentas en participación. En ocasiones ello ocurre porque en el cumplimiento del contrato las partes han adoptado modalidades objetivamente ambiguas, que los colocan en las denominadas *zonas grises* en las cuales se hace difícil la determinación de la naturaleza laboral o mercantil de una prestación de servicios. En otras ocasiones se está frente a una situación de encubrimiento o fraude a la cual ya se ha hecho referencia. El esclarecimiento de estas situaciones requiere, en ambos casos, que el intérprete emplee adecuadamente tanto los instrumentos del Derecho Mercantil como los del Derecho Laboral (Hernández, 2005).

Descritas como han sido algunas de las situaciones creadas para evadir la normativa laboral, de acuerdo lo señala Hernández (2005), en el Derecho del Trabajo, tanto por la vía legislativa, como por la jurisprudencia y la doctrina, se ha hecho un notable esfuerzo para que su aplicación no sea impedida por las contrataciones fraudulentas.

Criterios esbozados por la jurisprudencia constitucional y laboral en materia de subcontratación de obras, servicios o tareas

En opinión de Bronstein (1999), la naturaleza civil o comercial de la subcontratación de tareas no debería plantear dificultades cuando su objeto es la realización de un trabajo o la prestación de un servicio claramente identificados y en condiciones de relativa autonomía, o cuando se trata de una prestación de trabajo ocasional. Sin embargo, puede suceder que la subcontratación de tareas esté ocultando una verdadera relación laboral, a la cual se le ha dado una forma contractual con el propósito de que la empresa usuaria eluda sus obligaciones a tenor de la legislación laboral o de la seguridad social. Al tratarse de una práctica laboral bastante corriente, los tribunales han debido determinar en qué casos la subcontratación de tareas es civil o comercial y en cuáles es de naturaleza laboral.

Por tales razones, y tal como lo señala el V Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, en la 91ª Reunión del 2003, en la consideración de este tipo de relaciones encubiertas es siempre interesante y útil estar alerta a las orientaciones de la jurisprudencia. Los jueces y otros órganos de

administración de justicia desempeñan un papel determinante en la calificación de la condición del trabajador con arreglo a los hechos.

Desde los primeros años de vigencia de la Ley del Trabajo de 1936, nuestros tribunales afrontaron diversos casos en los cuales ante la pretensión de una persona que decía haber sido trabajador de un determinado patrono y en consecuencia demandaba el pago de diversos beneficios laborales, el demandado desconocía haber tenido una relación laboral con el demandante, alegando una vinculación de orden civil o mercantil. En estos casos, en buena parte relativos a personas que prestan servicios a empresas de distribución masiva de alimentos y bebidas, correspondía al juez determinar la naturaleza jurídica de la relación entre actor y demandado, es decir, si efectivamente se trataba de una relación laboral o si, por el contrario, la relación era efectivamente de naturaleza civil o mercantil. Las sentencias que de esta manera entraban a calificar la naturaleza de la relación y, si fuere el caso, de descubrir la relación de trabajo artificiosamente encubierta, eran fundamentalmente sentencias de instancia, pues que por diversos motivos, entre ellos el de que sostenedores de los sistemas de encubrimiento, al ver que un juicio les podía resultar adverso, preferían ponerle fin mediante transacciones y evitar que la casación se pronunciara sobre el espinoso tema (Hernández, 2005*).

Si se realizara una investigación jurisprudencial de decisiones anteriores al año 2000, podrían extraerse tres conclusiones básicas, que de acuerdo a Hernández (2005*), pueden resumirse así: Primera: La calificación jurídica acordada formalmente por las partes no es determinante para precisar la naturaleza laboral o no de la actividad de quien presta personalmente un servicio para otra persona. Para precisar tal naturaleza

corresponde al juez examinar las circunstancias del caso concreto y decidir en función de las mismas. Segunda: El criterio predominante empleado por la jurisprudencia para determinar la naturaleza laboral o no de los casos sometidos a su examen ha sido el de la subordinación o dependencia. Así, si el examen de las circunstancias del caso permitía determinar que quien prestaba el servicio lo hacía bajo la dependencia o subordinación de quien lo recibe, el juez concluía que se estaba frente a una relación de trabajo. El criterio de ajenidad también ha sido empleado a estos efectos, especialmente por recientes decisiones (...). Tercera: Entre las sentencias que deciden casos dudosos pueden encontrarse muchas que deciden su naturaleza laboral y muchas que deciden su naturaleza civil o mercantil. En los casos de distribuidores de bebidas, agua potable y helados, puede encontrarse un importante número de sentencias, especialmente de instancia, que establecen que en los mismos existe una relación de trabajo. No abundan sentencias de Casación en este sentido.

Ahora bien, entre la jurisprudencia venezolana reciente (a partir del año 2000), vale la pena mencionar algunas decisiones tomadas sobre el campo de aplicación de la relación de trabajo; cuyo objeto o efecto ha sido clarificar, precisar y facilitar la aplicación de la ley y contribuir a su cumplimiento. Más allá de su contenido intrínseco cabe señalar el interés que revisten como expresión de un proceso de clarificación y ajuste, aclarando el concepto de contrato de trabajo, presumir su existencia, o inclusive ampliar el campo de aplicación de la ley; además, reiterar la vigencia del principio de primacía de la realidad⁶⁰.

⁶⁰ OIT, 2003. *Resolución relativa a la relación de trabajo* adoptada en la 91ª Conferencia General.

- Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 16 de marzo de 2000, con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, en el caso: Félix Ramón Ramírez y otros vs Distribuidora Polar S.A. (DIPOSA).

El estudio de la presente sentencia mediante la cual se declaró la naturaleza laboral de la relación jurídica sometida a la consideración del Alto Tribunal, a pesar de haber sido calificada –al inicio- por las partes como de carácter mercantil (contrato de concesión o distribución), resulta propicio para estudiar lo que concierne a los mecanismos de protección con que cuentan los trabajadores inmersos en situaciones de subcontratación de obras, servicios o tareas que constituyan un encubrimiento de la relación de trabajo.

Para Hernández (2005*), esta sentencia reviste especial importancia pues mediante ella la Sala de Casación Social declara la naturaleza laboral de una relación entre una empresa y sus distribuidores en uno de los sectores que justamente han perfeccionado sus sistemas de encubrimiento de la relación de trabajo. Es el conocido caso de los choferes de una empresa cervecera que viene tradicionalmente operando mediante relaciones laborales encubiertas. En la referida sentencia, el Tribunal Supremo de Justicia casó de oficio un recurso en contra de la sentencia de Segunda Instancia que declaraba comercial y no laboral la relación que unía a la empresa Polar con sus vendedores de cerveza y malta. A continuación, se cita un extracto de la misma:

A fin de determinar la existencia de una relación de trabajo el legislador consideró que ante las dificultades probatorias que normalmente surgen en

los procesos laborales, era necesario establecer, por política procesal, un conjunto de presunciones legales para proteger al trabajador, quien es el débil jurídico en la relación obrero-patronal, en consideración, además del hecho generalmente aceptado de que es el patrón la persona que tiene en su poder la posibilidad de probar muchos, sino todos los extremos que normalmente deben concurrir para determinar la existencia de una relación de trabajo.

Entre este conjunto de presunciones legales se encuentran las establecidas en los artículos 65, 66, 129 y 132 de la Ley Orgánica del Trabajo, entre otras, y su finalidad es revertir dentro y fuera de juicio, la desigualdad económica entre los sujetos de la relación.

Por estos motivos dispone el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo que: “Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba. Se exceptuarán aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se presten servicios a instituciones sin fines de lucro con propósitos distintos de los de la relación laboral”, presunción legal ésta que permite, partiendo de las consecuencias de un hecho conocido, la prestación de un servicio personal, establecer un hecho desconocido, la existencia de una relación de trabajo.

(...) Una vez demostrado el hecho constitutivo de la presunción, en el caso concreto la prestación de un servicio personal a un sujeto no comprendido dentro de las excepciones establecidas en el único aparte del citado artículo 65, se debe establecer la consecuencia que deriva de la norma jurídica que consagra tal presunción, a saber, la existencia de una relación de trabajo, la cual por mandato legal expreso, se tiene por plenamente probada, salvo prueba en contrario, es decir, que el juez debe tener por probado fuera de otra consideración la existencia de una relación de trabajo, con todas sus características, tales como el desempeño de la labor por cuenta ajena, la subordinación y el salario. Se trata de una presunción *juris tantum*, por consiguiente, admite prueba en contrario, y el pretendido patrono puede, en

el caso, alegar y demostrar la existencia de un hecho o conjunto de hechos que permitan desvirtuar la existencia de la relación laboral, por no cumplirse algunas de las condiciones de existencia, tales como la labor por cuenta ajena, la subordinación o el salario y como consecuencia lógica, impedir su aplicabilidad al caso concreto.

(...) Considera la Sala que estando debidamente probado que los actores prestaron un servicio personal para la demandada pues la decisión señala que "...los actores adquirirían unos bienes y pagaban por ellos al contado" y que "...consta de las declaraciones de ambas partes, que la actividad formal que la parte actora considera constitutiva de una relación de trabajo, era la compra de productos de cerveza y malta para ser revendida luego a terceros dentro de una determinada zona geográfica", con lo cual queda establecida una prestación personal de servicios, y de acuerdo con la propia sentencia, los actores afirmaron que se trataba de una relación laboral y que ese hecho no quedó desvirtuado por los documentos constitutivos estatutarios de unas sociedades mercantiles, ni por los contratos de compra venta mercantil celebrados entre unas sociedades mercantiles y la demandada, porque, en primer lugar, esas sociedades mercantiles no son parte en este juicio, en segundo lugar, los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes; no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la ley (artículo 1.166 del Código Civil), y, en tercer lugar, en la realidad de los hechos eran los actores quienes personalmente ejecutaban la labor de compra venta de cerveza y malta, que realizaban en condiciones particulares, pues los actores estaban obligados a comprar los productos que la demandada obtenía de Cervecería Polar C.A.; a revender dichos productos a los comerciantes detallistas que figuraban en la cartera geográfica que forma parte del contrato y a no vender ni negociar dichos productos fuera de la zona de su exclusividad; a no vender ni negociar cerveza, malta o bebidas refrescantes de otras empresas; a pintar los vehículos que utilice para la reventa de cerveza y malta Polar; a pagar de contado a la demandada los productos y a revenderlos a los precios que ésta indicara, razón por la cual, ha debido el juez aplicar el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo.

El Tribunal Supremo de Justicia utilizó dos tipos de argumentos para considerar laboral y no mercantil dicha relación jurídica. El primer argumento es el *principio de la relatividad de los contratos*, consagrado en el artículo 1.166 del Código Civil. En opinión del Tribunal Supremo de Justicia, los derechos y obligaciones que nacen del contrato mercantil celebrado entre las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada, creadas por los trabajadores por imposición de la empresa, y la sociedad mercantil Polar S.A. (DIPOSA) no son vinculantes para los trabajadores que ejecutaban el objeto de dicho contrato. Para el Tribunal, los contratos sólo obligan a las partes que lo celebran y no a los terceros, catalogando a los trabajadores como terceros para dicha relación, a pesar de que el trabajador es el socio fundador de la compañía. Bajo ese argumento se entra a analizar la prestación de servicio de los vendedores. A los vendedores, la empresa Polar les asigna una zona geográfica de venta, en camiones con logotipo de la Polar y les impone el precio de venta del producto. Esos elementos hacen constituir la relación de trabajo, independiente del contrato comercial celebrado entre compañías mercantiles (Hernández, 2005*). Establece la sentencia:

Incorre en error el juez *ad quem* cuando aprecia que el hecho constitutivo de la presunción laboral, la prestación de un servicio personal, había quedado desvirtuado por los documentos constitutivos estatutarios de unas sociedades mercantiles y por los contratos de compra venta mercantil celebrados entre unas sociedades mercantiles y la demandada que demostraban la existencia de una relación mercantil, pues tal como ya fue indicado, los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes; no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la ley, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.166 del Código Civil, y la doctrina nacional y extranjera y la jurisprudencia patria, antes referidas, han señalado invariablemente, que tales contratos no pueden hacer valer

ningún vínculo jurídico, ninguna obligación en relación con los terceros ajenos a la relación contractual que se pretende hacer valer en su contra. En otras palabras, la fuerza obligatoria de los contratos no se puede hacer valer frente a los actores, que son personas naturales, y como tales, distintas de las dos sociedades mercantiles que suscribieron los mismos.

Sin embargo, a pesar de que las estipulaciones contractuales no obligan a los demandantes, éstas pueden ser apreciadas como evidencia de los pagos realizados por la demandada a un tercero, pues el salario puede ser entregado a otra persona, con el consentimiento del trabajador.

Este error de juzgamiento constituye una falta de aplicación de la norma jurídica al caso concreto, pues se desconoce el principio de la relatividad de los contratos, consagrado en el artículo 1.166 del Código Civil que le impone al juez, en el caso estudiado, la obligación de examinar los contratos presentados y determinar, de acuerdo con los límites legales, qué alegatos fueron probados, además de considerar como no extensible a los actores la relación mercantil aducida por la demandada, con lo cual ha debido considerar como no desvirtuada la presunción laboral y sostener su aplicabilidad al caso concreto, así se decide.

Para Carballo y Villasmil (2005), no es posible sostener a la vez, desde un punto de vista lógico, la virtualidad de prácticas simulatorias y el principio de relatividad de los contratos (que se pretenden ficticios, simulados o fraudulentos). En otros términos, sugerir que las sociedades mercantiles constituidas por los accionantes y los contratos de concesión o distribución celebrados con DIPOSA constituyen expresión de prácticas simulatorias, esto es, que suponen un “enmascaramiento” de la realidad con el fin de encubrir la relación jurídica (de naturaleza laboral) subyacente, resulta –de modo obvio- incompatible con el principio de relatividad de los contratos pues

la regla contenida en el artículo 1.166 del Código Civil no puede operar sino respecto de contratos reales (no ficticios).

Continúa la sentencia:

Tampoco quedó desvirtuada la relación de trabajo, en relación con lo cual el tratadista mexicano Mario De La Cueva, señala: '(...) La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado en la prestación del servicio; y es porque, como dice Georges Scelle, *la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento*. De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, pues, si las estipulaciones consignadas en el acuerdo de voluntades no corresponden a la realidad de la prestación del servicio, carecerán de valor. Estas conclusiones son consecuencia necesaria de la naturaleza del Derecho del Trabajo: Si un trabajador y un patrono pudieran pactar que sus relaciones deben juzgarse como una relación de Derecho Civil, el Derecho del Trabajo dejaría de ser imperativo, pues su aplicación dependería, no de que existieran las hipótesis que le sirven de base, sino de la voluntad de las partes. En atención a estas consideraciones, 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, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. Editorial Porrúa, S.A., Décima Edición, México, 1967, pp. 455-459).

El segundo argumento que consideró la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia para considerar laboral y no mercantil dicha relación

jurídica, es de índole laboral y se refiere a la simulación del contrato de trabajo. La voluntad declarada por las partes ha sido producto de la imposición de la voluntad del patrono al trabajador. En este caso, el patrono prevalido de su situación de superioridad frente a la hiposuficiencia económica del trabajador hace que éste acepte dar a la relación laboral que los vincula, una calificación distinta que permite eludir las limitaciones y costos que para el patrono supone la legislación del trabajo. El Tribunal valora las modalidades que acompañan a este contrato simulado, señalando que el hecho de la reventa por la persona misma del revendedor, la exigencia de revender dentro de determinado radio, en determinadas condiciones y bajo la vigilancia de la empresa son situaciones que permiten demostrar la existencia de un nexo de dependencia característico del contrato de trabajo (Hernández, 2005*). Así lo establece:

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

A veces se da a la relación laboral la apariencia de una relación mercantil. Cuando los servicios del trabajador se ejercitan vendiendo al público los productos de una industria determinada, se trata a menudo de dar al contrato la forma simulada de una compraventa comercial. En apariencia, el trabajador no es sino un comerciante que adquiere unos productos para revenderlos. Sin embargo, las modalidades que acompañan a ese contrato simulado: el hecho de la reventa por la persona misma del revendedor, la exigencia, por ejemplo, de revender dentro de un determinado radio, en determinadas condiciones y bajo la vigilancia de la empresa, sirven

frecuentemente para demostrar la existencia de un nexo de dependencia característico del contrato de trabajo' (Caldera, Rafael. Derecho del Trabajo, Tomo I, Segunda Edición, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1960, pp. 279-280).

Agrega la Sala Social:

En relación con la prestación de trabajo en condiciones de fraude o simulación, el Profesor Oscar Hernández Álvarez, expresa: (...) 'La simple prestación de servicios por parte de los "distribuidores" o "concesionarios" hace presumir que entre ellos y las empresas existe una relación de trabajo. Correspondería a las empresas destruir esta presunción y probar que se trata de una relación jurídica de otra naturaleza. Para efectuar esta prueba no basta la existencia de un contrato supuestamente civil o mercantil, ya que de acuerdo al principio de irrenunciabilidad de las normas laborales y de primacía de la realidad, la presunción laboral no puede ser desvirtuada por declaraciones de voluntad, sino por hechos que determinen que la prestación de servicios se presta en condiciones de independencia y autonomía tales que constituyen una relación jurídica de naturaleza diferente' (Hernández Álvarez, Oscar. La Prestación de Trabajo en Condiciones de Fraude o Simulación. Consideraciones Generales y Propuesta para una Reforma de la Legislación Laboral Venezolana. En: Estudios Laborales en Homenaje a Rafael Alfonso Guzmán, Tomo I, UCV Ediciones, Primera Edición, Caracas, 1986, pp. 397-406).

El Tribunal Supremo de Justicia considera que de la aplicación del *principio de relatividad de los contratos*, consagrado en el artículo 1.166 del Código Civil y de los principios laborales de *irrenunciabilidad de las normas laborales, de la presunción de la relación de trabajo y de la primacía de la realidad*, se puede concluir que:

La existencia de un contrato de compra venta mercantil entre dos personas jurídicas y la prestación del servicio personal por otra persona distinta a los demandantes, de manera ocasional, no son suficientes para desvirtuar la existencia de la relación de trabajo, pues de las pruebas examinadas por el Juez de Alzada se evidencia que no fueron destruidos los elementos característicos de la relación de trabajo: prestación personal del servicio, labor por cuenta ajena, subordinación y salario, pues no basta la existencia de un contrato mercantil entre el patrono y un tercero y la prestación accidental del servicio por otra persona, por aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo y de primacía de la realidad, antes referidos, para desvirtuar la presunción laboral, sino que debió el patrono demostrar con plena prueba que la prestación personal del servicio se efectuó en condiciones de independencia y autonomía, que permitiera al juez arribar a la absoluta convicción de que la relación jurídica que los vincula es de una condición jurídica distinta, circunstancia esta última ausente en el caso examinado, y, como se ha demostrado en el caso de autos, que los actores prestaban un servicio personal a la demandada y que ésta no desvirtuó la presunción legal, ha debido el juez aplicar la norma al caso concreto, porque de no ser así evadirían fácilmente el cumplimiento de las normas en materia de Derecho Laboral.

Parte de la doctrina saludó la sentencia como la esperanza del inicio de una política judicial que enfrentase las prácticas fraudulentas (Hernández y Richter, 2000), y otorgó a la sentencia especial relevancia por cuanto recae en un sector que se ha caracterizado por utilizar mecanismos de fraude que ha ido perfeccionando a través del tiempo, incluso aprendiendo de las sentencias y que tradicionalmente ha opuesto importantes obstáculos al cumplimiento de las normas laborales, convirtiéndose en privilegiados dentro del ámbito patronal (Gerson, 2000). No obstante, señala Hernández (2005*) que, la discusión sobre la sentencia de DIPOSA no aportó mayores novedades al viejo debate planteado en la doctrina y en la jurisprudencia en

relación al tema y en el cual los argumentos que se esgrimen en uno y otro sentido dependen de la posición ideológica que se tenga ante estas manifestaciones. Así, se dice:

- Que se desvirtúa el sentido de la presunción laboral, pues los demandantes no actuaban a título personal, sino en representación de compañías mercantiles debidamente constituidas, que eran las que compraban la cerveza, de manera que la actividad personal de distribución de los actores no se cumplía para DIPOSA sino para las compañías distribuidoras que los actores representaban.

En efecto, frente a esta decisión judicial, algunas corrientes doctrinarias, no pueden dejar escapar el hecho de que al amparo de la presunción de laboralidad, el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo se ha venido extendiendo a relaciones dudosamente laborales, esto es, a relaciones que no necesariamente reúnen los elementos típicos de este tipo de relación: salario, ajenidad, prestación personal de servicios y dependencia; en virtud de lo cual consideran se ha ido desnaturalizando la presunción de laboralidad como uno de los mecanismos de protección más importantes con el que cuentan los trabajadores (Márquez, 2005).

Más aún, para Márquez (2005), al lado de la prestación personal del servicio, de la remuneración y de la dependencia, el ordenamiento jurídico postula otro elemento de igual peso: debe tratarse de una labor por cuenta ajena (ajenidad). Sostiene que, si el juzgador hubiese incorporado a la ajenidad como elemento de análisis para determinar la laboralidad de las relación jurídica comentada, la conclusión del fallo probablemente hubiese

sido distinta. En otras palabras, no se analizó el carácter de las relaciones bajo el prisma de la ajenidad al no precisarse el sujeto que asume los riesgos económicos de la actividad o explotación; porque cierto es que el riesgo asociado a la reventa de la cerveza y malta es asumido íntegramente por el distribuidor. En tal sentido, se marginó la ajenidad como elemento definidor de la relación de trabajo.

Igualmente, se afirma que la sentencia de DIPOSA estima como claros indicios de dependencia el hecho de que los actores estaban obligados a revender exclusivamente los productos de la empresa contratante, y exclusivamente dentro de la zona geográfica determinada por ésta. El Tribunal Supremo pasa así por alto que la exclusividad es de la esencia de diversos contratos mercantiles como el de franquicia o el de distribución exclusiva, donde dicho sea de paso, la obligación de exclusividad es con frecuencia recíproca (Márquez, 2005). Para el autor, el que prácticamente se haya equiparado la exclusividad a la dependencia o subordinación, ha dado lugar a una flexibilización del concepto de dependencia. Cuando la dependencia es dudosa, la ajenidad adquiere una importancia capital en la determinación de la laboralidad del vínculo. Si el fallo hubiese estado acompañado del análisis de la ajenidad, se evitaría que la flexibilización se traduzca en un desbordamiento de la legislación laboral, esto es, en la aplicación de la ley laboral a relaciones materialmente mercantiles que no reúnen los elementos de prestación personal de servicios, ajenidad, dependencia y remuneración, característicos de la relación de trabajo.

También se observa una radicalización de los principios de irrenunciabilidad y de primacía de la realidad sobre las formas. Para Márquez

(2005), subyacente en el fallo comentado, ha supuesto que relaciones contractuales materialmente mercantiles, concertadas como tales por personas plenamente capaces de contratar y que han manifestado su consentimiento de manera libre, consciente y espontánea, queden arropadas por la legislación laboral, aún cuando esta última le reporte menos beneficios a ambas que una relación de carácter mercantil. Y es que hoy en día se reconoce que la prestación de servicios no sujeta al Derecho del Trabajo puede ser una opción jurídicamente lícita y ajena a todo propósito fraudulento, en cuanto motivada en exigencias técnicas o de gestión.

Ante ello se podría argumentar que, en la realidad de las cosas (principio de primacía de la realidad que los críticos de la sentencia consideran radicalizado por la misma) tales compañías distribuidoras no eran empresas en el sentido técnico de la expresión (organización de bienes y servicios destinados a la realización de una actividad económica con fines lucrativos) ya que carecían de ese sustrato organizativo real, sino que se trataba de simples construcciones jurídicas formales, exigidas por la empresa cervecera como condición *sine qua non*, de manera que eran los vendedores, las personas físicas que demandaron, quienes en la práctica cumplían la actividad de distribución de cerveza producida por DIPOSA (Hernández, 2005).

- Se señala que los actores venían desempeñando su actividad a título personal, pero luego constituyeron unas compañías que celebraron contratos mercantiles con DIPOSA, de donde debe concluirse que cualquier relación laboral cesó en el momento en que se constituyeron estas compañías y celebraron el contrato mercantil de distribución. Puede contrargüirse que la constitución de la compañía fue una exigencia de DIPOSA a la cual no

podían negarse los actores, pero que el cumplimiento de este formalismo jurídico no alteró la realidad sustancial de la relación existente, pues eran los mismos actores quienes seguían manejando los camiones, en las áreas y condiciones fijadas por DIPOSA y eran ellos quienes distribuían la cerveza (Hernández, 2005).

- Se argumenta que en la economía moderna existen diversas formas de contratos de colaboración empresarial que se encuentran ubicados en el ámbito mercantil y no en el laboral. Se puede contra argumentar que si bien es cierta la existencia de relaciones de colaboración empresarial, no lo es menos que tales relaciones sólo pueden darse entre empresas y que no puede llamarse “empresa” a la actividad personal que desempeña un señor que maneja un camión y distribuye cerveza (Hernández, 2005).

- Se alega que los vendedores de cerveza no pueden ser trabajadores porque, en virtud del tipo de contrato que han celebrado disfrutan de mejores condiciones económicas que las que usualmente corresponden a los choferes de camiones (Hernández, 2005). Así, si bien podría considerarse que al aceptar la forma mercantil el prestador de servicios renuncia a las ventajas de la ley laboral, esa renuncia se ve más que compensada por el sustrato económico de la relación mercantil que le permite (i) disfrutar de unos ingresos superiores a los que percibía como trabajador dependiente; (ii) establecer un vínculo directo entre su esfuerzo y su nivel de ingresos, creando un sentido de propiedad con su fondo de comercio; y (iii) disfrutar de una condición de trabajador independiente o, si se prefiere, atenuadamente dependiente (Márquez, 2005).

La intervención judicial dirigida a imponer la legislación laboral a relaciones contractuales que se acreditan sustancialmente superiores al régimen ofrecido por la ley laboral, no sólo es contraria a la autonomía de voluntad de las partes sino que además termina produciendo una suerte de “igualación hacia abajo” mediante la cual el trabajador independiente es forzado a aceptar un régimen de trabajo menos favorable para sus intereses. En última instancia, una intervención judicial en este sentido frustra el propósito último de la irrenunciabilidad, a saber, que los trabajadores no pacten condiciones de trabajo menos favorables que las ofrecidas por la ley laboral (Márquez, 2005).

Frente a este planteamiento puede decirse que, en primer lugar, la existencia de mejores o inferiores condiciones económicas no es un criterio aceptado por la doctrina ni por la jurisprudencia para determinar la naturaleza laboral o no de una determinada relación. Existen relaciones de trabajo en las cuales el prestador de servicio gana mucho dinero, como también, existen aquellas en las cuales las condiciones remuneratorias son precarias. Por otra parte, es muy relativo decir que los trabajadores que realizan este tipo de contratación tienen condiciones mucho más favorables que aquellos que son titulares de un contrato de trabajo común y corriente. Es cierto que los distribuidores de cerveza y algunos distribuidores de refrescos tienen buenas y, en ocasiones, altas remuneraciones. Pero no puede decirse lo mismo de azafatas, vendedores de helados, y vendedores de perros calientes que tienen el mismo tipo de contratación. En todo caso, quienes prestan servicios laborales mediante una relación de trabajo encubierta pueden tener buenos ingresos mientras trabajan, pero carecen absolutamente de protección social, debido a que deben personalmente asumir los riesgos de enfermedad, desocupación, vejez, muerte, etc., de

manera que, en la verdad de las cosas no es cierto que su situación sea tan favorable (Hernández, 2005).

No obstante, para Márquez (2005), las consecuencias del fallo para la categoría de los “trabajadores independientes” pueden ser sumamente negativas. Se muestra al trabajador como un sujeto incapaz de discernir si, a la vista de las circunstancias de su caso concreto, le conviene más el régimen mercantil o el laboral. La valoración que el trabajador haga poco importa pues el legislador imperativo lo ha sustituido en su juicio. Por tanto, de afianzarse la radicalización de los principios de irrenunciabilidad y primacía de la realidad (de lo que el juez considera que es la realidad) sobre las formas, algunos patronos optarán por sustituir a los trabajadores independientes con personal subordinado, amparado por el estatuto laboral, pero con unos ingresos sustancialmente inferiores a los que hubiesen disfrutado bajo el régimen mercantil (Márquez, 2005).

- Se critica a la sentencia porque no toma en cuenta sus efectos económicos, perjudiciales a un sector productivo de la economía que genera mucho empleo (Hernández, 2005). Los contratos laborales son de naturaleza distinta de los contratos comerciales. La posibilidad de que los contratos comerciales tengan implicaciones de responsabilidad laboral generaría importantes distorsiones en la economía con consecuencias negativas para el bienestar de la sociedad. Sostener el criterio enunciado por la jurisprudencia objeto de análisis, puede traer como consecuencia que se restrinjan las posibilidades de utilizar contratos comerciales eficientes y, por tanto, de que se reduzca la eficiencia, en términos de costos de operación de una empresa. Por cuanto la sentencia aumenta los costos de transacción en la economía formal, las empresas tratarán de protegerse del riesgo de que

en una relación comercial existan implicaciones laborales (Alayón y Obuchi, 2005).

Así mismo, al extender el 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, esta corriente jurisprudencial termina por devolverse en contra de los intereses de los trabajadores autónomos o independientes. Esta categoría de trabajadores está constituida en Venezuela por los distribuidores de cerveza, malta, refrescos, agua mineral, leche; por los distribuidores de gas doméstico; por los transportistas de gasolina; por los repartidores de prensa o “ruterros”, entre otros (Márquez, 2005).

A ello responde Hernández (2005), al sostener que si en el país existen sectores productivos y generadores de empleo que cumplen con la legislación laboral ¿Por qué en algunos sectores la productividad y generación de empleo deben estar sujeta a la evasión de dicha legislación?.

Para Alayón y Obuchi (2005), una decisión judicial puede tener efectos económicos, tanto positivos como negativos, que van más allá de la simple esfera de los agentes involucrados y que puede llegar a tener incluso repercusiones nacionales en términos macroeconómicos. En primer lugar, la decisión tiene costos y beneficios asociados a las partes en conflicto. Segundo, la decisión tiene un efecto sobre el comportamiento de agentes que se encuentran en circunstancias similares. Tercero, la decisión puede tener efectos sobre mercados conexos. Finalmente, la magnitud relativa de la

decisión puede conducir a modificaciones en los agregados macroeconómicos lo cual potencialmente puede afectar el bienestar de la sociedad en su conjunto.

Sin lugar a dudas, el fallo antes comentado ha dado lugar a una serie de cuestionamientos sobre los argumentos que sustentan dicha corriente jurisprudencial, proclive a expandir los límites de la aplicación de la ley laboral, desenvolviéndose –de acuerdo al criterio de algunos- en contra de los trabajadores autónomos o independientes, y es que adicional a los argumentos expuesto en contra y a favor de la tesis jurisprudencial comentada, se sostienen los siguientes criterios, veamos:

Para Márquez (2005), el Tribunal Supremo de Justicia incurre en una inexcusable confusión de los conceptos de relatividad y oponibilidad de los contratos. En efecto, que los documentos constitutivo-estatutarios de las sociedades mercantiles distribuidoras de cerveza y los contratos celebrados entre éstas y la empresa demandada tengan efecto relativo y por tanto obliguen sólo a las partes contratantes no obsta para que estos documentos sean oponibles a terceros como medios de prueba para demostrar o desvirtuar determinados hechos. Tanto es así que el propio Tribunal Supremo le da fuerza probatoria a esos documentos para demostrar el pago del salario, con lo cual la sentencia del Tribunal Supremo realiza una desigual y discriminatoria valoración de los medios de prueba. De hecho, de haberse admitido la fuerza probatoria de tales documentos, las relaciones contractuales discutidas muy probablemente hubiesen quedado al margen del Derecho del Trabajo.

Y es que de acuerdo lo explica el citado autor, el efecto directo e inmediato de esta confusión entre la relatividad de los contratos y su oponibilidad frente a terceros es convertir a la presunción *juris tantum* en una presunción *jure et de jure* (que no admite prueba en contrario), lo cual, en última instancia, constituye una violación del derecho de defensa de la parte demandada en el juicio laboral (hace más gravosa, por no decir imposible, la contraprueba).

La decisión bajo estudio puede ser fuente de confusión en cuanto a la naturaleza de las relaciones laborales y las comerciales. En opinión de Carballo y Villasmil (2005), resulta común el debate judicial en torno a la naturaleza de las relaciones jurídicas que, a pesar de haber sido declaradas a priori de carácter no laboral por los sujetos involucrados, son luego denunciadas –por quien, en la esfera de dicha interacción, presta servicios personales- como ficticia o simulada a los fines de evadir el régimen de protección que entrañan el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. En este sentido es posible advertir una cierta tendencia de nuestros órganos jurisdiccionales a declarar, en efecto, simuladas las interacciones sometidas a su conocimiento y descubrir subyacente (disimulado) un vínculo de naturaleza laboral cada vez que aprehenden elementos de juicio que apuntalan subordinación de quien presta el servicio respecto de quien lo apropia.

En este contexto, la posibilidad de simulación no parece corresponder con las características de la operación de la empresa ni de sus necesidades de distribución. Es importante recordar que existen marcadas diferencias, tanto de eficiencia como de costos, entre una relación laboral y un contrato comercial; de hecho los beneficios, en términos de eficiencia de la

distribución, son mayores a través de un sistema de contratos comerciales con distribuidores independientes que a través de una fuerza de distribución integrada a la empresa (Alayón y Obuchi, 2005).

Es de señalar que con ocasión de esta sentencia, algunas empresas que emplean sistemas de organización de trabajo similares al afectado por ella, analizaron la posibilidad de “laboralizarlos”, es decir, de sustituir las relaciones calificadas como “mercantiles” con concesionarios y distribuidores con relaciones laborales efectivas, ajustando condiciones de trabajo y remuneración, a fin de tratar de evitar los ingentes costos que supone la aplicación imperativa y retroactiva, mediante sentencias, de la legislación laboral a unas relaciones cuyos costos habían sido originariamente calculados sobre la base de la no aplicación de esta normativa. Esta posibilidad encontró un gran obstáculo en la norma constitucional que prohíbe hacer transacciones laborales durante la vigencia de la relación de trabajo (Hernández, 2005*).

Por último, vale decir que nuestros órganos judiciales con competencia en materia laboral suelen declarar la existencia de contratos de trabajo encubiertos tras pretendidos vínculos jurídicos de naturaleza civil o mercantil, sin que –en la mayoría de los casos- se precisen los rasgos diferenciadores entre las distintas modalidades contractuales que se someten a su conocimiento. En efecto, se estiman relevantes, a los fines de declarar el carácter laboral del vínculo jurídico que existió entre la accionada y los demandantes, aquellos caracteres que la doctrina mercantil más generalizada le imputa, precisamente, a los contratos de concesión o distribución, estos son, la venta de productos por parte del concedente al distribuidor, la asignación de una zona exclusiva donde éste despliegue su

actividad de reventa, la fijación del precio de reventa de los productos, la colaboración del concedente en materia de publicidad y mercadeo de los productos, etc. De tal manera que no es posible extraer del fallo que se analiza aquellos rasgos o caracteres que permitieron sostener la naturaleza laboral del vínculo jurídico sometido a consideración de la Sala Social, esto es, los límites que habrían de observarse entre quienes, de buena fe y en ejercicio de la libertad de contratación, quisieren obligarse bajo la modalidad de concesión o distribución (Carballo y Villasmil, 2005).

Esta actitud conspira contra la seguridad jurídica de los contratantes – quienes requieren conocer desde el inicio el alcance de las obligaciones asumidas, a los fines de ponderar si dicha modalidad comercial resulta idónea para satisfacer sus intereses- y, a su vez, desconoce la coexistencia de diversos tipos contractuales que entrañan, al igual que el contrato de trabajo, la prestación personal del servicio (contratos prestacionales o de actividad) (Carballo y Villasmil, 2005).

- Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 31 de mayo de 2001, con ponencia del Magistrado Omar Mora Díaz, en el caso: Enrique Rondón y Jesús Del Valle Ramos vs Distribuidora Polar S.A. (DIPOSA).

Los actores habían demandado su carácter de trabajadores alegando que ellos habían prestado servicios personales bajo la dependencia de DIPOSA, no obstante que, en apariencia, la relación con esta empresa era de naturaleza mercantil y se había establecido entre ella y las sociedades mercantiles de las cuales los actores eran representantes legales. En otras

palabras, los actores alegaban la existencia de una relación de trabajo encubierta. El Juez Superior, ratificando una sentencia de primera instancia, y basándose en la apreciación de varios contratos y documentos mercantiles suscritos por los actores y presentados por la demandada, apreció que dichos documentos constituían una confesión espontánea de los actores respecto de las condiciones bajo las cuales prestaban servicios (Hernández, 2005*), de donde concluyó que:

Las relaciones habidas con la demandada fueron bajo el ámbito de aplicación de un contrato de venta mercantil, para la adquisición de cerveza y malta al por mayor, a fin de revenderla al comercio detallista o al detal la Distribuidora Lismary S.R.L y La Cava De Jesús del Valle S.R.L, de la cual, como se ha dicho reiteradamente, tanto Rondón como Jesús del Valle, eran socios y administradores respectivamente.

Como punto previo a su decisión, la Sala advierte que sentenciará este caso en los mismos términos en que se decidió el caso de Félix Ramírez y otros, que venimos de comentar. En efecto, la Sala decidió, al igual que en el referido caso, que más allá de las apariencias formales creadas por las partes para evadir la legislación laboral, en este caso también se estaba ante una relación de trabajo. Pero la fundamentación de la sentencia no es idéntica, pues en esta ocasión la Sala da poca importancia al tema de la relatividad de los contratos y, con una argumentación más coherente, centra el fundamento de su decisión en el hecho de que estando probada la prestación de un servicio personal por parte de los actores, se había establecido la presunción de la relación laboral, la cual no puede ser desvirtuada con la sola presentación de los contratos y documentos de apariencia mercantil promovidos por la demandada (Hernández, 2005*).

Establece la sentencia:

Considera la Sala, luego de examinar la sentencia impugnada, que estando debidamente probado que los actores prestaban un servicio personal para la demandada, pues la decisión impugnada señala que los actores compraban cerveza y malta a la accionada y que debían vender estos productos en una zona determinada; de donde queda establecido una prestación personal de servicios, y de acuerdo con la propia sentencia, los accionantes afirmaron que se trataba de una relación laboral y que ese hecho no fue desvirtuado por los documentos constitutivos estatutarios de unas sociedades mercantiles, ni por los contratos de compra-venta mercantil celebrados entre unas sociedades mercantiles y la demandada, porque, en primer lugar esas sociedades mercantiles no son parte en este juicio, y, en segundo lugar, en la realidad de los hechos eran los actores quienes personalmente ejecutaban la labor de compra venta de cerveza y malta, cuestión que realizaban en condiciones particulares, pues estaban obligados a comprar los productos que la demandada obtenía de Cervecería Polar C.A. a revender dichos productos a los comerciantes detallistas que figuraban en la cartera geográfica que forma parte del contrato y a no vender ni negociar cerveza, malta o bebidas refrescantes de otras empresas, a pintar los vehículos que utilice para la reventa de la cerveza y malta Polar; a pagar de contado a la demandada los productos y a revenderlos a los precios que ésta indicara, razón por la cual, ha debido el juez aplicar correctamente el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo y no como lo hizo.

(...) Por todo ello esta Sala considera que la existencia de un contrato de compra venta mercantil entre dos personas jurídicas y la prestación del servicio personal por otras persona distinta, no es suficiente para desvirtuar la existencia de la relación de trabajo: prestación personal del servicio, labor por cuenta ajena, subordinación y salario, pues no basta la existencia de un contrato mercantil entre el patrono y el trabajador, por aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo y la primacía de la

realidad, antes referidos, para desvirtuar la presunción laboral, sino que debió el patrono demostrar con plena prueba que la prestación personal del servicio se efectuó en condiciones de independencia y autonomía absoluta, que permitieran al juez arribar a la completa convicción de que la relación jurídica que los vincula es de una condición jurídica distinta, circunstancia esta última ausente en el caso examinado, y, como se ha demostrado en el caso de autos, que los actores prestaban un servicio personal a la demandada y que ésta no desvirtuó la presunción legal, ha debido el Juez aplicar la norma al caso concreto, porque de no ser así evadirían fácilmente el cumplimiento de las normas en materia de Derecho Laboral.

(...) En conclusión, las faltas en que incurre el juez en la sentencia examinada, al considerar que la relación existente entre los actores y la demandada era de carácter mercantil, en violación de las normas antes indicadas, constituye un error de juicio que se manifiesta en la errónea interpretación del artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo y la falta de aplicación del artículo 1.397⁶¹ del Código Civil. Por los motivos anteriormente indicados, esta Sala de Casación Social casa de oficio la sentencia impugnada.

- Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 28 de mayo de 2002, con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, en el caso: J. Aray y otros contra Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (IAAM).

Haciendo referencia al artículo 65 LOT la Sala de Casación Social deja por sentado que, una vez ha sido comprobada la prestación personal del servicio por quien se adjudica la condición de trabajador, se presume la existencia de una relación de trabajo. Es en ese momento cuando se invierte

⁶¹ Artículo 1.397 del Código Civil venezolano: “La presunción legal dispensa de toda prueba a quien la tiene en su favor.”

la carga de la prueba y corresponde al empleador probar la existencia de algún hecho capaz de desvirtuar dicha presunción legal, es decir, demostrar la inexistencia de los restantes elementos que integran la relación laboral, a saber: desempeño de la labor por cuenta ajena, subordinación y salario.

Para dejar más en claro este punto, la Sala cita la sentencia del 16 de marzo de 2000 (Félix Ramón Ramírez y otros contra Polar S.A. –Diposa-) que ilustró el conjunto de presunciones legales dirigidas a proteger la condición de trabajador en los casos donde resulta difícil determinar una relación como laboral o extralaboral, advirtiendo que lo primero que debe analizar el sentenciador es la existencia o no de la prestación personal de un servicio por un sujeto a quien se reconoce como trabajador, para con otro, a quien se califica como patrono, pues si no hay quien reciba la prestación del servicio resulta absurdo pretender la existencia de una relación de índole laboral.

En el caso que ocupa a la Sala, los presuntos trabajadores no cumplieron con la carga de probar la existencia de la prestación de un servicio personal a un sujeto determinado, en este caso, al Instituto demandado, directa o indirectamente, luego de lo cual mal podría presumirse entonces la existencia de un vínculo laboral entre los demandantes y la accionada. Es decir, que al no quedar demostrado en autos que los demandantes hayan prestado un servicio personal al Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía, ni siquiera se dio paso a la aplicación de la presunción iuris tantum contemplada en el artículo 65 LOT. Al no nacer el hecho constitutivo de dicha presunción -la prestación de un servicio personal a un sujeto no comprendido dentro de las excepciones establecidas en el único aparte del artículo 65 LOT-, tampoco surge la obligación del

pretendido patrono de desvirtuar la supuesta vinculación laboral con los demandantes.

Por tal motivo, al no constatarse la existencia de una prestación personal de servicios por parte de los demandantes para con la demandada, el sentenciador se vio obligado a declarar la inexistencia de la relación de trabajo en el presente caso.

La importancia de esta sentencia, además de destacar la relevancia de la ajenidad como un elemento definitorio de la relación de trabajo junto con la subordinación o dependencia y la remuneración, estriba también en señalar que actualmente es indiscutible que el empleador caiga en la tentación de evadir las normas que el legislador ha establecido con la finalidad de proteger al trabajador, buscando el empleador encubrir la existencia real del contrato de trabajo con la apariencia simulada de otro negocio de naturaleza diferente. En base a ello, resalta el juzgador que *“debe al menos presumirse la existencia de una relación jurídica de índole laboral, ya que de esta circunstancia depende la delimitación de un acto como simulatorio o fraudulento.”*

Dice el sentenciador:

Ahora bien, la jurisprudencia de este Alto Tribunal, interpretando el alcance y contenido de la ut supra disposición, ha esbozado lo siguiente: ‘De acuerdo con la disposición transcrita, establecida la prestación personal del un servicio, debe el sentenciador, salvo que se trate de la excepción contemplada en la regla general, considerar existente la relación de trabajo, y, por admitir dicha presunción, prueba en contrario, de acuerdo con la

doctrina generalmente aceptada, centrar el examen probatorio en el establecimiento de la existencia o no de algún hecho capaz de desvirtuar la presunción legal'. (Sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 09 de marzo de 2000).

Igualmente, esta Sala, ampliando la jurisprudencia citada, señaló en fecha 16 de marzo de 2000, lo que sigue: '(...) Una vez demostrado el hecho constitutivo de la presunción, en el caso concreto de la prestación de un servicio personal a un sujeto no comprendido dentro de las excepciones establecidas en el único aparte del citado artículo 65, se debe establecer la consecuencia que deriva de la norma jurídica que consagra tal presunción, a saber, la existencia de una relación de trabajo, la cual por mandato legal expreso, se tiene por plenamente probada, salvo prueba plena en contrario, es decir, que el juez debe tener por probado fuera de otra consideración la existencia de una relación de trabajo, con todas sus características, tales como el desempeño de la labor por cuenta ajena, la subordinación y el salario ...

Así, cabe destacar de los avances jurisprudenciales sub iudice un importante elemento el cual, y en el marco de la prestación personal de servicio constitutiva de la presunción de existencia de la relación de trabajo, resulta indispensable.

Tal elemento o condición que se integra en la propia prestación de servicio, se encuentra fundado en el sentido de que esta (la prestación personal de servicio), debe percibirla un sujeto a entender, una persona natural o jurídica.

Es por ello, que el propio artículo 65 de la Ley in comento de una manera contundente refiere, a que la presunción de existencia de una relación de trabajo surgirá 'entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba', hecha salvedad de la excepción allí contenida.

Dicha connotación de quien recibe la prestación personal del servicio se circunscribe, como una nota esencial y lógica al momento de perfeccionarse la presunción de la existencia de la relación de trabajo.

Ciertamente, para que pueda entenderse a una relación jurídica de naturaleza laboral, es necesario como hemos relatado, la preexistencia de una prestación personal de servicio, la cual evidentemente, ejecutará el trabajador, y del otro extremo naturalmente, estará quien reciba dicha ejecución (patrono).

Sin duda alguna, de no haber quien reciba la prestación personal del servicio, absurdo sería sostenerse la existencia de algún vínculo jurídico de naturaleza laboral, aún más, cuando pese a evidenciarse la materialización de dicha prestación personal de servicio y de alguien quien la reciba, la consecuencia es el establecimiento de una presunción que podrá ser desvirtuada al demostrarse la inexistencia de los restantes elementos que la integran, a saber: labor por cuenta ajena, subordinación y salario.

Reconoce esta Sala los serios inconvenientes que se suscitan en algunas relaciones jurídicas al momento de calificarlas dentro del ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo. Es significativa al respecto la existencia de las denominadas 'zonas grises' o 'fronterizas', expresiones explicativas de aquellas prestaciones de servicio, cuya cualidad resulta especialmente difícil de determinar como laboral o extralaboral.

Sin embargo, la legislación laboral, como la aplicación judicial y jurisprudencial en los casos litigiosos concretos ha solventado de alguna manera la problemática, insertando un sistema de presunciones e indicios de laboralidad para facilitar tal misión de indagación.

Ya la Sala, en la propia decisión de fecha 16 de marzo de 2000 (Félix Ramón Ramírez y otros contra Polar, S.A. Diposa), ilustró con relación al

conjunto de presunciones legales dirigidas a la protección del status trabajador, en el tenor siguiente: ...

Insertos en este orden de ideas, interesa concluir que toda relación jurídica en la que se pretenda atribuir la connotación de laboralidad se hace forzoso previamente, el evidenciar la prestación de un servicio personal de un sujeto a quien reconocemos como trabajador, para con otro a quien calificamos como patrono.

La anterior reflexión nos permite entender, el fundamento consolidado en el ámbito jurisprudencial bajo el cual corresponde a quien se abroga la condición de trabajador demostrar (probar) la ejecución personal de un servicio para otro, el cual lo recibe.

Esta Sala de Casación Social en la comentada sentencia del 16 de marzo del año 2000, abundó sobre lo referido afianzando la obligación del pretendido trabajador en probar la prestación de un servicio personal a un sujeto determinado. Sólo cumpliéndose con dicha carga podrá presumirse la relación de trabajo entre el que presta el servicio y el que lo recibe, salvedad hecha de la posibilidad de desvirtuar la supuesta vinculación laboral dada la inexistencia de alguno de sus elementos constitutivos, pero que en todo caso corresponderá al sugerido patrono demostrarlo (...)

(...) En concreto, la sentencia recurrida en su parte narrativa, esboza los argumentos efectuados por los accionantes en su libelo de demanda, y en tal sentido señala: ...

De igual forma, la recurrida, como fundamento esencial para desestimar la presente acción, señala lo siguiente: Según hemos analizado en el cuerpo de esta sentencia, no quedó demostrado en autos que los 'peticionantes' le hayan prestado al instituto demandado, el 'servicio personal' que daría nacimiento a la aplicación de esa norma, de esa presunción juris tantum así establecida...

Conforme a los extractos de la sentencia recurrida se observa como el juzgador consideró que los actores (supuestos trabajadores), no cumplieron con la obligación de demostrar que prestaban un servicio personal para con la demandada (pretendido patrono).

Ahora bien, ciertamente, constata la Sala de los propios razonamientos explanados por la parte actora para hacer valer su pretensión, que la prestación de servicio por estos ejecutada no la recibía directamente el instituto demandado, sino por el contrario un tercero usuario de la accionada.

Efectivamente, los llamados ‘maleteros’ ejecutan su actividad de transporte de equipajes para los pasajeros o usuarios de las instalaciones del instituto demandado, pero son estos en definitiva los que reciben la materialización de tales servicios.

En este contexto, los actores se encontraban obligados en probar que los servicios por ellos prestados los recibían de manera al menos indirecta la demandada, ejemplo –situaciones de intermediación o contratistas-, pues, en caso contrario, imposible sería avalar la verificación de la presunción de la existencia de la relación de trabajo entre estos y la accionada.

No cabe duda, que de la recurrida se evidencia como hecho establecido, la prestación por parte de los actores de los servicios antes relatados, mas, ello no conllevaría a concluir, que los mismos los recibió la parte demandada.

No observa la Sala del análisis probatorio efectuado por la recurrida, que exista prueba alguna capaz de patentar el que los servicios prestados por los actores los percibía la parte demandada directa o indirectamente.

Sin embargo, relatan los actores una serie de situaciones que a su entender, son definitorias del elemento subordinación o dependencia en la supuesta relación de estos con la demandada.

Sobre el particular, es de hacer notar, el que indubitadamente se constata la existencia de una relación jurídica entre una asociación civil que integra a los actores y la demandada, solo que en dicha relación al individualizarse el substrato personal de la comentada asociación, el elemento prestación personal de servicio para con la accionada no es posible de verificar.

Debemos recordar que toda relación de naturaleza consensual o contractual, responde a las obligaciones contraídas por las partes, y por tanto, una de ellas, queda sujeta a la voluntad de la otra, pues en definitiva, de la actitud o conducta de estas (las partes) devendrá la idoneidad para hacer de tal acuerdo o contrato un instrumento eficaz para satisfacer sus respectivas pretensiones.

En conclusión, al no poder probar la parte actora que la prestación personal de los servicios ejecutados la recibía la parte demandada, resulta imperioso desestimar la infracción de la norma delatada, a saber, el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues, no procedía establecer la presunción allí contenida. Al no constituirse el hecho conocido (prestación personal de un servicio y otro quien la reciba) que permitiría determinar el desconocido (existencia de la relación de trabajo). Así se establece (...)

(...) Efectivamente, esta Sala en la decisión comentada por el recurrente en su denuncia, sostuvo la interpretación que tradicionalmente se le ha conferido al artículo 1.166 del Código Civil.

Es así como señalo que los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes, no dañando ni aprovechando a los terceros, a excepción hecha de los casos estipulados en la ley. Por tanto, mal puede un contrato

generar algún vínculo jurídico u obligación, con respecto de los terceros ajenos a la relación contractual que se les pretende oponer.

Tal alcance de la disposición comentada obligó a determinar, el que para las situaciones en que se encuentre en discusión la naturaleza laboral o no de una específica relación jurídica, será insuficiente el alegar estipulaciones de orden contractual ajenas a las partes contratantes, y en particular, a las personas naturales que se corresponden con la entidad del trabajador.

Conforme a lo expuesto, visualiza la Sala del caso in comento, que el formalizante esgrime la improcedencia de los contratos de concesión suscritos entre la Asociación Civil Unión Porters Simón Bolívar, Asociación Civil Porters de Maiquetía y la Asociación Cooperativa Mixta de Servicios (ACOAPE), terceros al juicio; y el Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (I.A.A.M.), parte demandada.

En tal sentido, no hay duda que los miembros integrantes de cada una de las distintas asociaciones arriba citadas, en su esencia, son personas naturales ajenas a la vinculación contractual ut supra referida, y por tanto, conforme al criterio expuesto de la relatividad de los contratos, tales estipulaciones mal pueden desvirtuar la naturaleza laboral o no de la relación jurídica que estos pudieran mantener con la parte demandada.

No obstante (...) la negativa en afirmar la existencia de una relación jurídica de naturaleza laboral entre la parte demandada y los actores, a entender, los miembros de las asociaciones antes señaladas, no estribó en la eficacia probatoria que se le hubiera conferido a los contratos de concesión precedentemente mencionados, sino al hecho de que dada la propia actividad que ejecutaban los demandantes, no se constató la existencia de una prestación personal de servicios por parte de estos para con la demandada.

Ante ello, ninguna trascendencia tiene la valoración que el sentenciador hubiere conferido a dichos contratos de concesión, puesto que de allí no radicó la orientación que indujo a declarar la inexistencia de una relación de trabajo en el presente asunto. Así se establece (...)

(...) En su decisión, la Sala considera que:

Independientemente de las deficiencias técnicas que pudiera presentar la denuncia in comento, esta Sala considera conveniente exponer las razones jurídicas que de antemano hacen improcedente la misma.

Al particular de la denuncia planteada, la Sala, en fecha 16 de marzo de 2000, citando al Doctor Rafael Caldera, señaló:

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

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

De tal manera, entiende la Sala ampliamente la problemática que se presenta con relación a los mecanismos de simulación y fraude tendientes a evadir la aplicación de las normas del Derecho del Trabajo, pretendiendo en apariencia que se trata de una relación o negocio jurídico de otra naturaleza.

Pero más allá de tal situación, resulta incuestionable el afirmar, que para constatar situaciones de fraude o simulación en la relación de trabajo, deben primeramente, desmantelarse esos actos, lógicamente sustentándose en el principio de la realidad de los hechos y en la presunción de laboralidad, pues, de lo contrario, de no evidenciarse los elementos constitutivos de dicha relación, imposible sería avalar la existencia de los referidos mecanismos de simulación o fraude, y por ende, la apariencia de otra vinculación jurídica diferente a la laboral.

En resumen, debe al menos presumirse la existencia de una relación jurídica de índole laboral, ya que de esta circunstancia depende la delimitación de un acto como simulatorio o fraudulento.

Por tales razones, al establecerse en la resolución de las denuncias anteriores, la inexistencia de una relación de trabajo entre las partes integrantes del presente proceso se desestima la presente denuncia.

Así se establece. ...

- Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 13 de agosto de 2002, con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, en el caso: Mireya Beatriz Orta de Silva contra Federación Nacional de Profesionales de la Docencia – Colegio de Profesores de Venezuela (FENAPRODO – CPV).

En el supuesto que nos ocupa, la Sala Social del Alto Tribunal de la República hubo de pronunciarse en relación con la naturaleza jurídica del vínculo que existió entre las partes en juicio: la actora prestó servicios de intermediación entre un tercero al proceso (Seguros Capital C.A.) y la

demandada, para el manejo y tramitación de las pólizas de seguro que esta última contrató en beneficio de sus afiliados. El Juzgado Superior Cuarto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas –a quien correspondió conocer del juicio en segunda instancia- estimó que, en efecto, revistió naturaleza laboral la relación jurídica antes descrita toda vez que de las actas procesales se evidenciaba “(...) uno de los elementos más importantes y denotativo del contrato de trabajo, esto es, la subordinación o dependencia de otro, referido a las órdenes o instrucciones dictadas en ejercicio del poder de dirección patronal (...)”⁶² Así, dispone el referido fallo:

Resta a esta Sala determinar si en la realidad de los hechos, existió tal como lo declara la recurrida, una relación de trabajo; o si por el contrario, la demandada logró desvirtuar la presunción de la misma, al no evidenciarse alguno de los elementos que la integran. Como se especificara, la recurrida consideró que la relación en estudio se enmarca en el ámbito de lo laboral, pues, a su parecer, existieron manifestaciones inequívocas de subordinación en la prestación de servicio sujeta a calificación. Efectivamente, no es hecho controvertido, el que la parte actora prestara servicios a la demandada; lo es sin embargo, el que el mismo se realizara por cuenta y dependencia del accionado, por cuanto tal actividad se sugiere fue desarrollada de manera autónoma e independiente.

La importancia de esta sentencia a los efectos del tema que nos ocupa, es que realiza una serie de consideraciones acerca de los criterios empleados por la jurisprudencia para diferenciar las relaciones laborales de las mercantiles y hace una fuerte crítica al criterio de la subordinación o dependencia, predominantemente empleado por la jurisprudencia (Hernández, 2005*).

⁶² Información recuperada en Marzo 26, 2008, de Web site: http://www.perfilnet.com/clegal_doctrinalaboral.htm

En efecto, la posición de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, respecto de la interpretación de los elementos definitorios de la relación de trabajo, había venido privilegiando el dato de la subordinación o dependencia a otro (el empleador) como elemento distintivo y casi unívoco de las interacciones laborales; donde reiteradamente la mencionada Sala, habiendo constatado la presencia de la dependencia o subordinación, estableció el carácter laboral de las relaciones sometidas a su consideración. No obstante, con la sentencia en comentario, se comienza a perfilar de una manera más contundente cuáles son los rasgos que tienden a identificar como laboral una relación de aquellas que se han considerado como “zonas grises” del Derecho Laboral (por tal entiéndase, la relación de los intermediarios o corredores de seguros, que es el caso específico de esta sentencia, la compraventa de productos, los contratos de distribución, etc.)⁶³.

En este caso la actora alegaba que realizaba para la demandada labores de intermediación de seguros en condiciones de dependencia que constituirían una relación de trabajo, mientras ésta se defendía diciendo que la intermediación de la demandante tenía una clara naturaleza mercantil.

Para la señalada Sala, salvo que exista un régimen especial de orden legal para la prestación de un servicio determinado, la “calificación de una relación jurídica como supeditada al ámbito de aplicación subjetiva del Derecho del Trabajo dependerá invariablemente, de la verificación en ella de sus elementos característicos” (a saber, subordinación, ajenidad y remuneración)⁶⁴ y conforme a ello puntualiza lo siguiente:

⁶³ Criterios que definen una relación de trabajo. *Revista Actualidad Jurídica*, 32. Escritorio Jurídico Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez.

⁶⁴ *Ibidem*.

La *dependencia o subordinación*, si es que se manejan como sinónimos, tradicionalmente ha sido estimada como referencia esencial de la relación jurídica objeto del Derecho del Trabajo. Empero, los cambios suscitados mundialmente en los últimos años, orientados en las formas de organización del trabajo y los modos de producción, han devenido en demandar la revisión del rasgo “dependencia”, como criterio axiomático para la categorización de la relación de trabajo.” (...) “De ordinario, todos los contratos prestacionales mantienen intrínsecamente a la subordinación como elemento para la adaptación conductual de las partes, esto, a los fines de garantizar la concreción del objeto mismo del negocio jurídico.

De tal manera que la dependencia no puede continuar considerándose el eje central y casi exclusivo para calificar una relación como de naturaleza laboral. Pero entiéndase, que no por ello disipa su pertinencia, pues, el hecho de que no concorra como elemento unívoco de la relación laboral, al resultar también común en otras que tienen igualmente por objeto la prestación de un servicio, perdura sin embargo como elemento indubitable en la estructura de ésta. En efecto, no toda manifestación de la dependencia o subordinación se identifica exclusivamente con la laboralidad, y en tanto, decae su eficacia como criterio denotativo, diseminando su alcance a otras relaciones jurídicas. A pesar de lo asentado, la subordinación concebida en el marco de una prestación personal de servicios por cuenta ajena y por tanto remunerada; es decir, entendida como el poder de organización y dirección que ostenta quien recibe la prestación, fundado por la inserción del prestatario del servicio en el proceso productivo organizado por éste, lo cual a su vez, concreta el aprovechamiento originario de los dividendos que produce la materialización de tal servicio, asumiendo por ende los riesgos que de dicho proceso productivo dimanen, y lo que en definitiva explica el deber de obediencia al que se encuentra sujeto el ejecutor del servicio en la dinámica de su prestación; resulta un elemento categórico en la relación jurídica que protege el Derecho del Trabajo. Así, entendemos a la dependencia como una prolongación de la ajenidad, pero sin la cual esta última podría comprenderse.

(...) Ahora bien, la utilidad de la *ajenidad* como elemento calificador de las relaciones enmarcadas en el Derecho del Trabajo, sin lugar a dudas que viene a suplir las inconsistencias que presenta la dependencia como eje medular para tal misión, propiciadas por su presencia en otros tipos de relaciones jurídicas que tienen por objeto la prestación de un servicio. Mas, no por ello, se puede estigmatizar a la subordinación o dependencia como un elemento inútil, pues, por el contrario, sobreviene a ser indispensable, toda vez que al incorporarse el prestatario del servicio en el seno de una unidad productiva ordenada por otro, de ella (la subordinación) precisamente dependerá la posibilidad para que ese otro concretice la causa que lo motivó a relacionarse, a saber, el obtener la titularidad del resultado del servicio. De modo que, el trabajo dependiente deriva del hecho de prestar un servicio por cuenta de otro, y concretamente, de la inserción del ejecutante del mismo en un ámbito productivo que lo organiza y ordena el ajeno, garantizando tal dinámica, la causa y objeto de la vinculación jurídica.

A juicio de Hernández (2005*), cuando se afirma, como lo hace la sentencia que comentamos, que no toda manifestación de subordinación se identifica con laboralidad pues en todos los contratos prestacionales aquella existe, se está dejando a un lado la característica específica de la subordinación laboral que la distingue de la subordinación o adaptación de la conducta de las partes a las obligaciones contraídas en otras relaciones jurídicas, cual es el sometimiento personal del prestador de servicios a la autoridad jerárquica de quien se beneficia de ellos. En todo caso es necesario observar igualmente que no toda actividad prestada por cuenta ajena constituye una relación de trabajo. Un ejemplo emblemático está constituido por el contrato civil de mandato, en el cual, por definición misma de la ley, el mandatario es aquella persona que en virtud de contrato actúa por cuenta ajena, es decir, del mandante. Por otra parte, es conveniente señalar que el concepto de ajenidad, aún siendo esencial, no parece, en cambio, que hoy sea particularmente apto para capturar a los “fugados” del

Derecho del Trabajo, ya que muchos de estos ocultan o desdibujan la ajenidad junto con la subordinación.

Agrega Hernández (2005*) que cuando se “disfraza” a un trabajador de autónomo, co-contratante civil o comercial, “empresa unipersonal”, socio cooperativista, etc., no sólo se intenta borrar la subordinación, sino también la ajenidad, porque se supone que ese trabajador autónomo, ese comerciante, esa “empresa unipersonal” o esa cooperativa asume todos los riesgos de su emprendimiento. Es probable que con estas hipótesis sea más factible probar la subordinación que la ajenidad, ya que la existencia de una “empresa” en lugar de un “trabajador” supone la asunción de riesgos y que no se está vendiendo trabajo sino productos o servicios terminados. En estas circunstancias pues, la ajenidad no ayudaría a reconstituir el vínculo laboral, aunque, sin duda, su alegación desnuda las connotaciones éticas negativas de estas “externalizaciones”, “tercerizaciones” o “descentralizaciones”: luego de haber legitimado su derecho a retener todas las ganancias a cambio de la asunción total de los riesgos, el trabajador transfiere los riesgos, con lo cual se vacía de contenido ético la relación entre capital y trabajo.

Precisamente, la necesaria revisión de este elemento (la subordinación) y su constatación y correlación con el elemento ajenidad –al cual hace referencia el artículo 39 LOT cuando señala que por trabajador se entiende aquel que subordinadamente presta servicios por cuenta ajena-, llevó a la Sala de Casación Social a determinar que en cualquier caso en que la relación de trabajo sea puesta en duda han de ser analizados por el juez no sólo los datos fácticos que tiendan a afirmar la subordinación (que es característico, por lo demás, de otras relaciones de naturaleza civil o mercantil) sino además aquellos elementos que en la realidad tiendan a

constatar positivamente que el trabajo se efectúa por cuenta de otro, quien asume los riesgos y se beneficia con el producto del trabajo⁶⁵. Para la Sala era menester, a los fines de establecer si entre las partes en juicio existió un vínculo jurídico de naturaleza laboral, verificar si las instrucciones y directivas a las que, efectivamente, fue sometida la demandante, en ejercicio de sus actividades como productora de seguros, derivaron de su inserción en alguna unidad productiva organizada y dirigida por la accionada⁶⁶. En este orden de ideas, la sentencia en comentario deja consignados algunos elementos indiciarios que deben ser verificados por el juez, afirmándose que:

“(...) El principio constitucional de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias, no puede limitar su utilidad sólo a aquellas situaciones donde lo oculto es la relación de trabajo, sino que puede ser un instrumento eficaz para otras, donde lo aparente son precisamente las notas de laboralidad.”

Entre estos criterios, que son denominados en su conjunto como “*test de dependencia o examen de indicios*”⁶⁷ – tomando a estos efectos una expresión acuñada por la doctrina y la jurisprudencia sobre la base del proyecto de Recomendación sobre el Trabajo en Régimen de

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Información recuperada en Marzo 26, 2008, de Web site: http://www.perfilnet.com/clegal_doctrinalaboral.htm

⁶⁷ Inventario de indicios o criterios que permiten determinar de manera general, las situaciones en las que pudiera resultar enervada la presunción de laboralidad, de aquellas en las que por el contrario tienda a consolidarse. Recuperada en Marzo 26, 2008, de Web site: http://www.perfilnet.com/clegal_doctrinalaboral.htm

Subcontratación que la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo examinó en 1997 y 1998- cabe destacar los siguientes⁶⁸:

- Forma de determinar el trabajo. En tanto lo que se pretenda a través de la vinculación no laboral sea la realización de una actividad particular y no general (en el caso concreto, se trataba de la labor de intermediación y administración de pólizas de seguro y un fondo de bienestar social). Por argumento en contrario, cuando las tareas a ejecutar en virtud de un contrato no han sido determinadas o la determinación es muy imprecisa, puede tratarse de una relación de trabajo.
- Tiempo de trabajo y otras condiciones netamente laborales. Entre las cuales podría resaltar el sometimiento por parte del alegado trabajador a un horario o jornada habitual de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación laboral, todo ello a los fines de constatar la existencia de una relación de trabajo.
- Regularidad del trabajo. Si la prestación es ocasional, podría asumirse la inexistencia de una vinculación de trabajo.
- Forma de efectuarse el pago. Si éste es regular, es muy probable que la interacción sea calificada como laboral.

⁶⁸ Criterios que definen una relación de trabajo. *Revista Actualidad Jurídica*, 32. Escritorio Jurídico Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez.

- Supervisión y control disciplinario por parte del empleador. Rasgos estos que, por lo general, son inherentes a cualquier relación de trabajo.
- Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria, o lo que es lo mismo, la propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación del servicio, pues si tales bienes son suministrados por el pretendido patrono, puede tratarse de una relación de trabajo.
- Asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio en orden a negar el vínculo laboral.
- La exclusividad para la usuaria o recepcionista del servicio, cuya ausencia serviría para negar la laboralidad de la relación.
- La naturaleza jurídica del pretendido patrono y el cumplimiento por éste de cargas impositivas, retenciones legales, libros de contabilidad, etc.; datos estos que habrán de ser revisados por el juez así como la constitución y objeto social de la persona jurídica y si es funcionalmente operativa.
- 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. En este último caso, la Sala de Casación Social llega a la conclusión de que la contraprestación de los servicios de la demandante (Trece Millones de Bolívares) se la garantizaba ella directamente de la ejecución de su servicio (naturaleza de la contraprestación) y superaba, como “elemento muy significativo”, a los salarios con mayor relevancia cuantitativa, no sólo del gremio de los

profesionales de la docencia, sino de los cargos más trascendentes dentro de la estructura pública nacional, incluido el Presidente de la República.

Por su parte, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia incorporó al catálogo de indicios de laboralidad, los siguientes:

“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.”

En el caso concreto sometido a la consideración de la Sala y luego de haber constatado la ausencia de algunos de los referidos elementos, se concluyó que la demandante prestó sus servicios a la demandada de manera autónoma y laboralmente independiente, declarándola como “trabajadora no dependiente”⁶⁹. Al respecto, señala la sentencia:

Es así, como constata la Sala del análisis probatorio efectuado por la recurrida, que la parte demandada sí logró demostrar la no incorporación e integración de la actora, al proceso productivo dirigido por ella (la demandada). Ello inclusive se explica, por la particular naturaleza constitutiva de la persona jurídica demandada, la cual incide

⁶⁹ Ibidem.

considerablemente, en la manera de ordenar sus factores de producción; en este caso de conducción a la consecución de los fines sociales, incluido lógicamente el recurso humano. En todo caso, podría imputarse en la comentadas pruebas, la presencia de ciertos lineamientos o directrices formulados por la parte accionada, dirigidos a la parte actora; y en tal sentido, éstas sugerirían pensar, que la actora se integró en el seno del aparato organizacional de la demandada, y por consiguiente, dicha articulación la obligaba seguir tales pautas direccionales.

Por ende, innegablemente la parte accionada, con miras a satisfacer su pretensión específica (bienestar social de sus agremiados), y garantizar la debida ejecución del contrato, reguló la conducta de la parte actora en algunas oportunidades.” (...) “La prestación de servicio ejecutada por la actora, aun cuando se verificó en el marco de un contrato celebrado entre ésta y la demandada (intermediación y administración), en definitiva se efectuó de manera autónoma, y por secuela independiente, advirtiéndolo a la dependencia como se recordará, desde su perspectiva laboral, es decir, como emanación de la labor por cuenta ajena. De allí reside justamente, el que la accionante se aprovechara directamente del valor que su actividad agregaba al servicio, evocando fundamentalmente el hecho de que su contraprestación la imputara al fondo por ella administrado. Al asumir la administración y gerencia de dicho fondo, la actora, igualmente asumió los riesgos por la ejecución de su servicio, arriesgando su capital para organizar la fuerza de trabajo necesaria a los fines de garantizar las obligaciones contraídas contractualmente.

Se observa que en el supuesto específico sometido al dictamen de la Sala de Casación Social, se destacan –producto de la aplicación de la técnica del haz de indicios- los siguientes rasgos ajenos al contrato o relación de trabajo: a) el objeto del servicio encomendado, que en el presente caso se ubicó en la realización de una actividad particular y no general; b) flexibilidad en las condiciones para prestar el servicio, pues la parte actora no se

encontraba obligada a ejecutar su labor en la propia sede de la empresa, ni cumplir con una jornada habitual del trabajo; c) supervisión y control disciplinario, de lo cual careció la prestación de servicio desplegada por la actora; d) exclusividad a lo cual nunca estuvo limitada la parte actora; e) la naturaleza de la contraprestación, la cual se garantizaba la accionante directamente de la ejecución de su servicio, aunado al hecho muy significativo, de la dimensión de la suma percibida, diferencialmente denotativa a otras remuneraciones bajo esquemas laborales calificados⁷⁰.

Culmina la sentencia diciendo:

En Resumen, de la actividad realizada, esta Sala arriba a la conclusión de que en la presente controversia, la parte actora prestó servicios a la demandada de manera autónoma y laboralmente independiente, procediendo por tanto, la aplicación del artículo 40 de la Ley Orgánica del Trabajo, toda vez que fue desvirtuada la presunción de la relación de trabajo. Así se decide.

Todas las conclusiones expuestas por la Sala con relación a los hechos contrastados, resultaron encauzadas acorde con el sistema que la doctrina a denominado indistintamente *test de dependencia o examen de indicios*, expuesto precedentemente.

Con esta última declaración, la Sala de Casación Social insistió en lo que había sido jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia respecto a que a estos “trabajadores independientes” sólo corresponden los

⁷⁰ Información recuperada en Marzo 26, 2008, de Web site: http://www.perfilnet.com/clegal_doctrinalaboral.htm

siguientes derechos: a) El ejercicio del derecho a la sindicalización; b) La celebración de acuerdos similares a las convenciones de trabajo; y, c) La integración al sistema de seguridad social y demás normas de protección de los trabajadores, en cuanto fuere posible (todo ello según el artículo 40 LOT). No obstante, la Sala no pudo menos que señalar que en atención a lo dispuesto en el artículo 87 de la Constitución de 1999 (“...La ley adoptará medidas tendientes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes...”) está “latente la posibilidad de extender otras reglas de aplicación de la legislación laboral a estos trabajadores, pero será en definitiva el legislador por mandato constitucional, quien tendrá tal prerrogativa”⁷¹.

- Acta de Mediación y Conciliación de fecha 17 de octubre de 2002, Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, en el caso: César Augusto Giral Santana vs Distribuidora Polar, S.A. (DIPOSA).

La presente acta es el resultado del proceso de mediación y conciliación llevado a cabo, entre el 04 de junio y el 1° de octubre de 2002, por ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en el juicio que el ciudadano César Giral seguía contra Distribuidora Polar, S.A. (DIPOSA); petición que presentaron las partes cuando el juicio ya se encontraba pendiente de decisión por la mencionada Sala. Cabe resaltar que con posterioridad a la solicitud de dichas partes, se adhirieron al proceso de mediación y conciliación la Asociación de Vendedores de Cervezas, Maltas y Afines del Estado Aragua (AVECMA) y otros 80 ciudadanos, con demandas

⁷¹ Criterios que definen una relación de trabajo. *Revista Actualidad Jurídica*, 32. Escritorio Jurídico Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez.

cursantes ante el propio Tribunal Supremo y los Tribunales Laborales de los Estados Aragua, Carabobo y Guárico⁷².

Señala el acta:

El asunto fundamental a ser dilucidado en todas esas causas era el de resolver si las relaciones jurídicas que los demandantes alegan haber tenido con las demandadas, pueden ser calificadas de relación de trabajo, o si se trató de una relación estrictamente mercantil, donde las sociedades mercantiles de las cuales los demandantes eran accionistas mayoritarios o en todo caso representantes legales, adquirirían al mayor productos manufacturados por las demandadas, para luego revenderlos al detal, haciendo su correspondiente ganancia. En todos estos procesos judiciales, Los demandantes han sostenido que prestaron servicios personales bajo dependencia a las demandadas y que, por tanto, deben ser considerados trabajadores a todos los efectos previstos en la legislación laboral. En criterio de los demandantes, las sociedades mercantiles de las que ellos son representantes legales, así como los contratos de concesión mercantil celebrados entre dichas sociedades mercantiles y las demandadas encubren una relación laboral que debe ser desenmascarada por los Jueces del Trabajo.

Continúa el Acta:

Por su parte, las demandadas han sostenido que entre ellas y las sociedades mercantiles cuyos representantes legales son los demandantes, existe un auténtico contrato de concesión mercantil. De las facturas

⁷² Acuerdos alcanzados en los juicios contra Distribuidora Polar, S.A. (DIPOSA) y sociedades relacionadas. *Revista Actualidad Jurídica*, 32. Escritorio Jurídico Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez.

comerciales que soportan la compraventa de la mercancía suministrada por las demandadas, no puede en ningún caso establecerse que los demandantes prestaban un servicio personal para las demandadas; estas facturas sólo evidencian que las sociedades mercantiles de las cuales los demandantes eran representantes, adquirían productos al mayor de las demandadas para ser revendidos al público consumidor en un territorio o zona determinados. De esa manera, las personas jurídicas representadas por los demandantes actuaban por cuenta propia, asumiendo plenamente el riesgo de reventa del producto a su clientela, por lo que, ni aun si se determinase que tales personas jurídicas no eran las verdaderas adquirientes de los productos, sino los demandantes, faltaría el elemento de ajenidad, esencial a toda relación de trabajo. Por otra parte, la exclusividad que habría sido pactada entre las personas jurídicas representadas por los demandantes y las demandadas opera en interés recíproco de las partes y no denota subordinación alguna de las primeras con respecto a las segundas.

A los fines de contribuir con una mejor percepción del problema planteado por las partes, “los Magistrados de la Sala Social estimaron oportuno hacer algunas precisiones conceptuales en torno a la materia objeto de la mediación y, en particular, acerca del estado actual de la cuestión debatida en la jurisprudencia social venezolana”, y en tal sentido afirmaron lo siguiente:

- 1) La OIT define el encubrimiento como una acción que pretende ocultar o deformar la relación de trabajo, tras el ropaje de otra figura jurídica donde el trabajador tenga menor protección legal. (Documento técnico de base sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección, con ocasión de la reunión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT, en Ginebra, Suiza, entre el 15 y el 19 de mayo de 2000). En algunos casos, los contratos mercantiles son utilizados para encubrir una relación de trabajo. En otros casos, sin embargo, los contratos

mercantiles son utilizados para documentar una relación donde el sujeto que presta el servicio o realiza una actividad lo hace con sus propios elementos materiales, a su propio riesgo y en una situación de dependencia jurídica atenuada. En estas relaciones no aparecen nítidamente los elementos típicos de la relación de trabajo y por eso se habla de “zonas grises”, “situaciones de frontera” o “supuestos de ambigüedad objetiva”.

De allí que la OIT ha señalado que al lado del fenómeno intencional del encubrimiento existen circunstancias objetivas en las cuales no aparecen con claridad todos los elementos que caracterizan a la relación de trabajo.

2) En reiterada jurisprudencia, la Sala Social ha venido asentando que no basta la existencia de un contrato mercantil entre el patrono y un tercero para desvirtuar la presunción laboral (Sentencia de fecha 16 de marzo de 2000, caso Félix Ramón Ramírez y otros contra Distribuidora Polar S.A.; sentencia de fecha 09 de agosto, caso Harold Franco Alvarado contra Aerobuses de Venezuela C.A.; sentencia de fecha 18 de diciembre de 2000 caso Nabil Saad contra Distribuidora de Productos Proderma Cosméticos S.R.L.; sentencia de fecha 31 de mayo de 2001, caso Enrique José Rondón y Jesús Ramos contra Distribuidora Polar S.A.).

La Sala ha considerado que no es posible desvirtuar la presunción legal contenida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo por el *sólo hecho* de que medie un contrato mercantil entre la empresa demandada y la empresa propiedad del demandante, puesto que ello no es motivo suficiente para desvirtuar de manera absoluta la laboralidad del vínculo. De admitirse que la presunción de laboralidad queda desvirtuada por el sólo hecho de la existencia de unos contratos que le den a la relación una calificación jurídica mercantil o civil se estaría contrariando el principio de que el contrato de trabajo es un contrato realidad y de que la sustancia prevalece en el Derecho Laboral sobre las formas.

Si bien la calificación dada por las partes al contrato constituye un indicio a tomar en cuenta, no estamos en presencia de un indicio determinante que releve al juez de todo análisis ulterior acerca de la verdadera naturaleza de la relación establecida entre las partes. De allí que la Sala Social haya proferido, en los fallos antes citados, un mandato a los Jueces de Instancia en el sentido de no detener su análisis en las formas contractuales y descender al examen del material probatorio restante para determinar si ha quedado probado algún hecho capaz de desvirtuar la presunción de laboralidad.

Ahora bien, dada la complejidad que reviste discernir sin un contrato de distribución comercial o colaboración empresarial encubre o no una relación de trabajo, la Sala Social, en su papel de máximo orientador de la jurisprudencia social, estimó oportuno fijar algunos criterios orientadores sobre los hechos capaces de desvirtuar la presunción de laboralidad que se activa una vez probada la prestación de servicios; tarea que emprendió en su reciente decisión de fecha 13 de agosto de 2002, (...) dictada en el caso *Mireya Orta de Silva vs FENAPRODO-CPV* (Sent. FENAPRODO).

El “test de laboralidad” delineado en esta última sentencia ha sido utilizado como referencia para determinar el carácter mercantil o laboral de los contratos de concesión mercantil objeto de la presente Mediación y Conciliación, y las partes consideran que en adelante los criterios expresados los orientarán sobre el verdadero carácter comercial o colaboración empresarial, tales como los de Agencia, Concesión Mercantil y Franquicia, que en el futuro sean sometidos al conocimiento de los Tribunales Laborales del país. De esta forma, la Sala Social cumple con su función orientadora de la jurisprudencia y confiere mayor certeza a los actores económicos y sociales en cuanto al ámbito de aplicación de la legislación laboral.

(...) Como consecuencia de lo expresado, las partes procedieron a analizar los criterios que la jurisprudencia en general, y en especial la sentencia

FENAPRODO, han venido considerando con la finalidad de establecer la verdadera naturaleza de los reclamos y relaciones que han sido invocadas, de manera general, en las distintas causas sobre las que ha versado la presente Mediación y Conciliación. Al respecto, se estudiaron las distintas características de una relación laboral, en comparación con las realidades que sustentan las diferentes demandas en las causas objeto de esta Mediación y Conciliación, llegándose a los siguientes conclusiones:

Por ser ello así, nos permitimos sintetizar los aspectos más relevantes del también denominado “test de laboralidad”, que llevó a considerar que en todos los casos sometidos al proceso de mediación y conciliación en referencia no existía una relación laboral⁷³:

- Naturaleza, constitución y funcionamiento de sociedades mercantiles. Los demandantes eran socios y representantes legales de personas jurídicas que: a) Se encontraban debidamente constituidas y tenían personalidad jurídica propia; b) Contaban con capital propio y aportado por sus socios; c) Mantenían una contabilidad propia; d) Distribuían beneficios a sus accionistas o socios en caso de haberlos; y e) Se encontraban inscritas de manera independiente en el Registro de Información Fiscal (RIF), cumpliendo anualmente con sus obligaciones tributarias.

- Suscripción y ejecución de contratos mercantiles. Dichas personas jurídicas habían suscrito con las demandadas un contrato de concesión mercantil para la comercialización al detal de los productos distribuidos por las demandadas. En ejecución de esos contratos, las demandadas suministraban los productos que las sociedades representadas por los

⁷³ Ibidem.

demandantes requiriesen, mediante las respectivas órdenes de compra, a unos precios convenidos de venta al mayor; precios los cuales debían ser pagados por estas últimas sociedades contra la respectiva factura emitida por las demandadas a nombre de éstas.

- Propiedad de los instrumentos de trabajo. Cada una de dichas sociedades era propietaria de los instrumentos materiales aplicados a la ejecución de los contratos de concesión, estando a su cargo, y no a cargo de las empresas demandadas, la adquisición, mantenimiento y reposición de las unidades que fueran necesarias para el transporte de la mercancía.

- Ausencia de reclamos. Durante el tiempo que estuvo vigente la relación, ninguna de las partes consideró que se trataba de una relación de trabajo, “ni hubo reclamo en tal sentido”.

- Contratación de otros trabajadores. Dado que la ejecución del contrato de concesión demandaba no sólo la prestación de servicios de transporte, sino de labores adicionales tales como la reventa, facturación, carga y descarga, exhibición o *merchandising*, cobro, contabilidad, crédito y manejo financiero, cada una de las sociedades representadas por los demandantes requirió, contrató y pagó, por su cuenta, a los trabajadores que fueran necesarios para el cumplimiento de tales tareas, quedando a su cargo, y no al de las demandadas el cumplimiento de las obligaciones laborales para con estos trabajadores.

- Asunción de riesgos. Los riesgos respecto de la mercancía o de los elementos utilizados para la ejecución del contrato de concesión eran

asumidos íntegramente por las sociedades mercantiles representadas por los demandantes, así como los riesgos financieros inherentes a los créditos ofrecidos por dichas empresas a su clientela, lo cual era decidido por éstas sin contar, de forma alguna, con la participación de las demandadas en este aspecto. La asunción de tales riesgos constituyó para las partes un claro reconocimiento del carácter mercantil y por cuenta propia de su vinculación.

- Beneficios. Pertenecían a las personas jurídicas de las cuales eran representantes los demandantes todos los beneficios de la actividad realizada “dependiendo de su eficiencia en la venta de mercancía”, teniendo las sociedades demandadas únicamente el derecho a recibir el pago correspondiente a la mercancía vendida al mayor. Por lo demás, en la contabilidad de la sociedad se asentaban tanto los sueldos y salarios que éstas pagaban a los demandantes como el pago a los accionistas de los correspondientes dividendos.

- Naturaleza y quantum de la remuneración. Tomando en consideración uno de los elementos aportados por la sentencia del 13 de agosto de 2002 (caso Mireya Beatriz Orta de Silva), se constató que los beneficios obtenidos por los demandantes de sus representadas (tanto por salarios como por dividendos) superaban de “manera notoria” las cantidades que recibe cualquier trabajador de una empresa que desempeñe funciones similares a las ejecutadas por los demandantes (esto es, no se correspondieron con el salario de un conductor de camión o un vendedor, ni con aquellos que las demandadas pagan a los trabajadores que para ellas ejecutan los mismos servicios de forma dependiente y subordinada).

- Ausencia de Subordinación. Las sociedades representadas por los demandantes tenían entera libertad para decidir las cantidades de mercancía que adquirirían de las demandadas, el tiempo y la forma como la revenderían a terceros y las condiciones de esas reventas (al contado o a crédito). Por ello, aún en el caso en que las relaciones contractuales se hubiesen establecido directamente entre las demandadas y los demandantes, estos últimos sólo podrían considerarse como trabajadores independientes o por cuenta propia, con los derechos que la LOT reconoce a este tipo de trabajadores.
- Lugar de la prestación del servicio. La actividad de reventa se llevaba a cabo fuera de las sedes o instalaciones de las demandadas.
- Otros elementos. En último lugar, el establecimiento de zonas geográficas, exclusividad en la distribución y el uso de emblemas y marcas propias de las demandadas, fueron considerados por las partes como rasgos netamente característicos de los contratos de colaboración empresarial (entre otros, los de agencia, concesión mercantil y la franquicia).

Concluye el acta diciendo:

Al haber las partes realizado el análisis anterior, con base en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, han concluido que en tales circunstancias no es posible considerar a los demandantes como trabajadores dependientes de las demandadas, ni aun si las actividades invocadas no se hubiesen realizado en cumplimiento de los contratos de concesión mercantil celebrados entre las demandadas y las sociedades mercantiles representadas por los demandantes, sino en cumplimiento de

una relación directa, pero independiente entre los demandantes respectivos y las demandadas respectivas. Por ello, concluyen las partes que a los demandantes no les corresponde recibir ninguna de las cantidades que fueron demandadas pues de las actividades descritas no es posible deducir la existencia de una relación de trabajo bajo dependencia de las demandadas.

Por lo que respecta a los acuerdos finalmente alcanzados por las partes en el proceso de mediación y conciliación al que venimos haciendo referencia, destacan: a) El pago por las demandadas de “una indemnización dirigida a cubrir a esas sociedades mercantiles o a los demandantes cualquier daño o perjuicio que hayan podido sufrir como consecuencia de la ejecución o terminación de la relación contractual, incluyendo entre otras cosas cualquier gasto derivado de la terminación por decisión unilateral, clientela, cualquier tipo de deuda laboral, inversiones realizadas, daños derivados de la falta de aviso previo, lucro cesante, etc., y será imputable a cualquier reclamación que pudiese tener cualquier trabajador de esas sociedades mercantiles contra las demandadas”; b) La decisión de los demandantes de desistir de los procedimientos y acciones laborales interpuestas contra las demandadas, desistimientos que deberán ser homologados por los jueces que conocen las respectivas causas; y c) La posibilidad para las partes de terminar dichos juicios mediante transacción laboral debidamente homologada, en los términos, si así lo consideran conveniente⁷⁴.

Al margen de que este proceso de mediación y conciliación estableció una serie de criterios que apoyan la distinción entre un contrato verdaderamente mercantil y una relación de trabajo encubierta, el mismo ha ofrecido una visión bastante amplia de las bondades y aplicación práctica de

⁷⁴ Ibidem.

la fase de mediación y conciliación prevista en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁷⁵.

Ahora bien, no todas las posiciones doctrinarias ven con buenos ojos el acta de mediación y conciliación comentada, causando suspicacia algunos aspectos de la misma. Así, para Hernández (2005*), esta acta es un curioso instrumento jurídico. No se trata propiamente de una transacción, pues en ella las partes no se hacen recíprocas concesiones a fin de dar por terminado su litigio, sino que una de ellas, los actores, en una declaración unilateral manifiesta haberse dado cuenta de que estaba equivocada y de que no le correspondía nada de lo que reclamaba, se arrepiente y decide dar por terminado el juicio. La otra parte, la demandada, no hace ninguna concesión sobre los puntos demandados, pero, magnánima, reconoce que los buenos comerciantes cuya relación mercantil ha quedado disuelta contribuyeron con su actividad a la prosperidad de la empresa y resuelve pagarles una compensación por ello, cuyo monto no se especifica. Esta compensación no puede ser considerada como una “recíproca” concesión en el sentido del artículo 1.713⁷⁶ del Código Civil, pues su causa no es el desistimiento de la acción por parte de los actores, sino la contribución que ellos y las sociedades mercantiles que representan hicieron al mantenimiento y consolidación de una clientela. Tan no es una transacción la referida acta de mediación y conciliación, que las partes expresamente señalan que los juicios en curso deberán ser terminados por desistimientos o transacciones que deberán ser debidamente homologadas.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Artículo 1.713 del Código Civil Venezolano: “La transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”.

Pero más curioso que el acta de mediación y conciliación es el auto de homologación que la calza. No tratándose de una transacción ni de un desistimiento, no alcanzamos a comprender por qué la Sala de Casación Social tenía que emitir un auto de homologación, el cual tiene sentido en nuestro sistema jurídico cuando se produce uno de estos medios de auto composición procesal, cuya plena vigencia se asegura mediante el auto por el cual el funcionario, bien sea el Juez o el Inspector del Trabajo, según los casos, los examina, revisa cuidadosamente y determina que están hechos de acuerdo con la Ley, que no suponen meras renunciaciones a los derechos del trabajador y no violan normas de orden público (Hernández, 2005*).

Un acta como la que comentamos, en la cual las partes no se hacen recíprocas concesiones y en la cual no hay especificación de los derechos en ella comprendidos (simplemente los actores reclaman que no tienen derecho a lo reclamado y las demandadas dicen que en virtud de la contribución hecha al mantenimiento y consolidación de una clientela les van a pagar una compensación que no se determina) no podía ser homologada, ya que, evidentemente, del acta se desprende una declaración de voluntades que por no cumplir con los requisitos de los artículos 3° y 10° LOT, 10° y 11° de su Reglamento y 1.713 del Código Civil, no pueden causar cosa juzgada, lo cual es justamente, el efecto cuyo logro justifica el acto de homologación (Hernández, 2005*).

Señala la Sala al homologar el acta, que la misma no contiene *“renuncia alguna a ningún derecho irrenunciable derivado de una relación de trabajo”*. A nuestro juicio, la lectura del acta no puede ser interpretada sino como una renuncia de los actores a los derechos que demandaron. No otra cosa puede concluirse cuando en el acta se dice, por una parte, que: *“En*

todas las causas objeto de esta Mediación y Conciliación, los demandantes han alegado que entre ellos y las demandadas correspondientes existió una relación de trabajo que según ellos era la verdadera realidad jurídica, y que los contratos mercantiles celebrados entre las sociedades mercantiles representadas por ellos y las demandadas, generaban para ellos personalmente obligaciones y derechos de índole laboral por realizarse esas actividades de manera subordinada.” Y, por la otra se dice: “Concluyen las partes que a los demandantes no les corresponde recibir ninguna de las cantidades que fueron demandadas pues de las actividades descritas no es posible deducir la existencia de una relación de trabajo bajo dependencia de las demandadas.” El hecho de que esta conclusión de las partes esté fundamentada en una serie de razonamientos, que por lo demás coinciden con los elementos claves de la defensa judicial de las demandadas, no despoja al acta de su naturaleza, evidentemente renunciatoria (Hernández, 2005*).

Por último, agrega el citado autor, es curioso que la Sala diga que los acuerdos alcanzados por las partes *“se adaptan a los criterios jurisprudenciales que han sido establecidos por la Sala”*, cuando existe una evidente contradicción entre estos acuerdos y el criterio sostenido por ella en las comentadas sentencias del 16 de marzo de 2000 y del 31 de mayo de 2001.

- Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 09 de julio de 2004, con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, en el caso: M.E. Cataño contra Seguros La Seguridad, C.A.

La presente sentencia resulta relevante por cuanto reitera el criterio que ha venido estableciendo la Sala Social en cuanto al alcance y contenido del artículo 65 LOT, que establece la presunción iuris tantum de laboralidad, esto es, la presunción laboral que opera en virtud de la constatación de la prestación personal de un servicio a un sujeto no comprendido dentro de las excepciones establecidas en el único aparte del artículo 65 LOT.

Así mismo, resalta la importancia de que, en cada caso donde esté en discusión la naturaleza laboral o no de una específica relación jurídica, el sentenciador debe realizar un estudio minucioso de cada una de las condiciones de la prestación personal de servicio prestada por la parte accionante, debiendo aplicar el “test de laboralidad”, siguiendo los criterios establecidos por el Alto Tribunal para la determinación del carácter laboral o no de la relación jurídica invocada.

En este caso, y en base al análisis del test de dependencia, la Sala declaró sin lugar la demanda, por cuanto se logró desvirtuar el carácter laboral de la prestación personal de servicio alegada.

A tal fin la Sala expone:

En el juicio que por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales, sigue la ciudadana...

(...) En este sentido, señala el formalizante que la Alzada obvió aplicar la jurisprudencia de la Sala, las cuales han venido evolucionando y determinando, entre otras cosas: que para que opere la presunción de laboralidad contemplada en el artículo 65 de la Ley Sustantiva Laboral, el

actor debe demostrar la prestación de servicio; que según la inversión de la carga de la prueba, el demandado debe alegar y demostrar la inexistencia de la relación laboral, al no cumplirse con algunas de las condiciones requeridas (salario, subordinación, ajenidad); que las normas de la Ley de Seguros y de Reaseguros no excluyen la existencia de la relación laboral, siempre que se demuestre que la intermediación del agente es dependiente.

Así mismo, señala quien recurre que ‘...de aplicarse en el presente caso el ‘test de laboralidad’, a los supuestos de hecho comprobados en autos, es forzoso concluir que la accionante, al ejecutar sus labores como Productora Exclusiva de Seguros para la empresa demandada éstas las ejecutaba de manera independiente y autónoma; ...además, se comprueba que la demandante nunca reclamó el pago oportuno de diversos conceptos laborales tales como salario, utilidades, vacaciones...’

Para decidir, la Sala observa: ...

Siguiendo este orden de ideas, esta Sala de Casación Social, en sentencia N° 489 de fecha 13 de agosto de 2002, sentó criterios en cuanto a los requisitos o elementos determinantes en una relación jurídica laboral, sentencia que en esta oportunidad, ratifica en su integridad esta Sala, sin embargo, procede a transcribir parte de ella, de la siguiente manera:...

(...) Esta Sala evidencia en cuanto a las características determinantes de una relación laboral, siguiendo los criterios establecidos por esta Sala, y precedentemente expuestos, lo siguiente:

1. Forma de determinación de la labor prestada:

Se desprende de autos así como de los alegatos de la accionante en la presente causa, que la determinación del trabajo realizado no depende de las partes, sino del Estado, así se evidencia cuando la propia demandante en su escrito libelar, señala:

‘...Conjuntamente con la referida misiva me fue enviada correspondencia N° 03639 de la Superintendencia de Seguros en la cual se me participa que por la resolución N° 71,...emanada del Ministerio de Hacienda, se me reconocía como Agente Exclusivo y Definitivo de la empresa Seguros...

En este sentido, se desprende del anexo mencionado, que es el Ministerio de Hacienda, es decir, el Estado a través de la Superintendencia de Seguros, quien autoriza a la parte actora, luego del cumplimiento de determinados requisitos, como agente exclusivo definitivo de la empresa Seguros...

2. Tiempo y Condiciones del trabajo desempeñado:

En cuanto a este punto, del mismo modo la demandante, afirmó en su libelo de demanda, lo siguiente:

‘El trabajo que desarrollaba para el patrono, por su naturaleza, no estaba sometido a jornada de trabajo, ni a permanencia en mi sitio de trabajo. El ser productor de seguros conlleva a labores discontinuas o intermitentes, que pueden implicar períodos de inacción durante los cuales no tenía que desplegar actividad material, ni atención sostenida, para poder cumplir con mis obligaciones como Productor Exclusivo, pues para vender las pólizas de seguros, cobrar las primas e ingresarlas en caja, no sólo debía ausentarme de mi sitio de trabajo, sino que ello implica espacios de tiempo en los cuales no desplegaré actividad alguna...’

No obstante lo anterior, se evidencia que la demandante no estaba obligada a una jornada de trabajo habitual, así como también no se encontraba sometida a permanecer en su lugar de trabajo, pues tal como lo señaló, las labores discontinuas e intermitentes que desplegaba constituían períodos de inacción durante los cuales no desplegaba ninguna labor.

3. Forma de efectuarse el pago:

Se desprende de autos y de los alegatos de la accionante que el pago que recibía a cambio de la labor prestada, estaba reglamentado por el Estado el cual consistía en comisiones aprobadas por la Superintendencia de Compañías de Seguros, es decir, que la remuneración, al igual que la determinación del trabajo no dependía de las partes sino del Estado.

4. Trabajo Personal, Supervisión y Control Disciplinario:

En el caso objeto de estudio, se evidencia de las actas que conforman el presente expediente, tal como se ha señalado en puntos anteriormente analizados, las condiciones de tiempo, modo y lugar de la prestación del servicio en estudio, demuestran la autonomía, que sobre la misma poseía la accionante, es así como ésta, siendo que sus labores eran de carácter discontinuos e intermitentes, otorgaban a ella gran nivel de autonomía para la organización y administración de su trabajo.

5. Inversiones y suministro de herramientas:

Al respecto, se evidencia tanto de los alegatos de la demandante como de los autos que conforman el presente expediente que, en cuanto a las herramientas necesarias para la movilización en el desempeño de sus funciones como productor exclusivo definitivo de la empresa Seguros La Seguridad, las mismas corrían por cuenta propia y no por la empresa. De esta manera, se observa claramente que la presunción laboral que opera en virtud de la constatación de la prestación personal de servicio, ha sido desvirtuada de conformidad con lo anteriormente analizado, es decir, esta Sala concluye que en la presente controversia la parte demandante prestó servicios de manera autónoma, no sujeta a las condiciones necesarias para estar en presencia de una relación jurídica laboral. Así se declara.

Ahora bien, se evidencia de la sentencia recurrida, que el Juzgador de Alzada, obviando el estudio minucioso de cada una de las condiciones de la prestación personal de servicio prestada por la demandante, declaró que resultaba plenamente demostrada la existencia de la relación laboral, habida de la presencia de los elementos constitutivos de la misma, declarando que

la demandada no logró desvirtuar la presunción contemplada en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Sin embargo, se evidencia del estudio de las actas que conforman el presente expediente, que el Sentenciador de la recurrida inobservando la jurisprudencia de esta Sala en cuanto al test de laboralidad, aplicable para la determinación del carácter laboral o no de la relación jurídica invocada, declaró que se está en presencia de una relación de carácter laboral, por lo que, en consecuencia, resulta con lugar la denuncia analizada, por falta de aplicación del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

(...) En consecuencia, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 175 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, todo lo antes expuesto conlleva a esta Sala a declarar sin lugar la presente demanda, por cuanto, una vez desvirtuado el carácter laboral de la prestación personal de servicio alegada, resultan improcedentes los conceptos por la actora reclamados. Así se decide...

- Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 23 de noviembre de 2004, con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, en el caso: Rafael Agustín Varela Rodríguez vs Distribuidora Polar S.A. (DIPOSA).

En la presente sentencia la Sala Social, con ponencia del magistrado Juan Rafael Perdomo -el mismo que en fecha 16 de marzo de 2000 declaró la naturaleza laboral de la relación jurídica entre el ciudadano Félix Ramírez y otros y, la empresa ahora demandada DIPOSA- declara el carácter no laboral de la relación existente entre el actor y la demandada.

La lectura de la descripción que la sentencia hace de los alegatos de las partes y de las circunstancias del caso, el análisis de las pruebas promovidas y evacuadas por las partes, el hecho de que la sentencia estableciere el carácter personal de la prestación de servicios del actor, no obstante que la demandada alegase que la actividad que dio lugar al juicio fuese desarrollada por una compañía contratada al efecto, llevan a pensar de que el caso decidido en dicha sentencia es igual a los miles de casos de “distribuidores” o “concesionarios” de cerveza y refrescos a los cuales nos hemos referido anteriormente y a la cual se refería la anterior sentencia del 16 de marzo de 2000 (Hernández, 2005*).

En efecto, la sentencia dice:

El actor alegó haber prestado servicios personales de carácter laboral a la demandada a través de una contratación pretendida y simuladamente mercantil, suscrita por él en representación de una sociedad de responsabilidad limitada que se le exigió constituir a los fines de la simulación, consistentes los servicios en distribuir sus productos a diversos clientes ubicados dentro de determinada zona geográfica. Los servicios se prolongaron durante un lapso de quince años y cuatro meses y concluyeron por despido verbal, sin que en el curso de los mismos ni a su finalización se le pagaran los conceptos propios de una relación de trabajo como la que, en realidad, existió.

La demandada, además de la negativa pormenorizada de los hechos y pretensiones planteados y reclamadas, opuso como cuestión central que el demandante no fue un trabajador dependiente de ella sino un comerciante que realizaba la actividad de reventa y distribución de sus productos como administrador de una sociedad mercantil que él representaba, denominada Comercial Rafamiri, S.R.L., como se indica en los contratos de venta y

concesión suscritos entre ambas partes; que a través de esa mediación el actor adquiriría los productos en condiciones de contado y corría con los riesgos de la mercancía, en garantía de lo cual se adhirió a un fideicomiso establecido al efecto, y los revendía en las condiciones de contado o crédito que considerara convenientes, corriendo también con los riesgos de esas formas de pago; que fijaba sus horarios a su conveniencia y la de los clientes; que podía ceder la cartera geográfica de clientes que tenía asignada o adquirir otras; y que cubría totalmente sus gastos de operación tanto de personal como del o los vehículos utilizados al efecto.

(...) Conforme a esos planteamientos, por consiguiente, debe partirse de que se trató de una actividad personal del demandante, aun cuando la ejecutara formalmente en representación de una persona jurídica, por lo que funciona a su favor, en principio, la presunción de laboralidad contemplada en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo; de modo que es necesario determinar con el examen y valoración de los elementos de autos, si se mantiene la presunción o si quedó la misma desvirtuada.

Para decidir, con vista a las pruebas promovidas, la Sala hace las siguientes argumentaciones:

Tales probanzas reafirman una prestación de servicios susceptible de dar lugar a la presunción de relación de trabajo entre el actor y la demandada, salvo demostración en contrario, pues todas en general, refieren circunstancias de hecho que podrían encontrarse también presentes en una relación de tipo contractual comercial, desde luego que los contratos envuelven actuaciones o prestaciones obligantes y sujetas a reglamentación y supervisión según lo convenido y la naturaleza de las mismas.

(...) Con vista de esas probanzas, aparecen demostrados a juicio de la Sala elementos que concordados entre sí enervan la pretensión de naturaleza laboral de la relación que existió entre las partes, según las consideraciones

siguientes: conforme a los contratos mencionados suscritos entre las demandadas y Comercial Rafamiri, S.R.L., las facturas acompañadas y la experticia evacuada, ésta adquiriría generalmente de contado los productos y los revendía a los clientes de la zona que tenía asignada, cuya actividad la realizaba con el vehículo de su propiedad y con el personal que considerara necesario, asumiendo los riesgos, responsabilidades y costos del transporte, siendo también de su responsabilidad, con la que cumplía, las obligaciones fiscales y laborales que corresponden a una sociedad. Pagaba efectivamente las cuotas por concepto del fideicomiso previsto para garantizar sus obligaciones frente a la demandadas y por concepto del seguro colectivo asumido con mediación de las demandadas, así como pagó lo correspondiente al vehículo adquirido a través del referido arrendamiento financiero, el cual pasó plenamente a su propiedad en definitiva, al punto que lo vendió a una de las demandadas por la cantidad de Cuarenta Millones de Bolívars (Bs.40.000.000,00) al finalizar la relación, sin que la contratación implicase una obligación en ese sentido. Recibió al finalizar la relación según lo previsto en los contratos, una remuneración calculada con base en el movimiento de litros de productos Polar implicados en la actividad, de Veintinueve Millones Ochocientos Cuarenta y Nueve Mil Trescientos Veinticuatro Bolívars con Cuarenta y Cinco Céntimos (Bs.29.849.324,45). Recibió en cesión de otras contratantes de las demandadas, cupos de venta de productos. Todo ello desdibuja el aspecto salarial de una relación de trabajo y las condiciones de subordinación, dependencia y ajenidad.

Especial mención requieren las participaciones del actor a las demandadas, en nombre de Comercial Rafamiri, S.R.L., en el sentido de designar diversas personas para sustituirlo al frente de la misma y en las actividades contratadas, dado que para el año 2000 la sustitución se prolongó por el lapso de seis (6) meses, en 1996 por tres (3) meses y en 1994 por dos (2), sin que ello interrumpiera el curso contractual, circunstancias que ciertamente no son compatibles con la dependencia y subordinación personal que se alega.

Observa adicionalmente la Sala, que las sumas percibidas por el actor por la diferencia entre el precio de su adquisición de productos a las demandadas y el precio obtenido de los clientes, cubrían los costos del vehículo y el personal que utilizaba al efecto, de modo que no podría en ningún caso aquellas considerarse en su totalidad como un salario percibido personalmente.

De acuerdo, pues, con esos elementos y circunstancias, la Sala concluye en que quedó desvirtuada la presunción de relación laboral de los servicios alegados por el demandante, en virtud de lo cual, no podrá prosperar su demanda. Así se declara.

Curiosamente, la Sala de Casación Social, al cambiar el criterio empleado en una sentencia que causó tanta conmoción como la de DIPOSA el 16 de marzo de 2000, no señala, como es de costumbre, las razones de tal cambio y ni siquiera hace referencia alguna al criterio antecedente que se modifica. Para entender el alcance de estas dos sentencias contradictorias, es necesario tomar en cuenta que ellas afectan indirectamente el destino laboral de decenas de miles de personas que prestan servicios como “concesionarios” o “distribuidores” de cerveza, refrescos, gas doméstico, agua potable, helados y perros calientes, mediante un sistema que en lo esencial es igual en todos estos sectores y el cual fue colocado por la sentencia DIPOSA de fecha 16 de marzo de 2000 dentro del ámbito de la relación de trabajo, mientras que la sentencia DIPOSA de fecha 23 de noviembre de 2004 lo coloca fuera de dicho ámbito (Hernández, 2005*).

La sentencia DIPOSA del 23 de noviembre de 2004, a pesar de que la demandada alegó que los contratos celebrados por ella no lo fueron con el actor sino con una compañía de la cual éste era socio, declaró el carácter

personal del servicio que el actor prestó a la demandada y, en consecuencia, estableció la existencia de la presunción de la relación de trabajo. No obstante ello, la Sala no aplicó el principio de relatividad de los contratos empleados en la sentencia DIPOSA del 16 de marzo de 2000, sino que consideró que la presunción estaba desvirtuada basándose en algunas modalidades de ejecución que juzgó incompatibles con la relación de trabajo (Hernández, 2005*). El autor disiente del contenido de esta sentencia la cual, a su juicio adolece de fallas, señalando al respecto que:

Para Hernández (2005*), la constatación de que la prestación de servicios del actor era personal a pesar de la existencia de un contrato, opuesto por la demandada y mediante el cual ésta pretendía fundamentar la existencia de una relación mercantil entre ambas compañías contratantes, debía haber servido para establecer la intencionalidad de la demandada de encubrir la relación de trabajo y, en consecuencia, establecer al lado de la presunción de la relación de trabajo una presunción de fraude laboral por parte de la demandada, que debía orientar la labor del sentenciador en la búsqueda de la verdadera naturaleza de la relación más allá de los artificios formales presentados por la demandada, lo cual habría podido lograr mediante la aplicación del método del “haz de indicios”, empleado por la Sala de Casación Social en otras importantes decisiones.

En lugar de ello, la Sala sin hacer un análisis detallado de todas las circunstancias de la relación entre el actor y la demandada (...), enfocó su examen en algunos de los mecanismos de artificio empleado por la demandada para encubrir la relación de trabajo y, obviando un análisis profundo de los mismos, se basó en ellos para considerar desvirtuada la presunción de la relación de trabajo (Hernández, 2005*).

En su estudio intitulado “Relaciones de Trabajo Encubiertas. Su tratamiento en el Derecho Laboral Venezolano”, y al cual hemos venido haciendo referencia, el profesor Oscar Hernández Álvarez, basándose en estudios revelados en revistas especializadas de derecho y otros documentos, así como en varios libelos de demanda presentados en casos similares al expuesto, describió el sistema de trabajo empleado en estos sectores de distribución masiva, evidenciándose de acuerdo a su investigación que la circunstancia de que la empresa haga descuentos de los importes de las ventas hechas por el “distribuidor” o “concesionario”, es un mecanismo de artificio empleado para reforzar el encubrimiento de la relación de trabajo y no debería ser suficiente para desvirtuar la naturaleza salarial de la remuneración que éste percibe, la cual está constituida por el beneficio líquido que recibe como consecuencia de su labor y el cual es calculado conforme a reglas determinadas por la empresa, las cuales incluyen la aplicación de descuentos, que justamente por ser unilateralmente establecidos, no debería dar lugar a desvirtuar la presunción de la relación de trabajo. Igual ocurre con la referencia que se hace a la designación de terceros para el cumplimiento de la labor del “concesionario” o “distribuidor”, la cual ignora que es práctica generalizada en este tipo de empresas el hacer firmar al trabajador autorizaciones para que su vehículo y su ruta sean atendidas por los denominados “avances”.

En fin, expone Hernández (2005*), la orientación ideológica de la sentencia de DIPOSA 2004 es diferente a las de DIPOSA 2000 y DIPOSA 2001, pues mientras aquellas anunciaban el inicio de una lucha judicial contra las prácticas de encubrimiento de la relación de trabajo, ésta aprecia algunos de los elementos fundamentales del sistema empleado para el

encubrimiento como expresiones de incompatibilidad con este tipo de relación⁷⁷.

- Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 14 de abril de 2005, en el caso: P.A. Meo contra La Venezolana de Seguros y Vida C.A.

La Sala Social del Alto Tribunal deja por sentado que, sí es posible que la actividad de un productor de seguros se lleve a cabo de forma que configure una relación de naturaleza laboral, siempre que en la práctica se determine de un análisis de los hechos, que en dicha relación jurídica confluyen los elementos que conforman el denominado “test de laboralidad o dependencia”, dándose así las condiciones y características propias de una relación jurídica amparada por el Derecho del Trabajo; criterio que fue confirmado por sentencia de la Sala Social del 09 de julio de 2004, donde se declaró sin lugar la demanda de un agente exclusivo de una empresa de seguros, por no configurarse una relación laboral.

A tal evento, la Sala observa:

(...) Conforme tiene decidido la doctrina de la Sala en forma reiterada, ratificada en otros fallos N° 1447 de fecha 23-11-04 y N° 725 de fecha 09-07-04, en la actividad efectiva de los productores de seguros pueden darse las condiciones y características de una relación laboral, siempre que se encuentren presentes los supuestos del denominado test de dependencia, a lo cual no es óbice la disposición de la Ley de Empresas de Seguros y

⁷⁷ Para conocer más de las características este sistema de trabajo, ver: Hernández (2005*).

Reaseguros que establece que no podrán actuar como productores de seguros los empleados de las instituciones respectivas.

Por lo demás, nunca se trataría en el caso de una cuestión de competencia, pues lo que se demanda son conceptos derivados de una alegada relación de trabajo dependiente y subordinada, ciertamente sometidos a la jurisdicción laboral, y a lo que daría lugar la conclusión de que la relación del caso no tiene en realidad esa naturaleza, sería la declaratoria sin lugar de la demanda. Así se decide.

(...) Se insiste en esta denuncia en el argumento de no ser laboral en caso alguno la actividad de un productor de seguros, dada la prohibición al respecto contemplada en el artículo 143 de la citada Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; y se añade que la recurrida, al considerar y establecer que la demandada quedó confesa respecto a la existencia de la relación de trabajo alegada y los reclamos que se hacen derivar de la misma, violó las normas que rigen el instituto de la confesión, pues ésta sólo podría tener efectos respecto de actos jurídicamente lícitos y válidos, no teniendo esas características, según lo indicado, la naturaleza laboral asignada a la actividad de la demandante.

La Sala, para decidir, observa:

(...) Conforme se expresó en la Capítulo anterior de este fallo y al contrario de lo que se alega nuevamente en esta denuncia, sí es posible que la actividad de un productor de seguros se lleve a cabo en la realidad de los hechos de forma que configure una relación de naturaleza laboral. Por consiguiente, el que se considere confesa a la parte demandada en relación con los hechos particulares que otorgan esa naturaleza a la relación correspondiente, no implica que el sentenciador haya aceptado la confesión de un acto jurídico ilícito e inválido, y no constituye por tanto una infracción alguna de su parte a la normativa que rige esa institución.

Resultan improcedentes, en consecuencia, las señaladas denuncias de violación relativas tanto a la consideración de ser laboral la relación alegada en el caso, como a la declarada confesión de la demandada al respecto. Así se declara.

PROYECTO DE RECOMENDACIÓN SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Resulta interesante en este punto, donde ya hemos analizado el fenómeno de la subcontratación en dos de sus manifestaciones, esto es, la subcontratación de mano de obra y la subcontratación de obras, servicios o tareas y, hemos visto los diferentes criterios que maneja la jurisprudencia sobre este particular, señalar las recomendaciones que sobre este tema apunta la OIT, en lo que han denominado “Proyecto de Recomendación sobre la Relación de Trabajo”, presentado en la 95ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2006 que trató sobre “La Relación de Trabajo”⁷⁸. Al respecto, la OIT, considerando entre otros particulares:

(...) Las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones de las partes interesadas, cuando se haya tratado de conferir a esa relación una apariencia diferente de la de una relación de trabajo; o cuando haya insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación;

⁷⁸ Ver texto completo en: Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª Reunión, Informe V (2B): La Relación de Trabajo, Ginebra, 2006.

Que esas dificultades son cada vez más frecuentes en vista, en particular, de los cambios profundos que se registran en el mercado de trabajo y en la organización del trabajo;

Que, en las situaciones en las cuales los trabajadores asalariados prestan al empleador un servicio en beneficio de una tercera persona, puede ser difícil determinar quién es el empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién responde por ellos;

Que las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, sus familias y su entorno, y pueden producir un efecto negativo en la productividad y los resultados financieros de las empresas;

Que la incertidumbre acerca de la relación de trabajo debería ser objeto de una acción sostenida de los Miembros, destinada a asegurar a esos trabajadores una protección efectiva, en la que se tengan en cuenta las realidades nacionales;

En base a estas consideraciones se adoptó lo que se cita como “Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006”. Dicha recomendación se formuló en cuatro apartados. El primero de estos recomienda a los Estados Miembros adoptar una política nacional de protección de los trabajadores en la relación de trabajo, que debería incluir, por lo menos, medidas tendientes a:

Proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, una orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;

Combatir las relaciones de trabajo disfrazadas;

Establecer normas aplicables a las situaciones en las cuales un trabajador asalariado presta servicios en beneficio de una tercera persona, a fin de determinar con claridad quién es el empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién debe responder por ellos;

Garantizar a los interesados, y en particular a los empleadores y trabajadores, el acceso efectivo a procedimientos y mecanismos apropiados y rápidos de solución de controversias relativas a la existencia y el contenido de una relación de trabajo, y

Asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo.

Continúa diciendo:

En el marco de la política nacional se debería velar en particular por asegurar una protección igual a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo (...)

La política nacional debería formularse y aplicarse en colaboración con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, cuando existan.

La política nacional no debería afectar a las relaciones civiles y comerciales legítimas.

Así mismo dispone:

La naturaleza y el alcance de la protección otorgada a los trabajadores en el marco de una relación de trabajo deberían ser precisados por la legislación y la práctica nacionales, teniendo en cuenta las normas internacionales pertinentes.

El segundo apartado refiere a la “Determinación de la existencia de una relación de trabajo”; cabe entonces destacar algunas consideraciones hechas al respecto y que se relacionan con los indicadores de dependencia y subordinación, de los que la doctrina y jurisprudencia patria han hablado extensamente y, de lo cual se hizo mención en su momento y que sin duda pueden ayudar a determinar en qué casos la subcontratación de tareas debe ser asimilada a una relación laboral y en cuáles no:

A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores en la relación de trabajo, la existencia de una relación debería ser determinada de acuerdo a los hechos relativos a la prestación del servicio y la remuneración del trabajador, no obstante cualquier arreglo contractual o de otra naturaleza convenido por las partes.

A los fines de la política nacional, los Miembros deberían precisar con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, como pudiera ser, por ejemplo, la subordinación, la dependencia o el hecho de que el trabajo sea realizado por cuenta de otra persona.

Los Miembros deberían considerar la posibilidad de precisar en su legislación, o por otros medios, los indicios que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

- a) El hecho de que el trabajo sea realizado según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implique la integración del

trabajador en la organización de la empresa; que sea efectuado únicamente o principalmente en beneficio de otra persona; que deba ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien ordena el trabajo; que el trabajo sea de cierta duración y tenga cierta continuidad, o requiera la disponibilidad del trabajador;

b) El hecho de que las herramientas, materiales y maquinarias sean suministrados por la persona que requiere el trabajo;

c) El pago periódico de la remuneración del trabajador; el hecho de que la remuneración constituya la única o principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluya pagos en especie: alimentación, vivienda, transporte, u otros; el reconocimiento de derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; el financiamiento de los viajes del trabajador para realizar su trabajo, por parte de quien se lo requiere; o la ausencia de riesgos financieros por parte del trabajador (...).

Algunos años antes, en mayo del 2000, la OIT había propuesto una “Declaración conjunta de los expertos participantes en la reunión de expertos en situaciones en las cuales los trabajadores necesitan protección.”⁷⁹ En esa oportunidad se señaló:

(...) La Reunión convino además en que los elementos de una política nacional podrían incluir los siguientes aspectos, aunque sin necesariamente limitarse a ellos:

⁷⁹ Ver texto completo en: OIT: Informe de la reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección, 279ª reunión del Consejo de Administración, Ginebra, noviembre de 2000.

- a) La información clara a empleadores y trabajadores acerca de las relaciones de trabajo y en particular sobre la distinción entre trabajadores dependientes e independientes;
- b) Una efectiva protección de los trabajadores;
- c) Disposiciones para combatir el encubrimiento de la relación de trabajo, el cual produce el efecto de privar de protección legal adecuada a los trabajadores dependientes;
- d) La no interferencia con las contrataciones genuinamente comerciales o de trabajo verdaderamente independientes;
- e) El acceso a mecanismos adecuados de solución de conflictos para determinar la condición jurídica de los trabajadores.(...)

Advierte entonces la OIT, que recurrir a estas prácticas no sólo privan al trabajador de una debida protección laboral, sino que al evitarse costos se afectan el pago de impuestos y las cotizaciones a la seguridad social, resultando afectada la sociedad en general, razón por la cual los gobiernos, los empleadores y los trabajadores deben prevenir y denunciar dichas prácticas allí donde se produzcan.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En aras de mejorar su posición en el mercado, aumentar su competitividad y la diversificación del sistema productivo, las empresas han dado paso a grandes transformaciones en la configuración de las relaciones de trabajo que les permitan, entre otras cosas, ajustar la cantidad de fuerza de trabajo según las necesidades de la producción y del mercado; acudiendo a la subcontratación laboral como manifestación de la flexibilización del trabajo que persiguen.

Con la subcontratación laboral, algunas empresas sólo buscan eludir las responsabilidades legales que implica la relación de trabajo subordinado, con lo cual se multiplican los fraudes y abusos laborales; sin embargo, el sector empresarial se justifica aduciendo ventajas organizacionales para las empresas, invocando la necesidad de preservar las fuentes de trabajo y fomentar el empleo y la ocupación.

Se observa que en el trabajo en régimen de subcontratación, se emplean formas de trabajo distintas a las caracterizadas por la estabilidad, un solo patrono, salario fijo y protección social; son formas distintas al trabajo tutelado donde se evidencia un desplazamiento de la figura patronal clásica. Si bien es cierto que no podemos pensar en un retorno a la estructura industrial fordista y de una clase obrera homogénea concentrada en grandes empresas, siendo que lo que impera actualmente es un mercado de trabajo

fragmentado, con una producción flexible y una clase trabajadora heterogénea, se hace necesario combatir las tendencias de desregulación de la relación laboral.

En tal sentido, la preocupación primaria que se ha querido destacar es que el tránsito de los trabajadores de la condición de dependientes que se organizan sindicalmente y negocian colectivamente sus condiciones de trabajo, no debiera pasar a un estatus en donde la inseguridad es lo dominante, pues muchas de las veces el empresario acude a la subcontratación laboral con el único fin de obtener un abaratamiento de los costos laborales, e independientemente de cuales sean las figuras jurídicas más o menos lícitas que para ello se utilicen, ello favorece la precarización del empleo y la determinación de las responsabilidades.

En el caso de la subcontratación de mano de obra se está en presencia de relaciones de trabajo triangulares entre los actores sociales: existe un ente contratante, una persona encargada de generar un producto o servicio y un tercero. El ente contratante no asume responsabilidad laboral directa con el trabajador sino que transfiere la responsabilidad laboral al tercero. La aparición de un tercero desdibuja la figura del empleador tradicional, dificultándose identificar a las partes de la relación laboral y por lo tanto la responsabilidad que les cabe a cada una de las partes en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus derechos. En la subcontratación de obras, servicios o tareas, la relación laboral es reemplazada por el contrato de servicios cuyo objeto es la realización de labores fuera del marco del Derecho del Trabajo.

Frente a estas situaciones, el ordenamiento jurídico ha mantenido una razonable y justificada desconfianza, por el riesgo de incumplimiento o de fraude a la ley en que se pudiera incurrir. La legislación laboral venezolana establece a tal evento, las garantías necesarias para defender los derechos laborales que se pueden ver alterados bajo el empleo de estas formas de subcontratación laboral, estableciendo los límites que permiten determinar la responsabilidad que les cabe a cada una de las partes de la relación de trabajo. El marco legal establecido, tiende a desincentivar el uso masivo de estas formas de contratación, estableciendo la responsabilidad solidaria por deudas laborales, condiciones laborales iguales y responsabilidad directa por accidentes de trabajo.

Para el legislador, dos aspectos en la subcontratación requieren de un marco regulatorio preciso: el suministro de personal o la subcontratación de trabajo en su conjunto y la determinación clara de las responsabilidades en materia de seguridad e higiene en las situaciones donde convergen más de un empleador. En tal sentido, la función de la legislación es la protección del trabajador para reequilibrar en lo jurídico el desempeño real del poder de las partes, dado que el trabajador no está en igualdad de condiciones para negociar con el empleador ni al momento del contrato ni en el transcurso de la relación laboral.

En Venezuela, legalmente hay un reconocimiento y regulación de las responsabilidades laborales en la subcontratación. La función protectora o de tutela del Derecho Laboral, no se restringe al logro de beneficios a favor del trabajador y/o a la equidad negocial de los mismos con los empleadores, el ánimo de protección y resguardo abarca también la posibilidad de que el trabajador preste servicios con un mínimo de garantías jurídicas. El texto

constitucional es rico en calidad en relación a las normas de contenido laboral que tienen éste propósito, igualmente la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento que contemplan diferentes mecanismos en aras de brindar la debida protección que requieren los trabajadores que prestan servicios en condiciones semejantes a las de una relación de trabajo subordinada. Muchas de esas normas van dirigidas a determinar el alcance de la responsabilidad laboral del empleador derivada de la tercerización; la responsabilidad del contratante, es decir, de la persona en cuyo provecho se presta el servicio mediante intermediario o contratista, así como la responsabilidad en caso de simulación o fraude con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

La incorporación de la solidaridad legal dentro del marco jurídico dispuesto por el legislador para regular la utilización de los servicios de los intermediarios y contratistas, cuando hablamos de la subcontratación de mano de obra tiene, precisamente, una finalidad protectora que no es otra que remediar el riesgo de insolvencia de las personas jurídicas en el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden como patronos; viéndose obligados a atender sus compromisos laborales, evitando que el trabajador, como dependiente del contratista, reciba menores ventajas de las que recibiría prestando servicios directos a la empresa beneficiaria del servicio o dueña de la obra.

La legislación y la práctica impiden al patrono desvirtuar la relación de trabajo, mediante la presunción de la existencia del contrato de trabajo, del salario y de la inherencia y la conexidad, la solidaridad del contratista o subcontratista y el contratante, que operan como mecanismos legales de protección.

Útil e interesante resulta estar alerta a las orientaciones de la jurisprudencia. Las decisiones judiciales ofrecen soluciones a la multiplicidad de situaciones jurídicas que la realidad laboral pudiera presentar en un momento determinado, constituyéndose el órgano judicial en el brazo ejecutor del mandato constitucional que le impone, en estos casos, la obligación de determinar la responsabilidad que le corresponde a los patronos en caso de que se haya logrado establecer -de un análisis de los hechos y las pruebas- que detrás de la prestación del servicio se pretende una simulación o fraude de la relación de trabajo con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

Diversas son las incidencias procesales que surgen de la acción judicial interpuesta por los trabajadores contratados por terceros o que prestan servicios personales o realizan labores en beneficio de una empresa usuaria dentro del marco formal de un contrato civil o comercial. En la generalidad de los casos, la empresa contratante niega haber tenido una relación de trabajo con el personal contratado, niega ser patrono, carácter que la acreditaría como legitimada pasiva para procurar el pago de cantidades que pudiera adeudársele a un trabajador por una relación laboral. Así mismo, niegan tener conocimiento de las circunstancias bajo las cuales se desarrolló la relación de trabajo, por no ser el patrono, por lo cual le resulta imperioso negar y desconocer los pedimentos nacidos de tales circunstancias. En criterio de estas empresas nada adeudan por créditos laborales, pues ellas no contrataron los servicios del trabajador. En otras palabras, niegan tener cualidad o interés en el proceso.

Muchos de los contratos celebrados y que luego son analizados en los procesos judiciales, poseen características añadidas que les permiten a las

empresas -que en realidad son intermediarias- simular que son contratistas a los solos fines de evitar la inherencia o conexidad que les pudiera generar algún grado de responsabilidad para con el personal que presta sus servicios. Procuran que el objeto social sea distinto que el de la empresa contratante; se evita la permanencia o continuidad del contratista en la realización de la obra o prestación del servicio y, que dicha prestación sea una fuente de lucro para la empresa contratante, haciendo contratos por tiempo determinado, e intentando suscribir contratos de servicios por su propia cuenta y riesgo (del contratista).

En el caso de la subcontratación de mano de obra, el trabajador solicita se declare la existencia de una relación laboral entre éste y la empresa beneficiaria del servicio o en su defecto la responsabilidad solidaria de dicha empresa con los intermediarios (que simulan ser contratistas) y que contrataron directamente los servicios del trabajador. Como también se declare que al trabajador contratado, le corresponden los mismos beneficios y condiciones de trabajo previstos en la convención colectiva de la empresa beneficiaria del servicio, por ser ésta la beneficiaria directa del servicio y haber utilizado la figura de intermediarios para su contratación.

Y en el caso de la subcontratación de labores, resulta imperioso que se levante por el juez *el velo* tras el cual se oculta una verdadera relación de trabajo. Para ello, el juzgador se vale de la identificación y análisis de los elementos característicos de la relación de trabajo, a saber: prestación personal del servicio, salario, subordinación o dependencia, labor por cuenta ajena; siendo que la ajenidad es considerada por la jurisprudencia más reciente de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, como el elemento determinante y definitorio de toda relación de trabajo.

La sanción que el juez le atribuye a estas prácticas, en el caso de la subcontratación de labores, es la asimilación de la subcontratación aparente a la relación de trabajo; así como la declaratoria de existencia de una relación laboral entre un trabajador subcontratado y la empresa usuaria en el caso de la subcontratación de mano de obra; y en todo caso la determinación de las responsabilidades que correspondan a la persona natural o jurídica en cuyo provecho se presta el servicio mediante intermediario o contratista y la responsabilidad que corresponda al patrono en general, en caso de simulación o fraude, a los solos fines de evadir la legislación laboral en el empleo de estas formas de subcontratación.

Los jueces laborales desempeñan un papel determinante en la calificación de la condición del trabajador con arreglo a los hechos. Incluso podría decirse que con la profundización de la subcontratación han debido asumir grandes desafíos en la interpretación de las normas y su aplicación. En relación a la subcontratación de obras, servicios o tareas, puede decirse que no obstante que en los últimos años son relativamente frecuentes las sentencias que desenmascaran relaciones laborales encubiertas, es posible señalar que el número de estas sentencias no guarda proporción significativa con la extensión generalizada del fraude laboral, especialmente en aquellos sectores en los cuales el mismo se ha institucionalizado.

Cabe preguntarse si el marco jurídico diseñado por el legislador venezolano para facilitar al sector empresarial el recurso a la subcontratación laboral, y su aplicación al caso concreto por el juez laboral para evitar sus excesos, logra la efectiva protección del trabajador sometido a estas formas de contratación. Si bien es cierto que parecieran no ser suficientes los mecanismos y procedimientos mediante los cuales se puede determinar la

existencia de una relación de trabajo y establecer la identidad de las personas involucradas, haciéndose difícil proteger en la práctica los derechos de los trabajadores; no es menos cierto que el legislador se ha fijado como propósito impedir en cuanto sea posible los excesos en el uso de tales figuras.

En ello incide el papel que juegan las instituciones concebidas para garantizar la tutela del trabajador, legal, administrativa, judicial y autónoma, que si son aplicadas a escenarios y sujetos que no fueron previstos al adoptarse, pierden gran parte de su eficacia. Igualmente, no podemos ignorar el hecho de que muchas de las decisiones judiciales están influenciadas por el poder discrecional del juzgador; teniendo un gran peso la posición ideológica que tenga el juez al respecto, siendo éste quien en última instancia debe determinar la verdadera naturaleza de la relación, así como las responsabilidades de las partes.

Ahora bien, pese al avance normativo que en materia de derechos laborales contemplan las leyes y la recientemente aprobada Constitución Nacional, es posible pensar que las formas de trabajo estudiadas han logrado rebasar los esfuerzos del legislador para poner a tono el marco jurídico con las exigencias del mercado de trabajo y, la inicialmente denominada apertura de la economía.

A este hecho hay que adicionarle que, aunque en principio todos los trabajadores tienen acceso a los tribunales, en la práctica, sin embargo, ese acceso está restringido considerablemente y son pocos los trabajadores que pueden permitirse intentar acciones judiciales que serán largas, costosas y de resultados inciertos. Para aquellos trabajadores que pretenden sea

reconocida la existencia de una relación laboral entre éste y la empresa beneficiaria del servicio o en su defecto la responsabilidad solidaria de dicha empresa con los intermediarios (que simulan ser contratistas), el principal imperativo es poder satisfacer sus necesidades esenciales y conseguir lo más pronto posible otro empleo cuando culmina la relación. Menos todavía son los trabajadores que teniendo empleo, recurran a los tribunales para que se decida si debieran ser calificados o no como trabajadores independientes, en caso de una subcontratación de labores.

De lo que no cabe duda es de que para mejorar la protección de los trabajadores es necesario que funcionen eficazmente los mecanismos e instituciones que existen para hacer cumplir la legislación del trabajo. Son claras las insuficiencias de nuestro sistema jurídico y de la organización y funcionamiento de las instituciones laborales, no obstante, podría considerarse la posibilidad de hacer más eficaz la inspección del trabajo, dándole facultades consultivas y ejecutivas adecuadas a las circunstancias de hoy día.

Desde el punto de vista de la observancia voluntaria del Derecho Laboral por las partes, considero que la tendencia del Estado venezolano como garante del cumplimiento de la ley, ha sido la de promover el correcto cumplimiento de la legislación del trabajo por empleadores y trabajadores, sobretodo ante las situaciones de incertidumbre o de fraude en cuanto al estatuto de un trabajador, o bien a ponerles efectivo remedio, aun cuando las limitaciones de acceso a la justicia siguen constituyendo un problema mayor.

Si hay algo en lo que debemos estar claros es que, cuando la relación de trabajo se desdibuja por efecto del encubrimiento o de los cambios en los términos en las relaciones entre el dador de trabajo y el que lo ejecuta, pareciera que la legislación queda sin efecto y es cuando la labor del juez se hace imprescindible en cuanto intérprete y ejecutor de la norma legal. Sería entonces necesario que vayamos avanzando en las respuestas jurídico laborales frente a nuevas formas de producción que están surgiendo.

La protección laboral enfrenta dificultades producto del encubrimiento o simulación de la relación y hasta en la identificación del empleador; quien es o dónde está. Así mismo, pareciera que la legislación nacional puede llegar a ser insuficiente para abarcar dentro del campo del Derecho del Trabajo todas las relaciones nuevas que están surgiendo y que muchas veces pretenden escapar de su manto protector. Sería interesante que el elenco de derechos de los trabajadores llegasen a ser exigibles ya no sólo respecto del empleador, más bien, tales derechos deberían reconocérseles independientemente del empresario, sobre todo en el caso de la subcontratación de mano de obra, ante la dificultad de identificar quien es el empleador, a los fines de exigirle el cumplimiento de los derechos a los que está obligado o es responsable.

El empleo de las diversas formas de contratación estudiadas deja mucho que desear en cuanto al uso correcto que se les debiera dar, para en cambio, disfrazar o encubrir muchas veces verdaderas relaciones de trabajo. Por eso valdría la pena contar con autoridades administrativas y judiciales que se involucraran más en realizar investigaciones e inspecciones en las empresas, a los fines de evitar el abuso de estas figuras, para lo cual deben

contar con un presupuesto que les permita desempeñar las funciones de control y vigilancia.

Siguiendo las recomendaciones de la OIT, sería útil examinar las formas más comunes de encubrimiento de la relación de trabajo y los casos en que resulta más difícil determinar si lo que existe es un contrato de trabajo o un contrato civil o comercial, facilitando los mecanismos para lograr identificar en las situaciones en las cuales los trabajadores asalariados prestan al empleador un servicio en beneficio de una tercera persona, quién es el empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién responde por ellos.

Por último, considero que la externalización en el marco de la búsqueda de nuevas relaciones comerciales entre empresas, de una diversificación mayor de la producción y de una especialización que signifique niveles más altos de calidad, debería generar buenas oportunidades de empleo para los trabajadores involucrados en ellos, conservándose además, la nitidez de la naturaleza laboral de relaciones de trabajo. No puede entenderse que la flexibilidad actúe como un mecanismo de eliminación de las conquistas, normas protectoras y garantías laborales alcanzadas por los trabajadores en pro de la optimización de los recursos empresariales (humano, tecnológico, económico). A tal evento, es recomendable que las empresas no den prioridad únicamente a la optimización de las estructuras de costos o configuraciones organizacionales o de producción, sino que den prioridad al recurso humano como capital imprescindible para el logro de los objetivos empresariales.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Abramo, Lais (1999). La necesidad de nuevas formas de regulación. En: *Trabajo y empresa: entre dos siglos*. Caracas: Editores Nueva Sociedad.

Alayón, Ángel y Richard Obuchi (2005). ¿Son los contratos laborales diferentes de los contratos comerciales? En: *Las fronteras del derecho del trabajo* (2ª ed.). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Alfonzo-Guzmán, Rafael J. (1985). *Estudio analítico de la ley del trabajo venezolana*. Tomo I. Caracas: Contemporánea de Ediciones.

Alfonzo-Guzmán, Rafael J. (2006). *Nueva didáctica del derecho del trabajo*. Caracas: Editorial Melvin, C.A.

Alfonzo-Guzmán, Rafael J. (s.f.). *Otras caras del prisma laboral, siete estudios de derecho del trabajo*. Caracas: Editorial Texto.

Arango, Luz Gabriela (1999). Género, globalización y reestructuración productiva. En: Luz Gabriela Arango y Carmen Marina López (comp.)

Globalización, apertura económica y relaciones industriales en América Latina. Bogotá: Utópica de Ediciones. Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia.

Balestrini, Miriam (2006). *Como se elabora el proyecto de investigación* (para estudios formulativos o exploratorios, descriptivos, diagnósticos, evaluativos, formulación de hipótesis causales, experimentales y los proyectos factibles). Caracas: Consultores Asociados Servicio Editorial.

Bilbao, Andrés (1999). La posición del trabajo y la reforma de mercado de trabajo. En: Faustino Míqueles y Carlos Prieto, dir. y coord. *El empleo en España*. Madrid: Siglo XXI de España.

Brewer-Carías, Allan R. (2004). *La constitución de 1999, derecho constitucional venezolano* (4ª ed.), Tomo II. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Brito, José A (2004). *Curso práctico de legislación laboral* (3ª ed.). Caracas: Centro de Contadores.

Carballo Mena, César Augusto (2005). *Derecho laboral venezolano, ensayos*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Carballo Mena, César Augusto y Humberto Villasmil Prieto (2005). El objeto del derecho del trabajo. En: *Las fronteras del derecho del trabajo* (2ª ed.). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Castell, Manuel (1999). *La era de la información* (1ª ed.). Volumen I, Madrid: La Sociedad Red, España, Siglo Veintiuno Editores.

Coller, Xavier (1997). *La empresa flexible. Estudio sociológico del impacto de la flexibilidad en el proceso de trabajo* (1ª ed.). Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI de España Editores.

De La Garza, Enrique (1999). Las teorías sobre la reestructuración productiva. En: Luz Gabriela Arango y Carmen Marina López (comps.) *Globalización, apertura económica y relaciones industriales en América Latina*. Bogotá: Utópica de Ediciones. Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia.

De la Garza, Enrique (2000). La flexibilidad del trabajo en América Latina. En: Enrique de la Garza, coord., *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Del Rosario, Zuleyma y Santalla Peñaloza (2006). *Guía para la elaboración formal de reportes de investigación*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Dombois, Rainer y Ludger Pries (1993). *Modernización empresarial en América Latina y Europa*. Caracas: Editorial Nueva Sociedad.

Esteves, Edna (1998). *Globalización, transnacionales e integración*. Caracas: Editorial Vadell Hermanos.

Galín, Roberto; y otros (1991). *La flexibilidad laboral en Venezuela, ¿nuevo nombre o nueva realidad?*. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.

García, Anselmo y otros (1999). *Procesos de subcontratación y cambios en la calificación de los trabajadores. Estudios de caso en México*. Santiago de Chile: Serie Desarrollo Productivo N° 54.

Goizueta Herrera, Napoleón (2001). De la relación de trabajo. En: *Comentarios a la ley orgánica del trabajo y su reglamento* (3ª ed.). Coord.: Oscar Hernández Álvarez. Caracas: Editorial Jurídicas Rincón.

Grossman, Abraham (1994). *Diccionario latín. Términos y frases latinas utilizadas en el derecho*. Caracas: Editorial Buchivacoa.

Hellriegel y Slocum (1998). *Administración*. Ciudad de México: Editorial Thompson.

Hernández Álvarez, Oscar y Jacqueline Richter (2000). *El trabajo sin tutela en Venezuela: nuevas y viejas formas de desprotección laboral*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Hernández Álvarez, Oscar (2005*). Relaciones de trabajo encubiertas. En: Fernando Parra Aranguren, editor. *Ensayos laborales*. Caracas: Colección Estudios Jurídicos, N° 12, Tribunal Supremo de Justicia.

Iranzo, Consuelo y Marcia de Paula Leite (2005). La subcontratación laboral en América Latina. En: Enrique de la Garza Toledo (coord.): *Teorías sociales y estudios del trabajo: nuevos enfoques*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

Iranzo, Consuelo y Jacqueline Richter (2005). *La subcontratación laboral. Bomba de tiempo contra la paz social*. Caracas: Centro de Estudios del Desarrollo de la Universidad Central de Venezuela.

Jaime Martínez, Héctor Armando (2001). Normas fundamentales. En: *Comentarios a la ley orgánica del trabajo y su reglamento* (3ª ed.). Coord.: Oscar Hernández Álvarez. Caracas: Editorial Jurídicas Rincón.

Lucena, Héctor (1996). La reestructuración y las relaciones de trabajo en Venezuela. *Los efectos laborales de la reestructuración productiva*. Valencia, Venezuela: Héctor Lucena, Editor.

Machuca, José (1997). *Dirección de operaciones*. Madrid: Editorial Mc Graw Hill.

Márquez Ferrer, Victorino (2005). El desbordamiento del derecho del trabajo. En: *Las fronteras del derecho del trabajo* (2ª ed.). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Mato, Daniel (1995). *Críticas de la modernidad, globalización y construcción de identidades*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Montero, Cecilia (1999). Recolocando el trabajo en el debate. En: *Trabajo y empresa: entre dos siglos*. Caracas: Editores Nueva Sociedad.

Neffa, Julio (1990). *El proceso de trabajo y la economía del tiempo*. Buenos Aires: Editorial Humanitas.

Neffa, Julio (1998). *Los paradigmas productivos tayloristas y fordistas y su crisis. Una contribución a su estudio desde la teoría de la regulación*. Buenos Aires: Asociación de Trabajo y Sociedad PIETTE (Coniet).

Olaso J., Luis Maria (1994). *Curso de introducción al derecho*. Tomo II, Manuales de Derecho. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Plá Rodríguez, Américo (1998) *Los principios del derecho del trabajo* (3ª ed.). Buenos Aires: Depalma Editores.

Rothery, Brian e Ian Robertson (1997). *Outsourcing: la subcontratación*. México: Editorial Limusa del Grupo Noriega Editores.

Sotelo, Adrián (1999). *Globalización y precariedad del trabajo en México* (1ª ed.). Ciudad de México: Ediciones El Caballito.

Universidad Pedagógica Experimental Libertador (2003). *Manual de trabajos de grado de especialización y maestría y tesis doctorales*. Caracas: Fondo Editorial de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador.

Urquijo, José Ignacio (2001). *Teoría de las relaciones industriales de cara al siglo XXI*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Urquijo, José Ignacio (1998). *Teoría de las relaciones sindicato gerenciales*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Urrea, Fernando (1999). Globalización, subcontratación y desregulación laboral. En: Luz Gabriela Arango y Carmen Marina López (comps.) *Globalización, apertura económica y relaciones industriales en América Latina*. Bogotá: Utópica de Ediciones. Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia.

Valero, Edgar (1999). Subcontratación, reestructuración empresarial y efectos laborales en la industria. En: Luz Gabriela Arango y Carmen Marina López (comps.) *Globalización, apertura económica y relaciones industriales en América Latina*. Bogotá: Utópica de Ediciones. Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia.

Verdeguer, Enrique y Leticia Álvarez (2001). *La globalización*. Madrid: Editorial Acento.

Weiss, Anita (1993). *Modernización organizativa y relaciones industriales*. Colombia en modernización empresarial: tendencias en América Latina y Europa. Caracas: Editorial Nueva Sociedad.

FUENTES DE TIPO LEGAL

República Bolivariana de Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999.

República de Venezuela. *Código civil*. Gaceta Oficial N° 2.990 extraordinario del 26 de julio de 1982.

República de Venezuela. *Ley orgánica del trabajo*. Gaceta Oficial N° 5.152 Extraordinario del 19 de junio de 1997.

República de Venezuela. *Reglamento de la ley orgánica del trabajo*. Gaceta Oficial, N° 5.292 Extraordinario del 25 de enero de 1999.

República Bolivariana de Venezuela. *Reglamento de la ley orgánica del trabajo*. Gaceta Oficial N° 38.426 del 28 de abril de 2006.

ARTÍCULOS PUBLICADOS EN REVISTAS

DOCUMENTOS CON AUTOR

Abramo, Lais (2001). Mercado de trabajo, flexibilización y nuevas formas de regulación. *Revista Trabajo*, Año 2, N° 4, enero-julio.

Alayón, Ángel y Abelardo Daza (2002). La regulación laboral y sus efectos. *Debates IESA*, 8 (1), Julio-Septiembre.

Balbi, Carmen (1995). Sindicalismo y flexibilización del mercado de trabajo en el Perú. *Revista Debates 19 en Sociología*. Editorial Fondo.

Ermida, Oscar (1999). Globalización y relaciones laborales. *Revista Venezolana de Gerencia*. Año 4, N° 9, Universidad del Zulia.

Gerson, Ana (2000). Comentarios sobre la sentencia del tribunal supremo de justicia en sala de casación social, de fecha 16-03-2000, referida a los distribuidores de cerveza. *Revista de Derecho*, 1.

Hernández Álvarez, Oscar y Antonio Milano (1999). Sindicatos en tiempos globalizados: El caso venezolano. *Revista Gaceta Laboral*, 5 (3).

Iranzo, Consuelo (1997). Las relaciones laborales en la reestructuración productiva: el caso de Sidor. *Cuadernos del Cendes*. Año 14, segunda época, enero-abril.

Jaime Martínez, Héctor Armando (2000). La nueva constitución venezolana y su influencia en la ley orgánica del trabajo. *Revista Tachirense de Derecho*, 12, Universidad Católica del Táchira.

Raso Delgue, Juan (1993). Flexibilización: ¿desregulación o adaptación del derecho del trabajo? *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 87, Universidad Central de Venezuela.

Suárez Picón, Cira; y otros (2001). Relaciones de trabajo en el contexto de la globalización. *Revista Venezolana de Gerencia*. Año 6, N° 15, Julio-Septiembre, Universidad del Zulia.

DOCUMENTOS SIN AUTOR

Acuerdos alcanzados en los juicios contra distribuidora Polar, S.A. (DIPOSA) y sociedades relacionadas. *Revista Actualidad Jurídica*, 32. Escritorio Jurídico Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez.

Criterios que definen una relación de trabajo. *Revista Actualidad Jurídica*, 32. Escritorio Jurídico Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez.

Impugnación del artículo 22 de la ley orgánica del trabajo (2003). *Revista de Derecho Público*, 93-96. Editorial Jurídica Venezolana.

ARTÍCULO PUBLICADO EN UN PERIÓDICO DE EDICIÓN DIARIA

Rodríguez, Manuel Alfredo (2007, Octubre 9). Outsourcing e información. *El Universal*, p. 1-9.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

DOCUMENTOS CON AUTOR

Añez Hernández, Carmen (2006). *Las estrategias de flexibilización laboral en las empresas de confección de ropa*. Recuperado en Noviembre 12, 2007, de <http://www.scielo.org.ve>

Benavides, Luisa (2000). *La flexibilización, nuevo paradigma de las relaciones laborales*. Recuperado en Noviembre 22, 2007, de la Universidad de Carabobo Web site:
<http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc26/26.7.pdf>

Blanco Rivera, Oscar Andrés (2005). *Criterios para evitar el abuso de la tercerización*. Recuperado en Noviembre 22, 2007, de
<http://www.serbi.luz.edu.ve/pdf/gl/VIIIn2/art.05pdf>

Bronstein, Arturo (1999). *La subcontratación laboral*. Seminario internacional sobre derecho del trabajo ante el nuevo milenio. Organización Internacional del Trabajo (OIT). Recuperado en Noviembre 09, 2007, de
<http://www.oit.cr/oit/papers/subcontrat.pdf>

Bronstein, Arturo (2007). *La flexibilidad del trabajo: panorama general*. Recuperado en Noviembre 22, 2007, de <http://apuntes.rincondelvago.com/la-flexibilidad-en-el-trabajo-arturo-bronstein.html>

De La Garza, Enrique (2007). *La subcontratación, formas y consecuencias laborales*. Recuperado en Noviembre 23, 2007, de
<http://docencia.izt.uam.mx/egt/congresos/subycl.pdf>

De La Garza, Enrique (2005). *Antiguas y nuevas formas de subcontratación*. Foro: relaciones triangulares de trabajo. Recuperado en Noviembre 23, 2007, de <http://www.docencia.izt.uam.mx>

Díaz, Eduardo; y otros (2003). *Precarización e inestabilidad laboral. Un nuevo empleo, formas y tipos*. Recuperado en Noviembre 23, 2007, de <http://www.tecnosic.com.ar>

Echeverría, Magdalena (2007). *Subcontratación de la producción y subcontratación del trabajo*. Recuperado en Noviembre 09, 2007, de <http://www.dt.gob.cl/documentación/1612/articles-60338-Tema-Laboral-Subcontratac-de-la-procucc-y-subcontratac-del-trabajo.pdf>

Goizueta H. Napoleón (2002). *Aspectos laborales en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y normas concordantes con la legislación del trabajo*. Recuperado en Noviembre 09, 2007, de http://www.serbi.luz.edu.ve/pdf/gl/v8n2/art_06.pdf

González, Maria Candelaria (2006). *Flexibilización de las relaciones laborales. Una perspectiva teórica postfordista*. Recuperado en Noviembre 22, 2007, de http://www.serbi.luz.edu.ve/pdf/gl/v12n1/art_03.pdf

Hernández Arias, Aymara (2005). *Flexibilización y organización del trabajo*. Recuperado en Noviembre 12, 2007, de <http://www.scielo.org.ve>

Hernández Álvarez, Oscar (2005). *El derecho mercantil y el derecho del trabajo: fronteras y espacios de concurrencia*. Recuperado en noviembre 22, 2007, de <http://www.serbi.luz.edu.ve/pdf/gl/VIIIn1>

Jaua Milano, Elías (2004). *Del fordismo a la flexibilidad laboral: supuestos, crisis y realidades de la regulación social*. Foro de economía política – teoría económica. Recuperado en Noviembre 22, 2007, de <http://www.red-vértice.com/feb/textos/teoría1.pdf>

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2002). *Panorama laboral 2002*, Lima, Oficina Internacional del Trabajo. Recuperado en Junio 24, 2007, de <http://www.ilo.org>

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2003). *Resolución relativa a el ámbito de la relación de trabajo* adoptada en la 91ª Conferencia General. Recuperado en Junio 24, 2007, de <http://www.ilo.org>

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2006). *Resolución relativa a la relación de trabajo* adoptada en la 95ª Conferencia General. Recuperado en Junio 24, 2007, de <http://www.ilo.org>

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2000). *Informe de la reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección*, 279ª reunión del Consejo de Administración, Ginebra. Recuperado en Junio 24, 2007, de <http://www.ilo.org>

Racciatti, Octavio (2007). *Las transformaciones en el mundo del trabajo y el derecho laboral*. Recuperado en Noviembre 22, 2007, de http://www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/ocatvio.pdf

Useche, Maria Cristina y Beatriz, Queipo Parra (2002). *La organización del trabajo en el marco de la globalización*. Recuperado en Noviembre 22, 2007, de <http://www.serbi.luz.edu.ve>

DOCUMENTOS SIN AUTOR

Contratación y subcontratación externa de la empresa (2007). Recuperado en Noviembre 09, 2007, de <http://www.rrhmagazine.com>

Flexibilización y precarización laboral (2006). Fundación Escuela de Gerencia Social, Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo, Caracas. Recuperado en Noviembre 12, 2007, de <http://www.gerenciasocial.org.ve>

La subcontratación, ¿problema o solución? (2007). Recuperado en Noviembre 09, 2007, de <http://www.atinachile.cl/node/7513>

La subcontratación, una nueva fórmula para rentabilizar los negocios (2007). Recuperado en Noviembre 09, 2007, de <http://www.iglesia.cl/vicariatrabajadores/articulos/la.subcontratacion.doc>

Organización laboral flexible en empresas. Organización y flexibilidad del trabajo: Debate teórico y estado de la investigación en México (2007). Recuperado en Noviembre 09, 2007, de <http://docencia.izt.uam.mx/egt/publicaciones/libros/orglabflex/indice.htm>

SENTENCIAS

SUBCONTRATACIÓN DE MANO DE OBRA

Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, del 05 de abril de 2001, ponencia del magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, en el juicio de Alirio Octavio Lamuño Ramos contra Pride International C.A., expediente N° 00-458, sentencia N° 56. Recuperado en Noviembre 05, 2007, de <http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/extracto.asp?e=2111>

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 07 de junio de 2004, ponencia del magistrado José Manuel Delgado Ocando, en la acción de amparo incoada por Oscar Ramón Riera Fernández, titular de la firma personal Constructora Riefer contra la sentencia dictada el 02 de agosto de 2002, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal con competencia múltiple en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Protección del Niño y del Adolescente y de Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, expediente N° 03-0730, sentencia N° 1105. Recuperado en Junio 09, 2008, de <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1105-070604-03-0730.htm>

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 13 de noviembre de 2001, ponencia del magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, en el juicio de Juan Carlos Hernández Gutiérrez contra Foster Wheeler Caribe Corporation C.A. y PDVSA Petróleo y Gas S.A., expediente N° 01-320, sentencia N° 294. Recuperado en Noviembre 05, 2007, de <http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/extracto.asp?e=3094>

Juzgado Tercero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 19 de junio de 2007, juez titular Hermann Vásquez Flores, en el recurso de apelación interpuesto por Félix Tremaria contra la sentencia dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en expediente laboral N° AP21-R-2007-000486.

SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS, SERVICIOS O TAREAS

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 16 de marzo de 2000, ponencia de Juan Rafael Perdomo, en el juicio de Félix Ramón Ramírez y otros contra Distribuidora Polar S.A. (DIPOSA), expediente N° 98-546, sentencia N° 61. Recuperado en Diciembre 18, 2007 de <http://www.tsj.gov.ve/jurisprudencia/extracto.asp?e=243>

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 31 de mayo de 2001, ponencia de Omar Alfredo Mora Díaz, en el juicio de Enrique Rondón y Jesús del Valle Ramos contra Distribuidora Polar S.A. (DIPOSA), expediente N° 98-527, sentencia N° 103. Recuperado en Septiembre 15, 2008 de <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/c103-310501-98527.htm>

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 28 de mayo de 2002, ponencia de Omar Alfredo Mora Díaz, en el juicio de J. Aray y otros contra Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (IAAM), expediente N° 01-811, sentencia N° 302. Recuperado en Octubre 15, 2008 de <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Mayo/RC302-280502-01811.htm>

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 13 de agosto de 2002, ponencia de Omar Alfredo Mora Díaz, en el juicio de Mireya Beatriz Orta de Silva contra Federación Nacional de Profesionales de la Docencia- Colegio de Profesores de Venezuela (FENAPRODO-CPV), expediente N° 02-069, sentencia N° 489. Recuperado en septiembre 15, 2008 de <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Agosto/RC489-130802-02069.htm>

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, acta de mediación y conciliación, del 17 de octubre de 2002, ponencia de Omar Alfredo Mora Díaz, en el juicio de César Augusto Giral Santana contra Distribuidora Polar S.A. (DIPOSA), expediente N° 02-079, sentencia N° 584. Recuperado en Marzo 27, 2008, de <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Octubre/ACTA584-171002-02079.htm>

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 09 de julio de 2004, ponencia de Omar Alfredo Mora Díaz, en el juicio de M.E. Cataño contra Seguros La Seguridad, C.A., expediente N° AA60-S-2004-000468-Sent. N° 725. Recuperado en Octubre 15, 2008, de <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Julio/725-090704-04468.htm>

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 23 de noviembre de 2004, ponencia de Juan Rafael Perdomo, en el juicio de Rafael Agustín Valera Rodríguez contra Distribuidora Polar S.A. (DIPOSA), expediente N° 04-1097, sentencia N° 1448. Recuperado en Diciembre 18, 2007, de <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/1448-231104-041097.htm>

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, del 14 de abril de 2005, ponencia de Juan Rafael Perdomo, en el juicio de P.A. Meo contra La Venezolana de Seguros y Vida, C.A., expediente N° AA60-S-2004-000449, sentencia N° 0256. Recuperado en Octubre 15, 2008, de <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/0256-140405-04449.htm>