Revista Derecho del Trabajo

Número 1 (enero/diciembre 2005)

Fundación «Universitas»
División de Investigaciones
Barquisimeto - Estado Lara - Venezuela

Fundación «Universitas» de Estudios Jurídicos
División de Investigaciones

Revista Derecho del Trabajo

Revista arbitrada e internacional sobre temas laborales

Director General:
Oscar Hernández Álvarez

Director-editor:
Iván Mirabal Rendón

Secretaria:
Alba Sosa Sosa

Consejo de Redacción:
Alberto Baumeister Toledo
Emilio Urbina Mendoza
Julio Pérez Graterol
Domingo Salgado Rodríguez
Mario Castillo Serrano
Alexandré Marín Fantuzi
Blanca Rojas

Consejo Científico Consultivo:

Arturo Bronstein
Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo

Alfredo Montoya Melgar
Universidad Complutense de Madrid

Manuel Carlos Palomeque
Universidad de Salamanca

Wilfredo Sanguineti
Universidad de Salamanca

María José Nevado
Universidad de Salamanca

César Carballo Mena
Universidad Católica Andrés Bello

Nestor de Buen
Universidad Nacional Autónoma de México

Héctor Jaime Martínez
Universidad Católica del Táchira

Freddy Caridad Mosquera
Universidad Católica Andrés Bello

Manuel Díaz Mujica
Universidad Católica Andrés Bello

Rafael Alfonzo Guzmán
Universidad Central de Venezuela

Guido Urdaneta
Universidad Rafael Urdaneta

Carlos De Buen
Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Normas para la presentación de las contribuciones en la Revista Derecho del Trabajo

1. La Revista *Derecho del Trabajo* sólo considerará para su publicación, estudios y trabajos originales e inéditos, en idioma castellano. Sólo podrán exceptuarse de lo anteriormente dispuesto, cuando la presentación de las contribuciones sean simultáneas con investigaciones conjuntas de otras revistas de reputada solidez científica, nacional e internacional.

2. Todas las contribuciones que el Director considere apropiada para la Revista, serán evaluadas por tres árbitros anónimos, con experiencia en el área objeto del estudio y en su metodología.

3. El autor o autores, presentarán tres ejemplares impresos del trabajo que desean publicar, así como un diskette u otro formato de soporte electrónico. Éstos no serán devueltos a los autores.

4. Todo artículo será sometido a un proceso de arbitraje. Para tal fin, el proceso de revisión arbitral es de carácter anónimo. Toda identificación personal debe aparecer en un folio separado, con indicación del título del artículo, nombre del autor o autores, datos académico-curriculares fundamentales, dirección institucional, fax, correo electrónico y teléfonos para su localización.

5. El Director de la Revista Derecho del Trabajo, comunicará al autor o autores del artículo, su decisión sobre la publicación dentro de un lapso de tres meses, contados desde la fecha de recepción del escrito en las oficinas de la Dirección de la revista.

6. Los artículos no tendrán un límite de páginas, salvo, que por criterios editoriales para algún número especial deba restringirse el texto. Los autores son libres de emplear los sistemas y técnicas de citas, sea la tradicional a pié de página, o el sistema APA, siempre, que se respeten íntegramente el sistema escogido.

7. El tipo de letra que será usada por la diagramación de los artículos, es Arial n° 11, lo cual se les pide a los autores seguir con este formato.

8. Si el trabajo lleva gráficos, cuadros, ilustraciones y figuras, éstos deben ir enumerados correlativamente e indicarse el lugar donde deben colocarse dentro del texto y ser grabados en un formato electrónico aparte. Los gráficos no serán impresos a color sino solo en degradaciones de color gris.

9. Cada artículo deberá ser precedido de un resumen (en castellano e inglés) entre 100 a 300 palabras de extensión, el cual contendrá:

* Título del trabajo
* Propósito del trabajo
* Breve referencia metológica empleada
* Conclusiones más relevantes
* Palabras claves del artículo

La Revista *Derecho del Trabajo* es editada bajo los auspicios de la Fundación «Universitas». De igual manera, cuenta con el respaldo institucional del Fondo Editorial de la Universidad Centro-Occidental «Lisandro Alvarado» (UCLA).

Los conceptos vertidos por la Revista *Derecho del Trabajo*, son de responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista no se hace solidaria por las opiniones de los artículos y demás escritos publicados.

Correspondencia de la redacción:
Sabbagh-Valera-Mirabal-Pérez-Marín & Asoc.
Fudación «Universitas»
Carrera 18, esquina calle 23
Edificio Centro Empresarial
Piso 1, Oficinas 1-7 y 1-8
Barquisimeto - Estado Lara
Venezuela

Identificación técnico-legal:
Depósito legal: pp200502LA2077
ISSN: 1856-3449
Número 1 (enero/diciembre 2005)

Teléfonos y fax:
(0058) (251) 2320749 - 2320492

E-mail:
imirabali@hotmail.com
imirabali@gmail.com
fundacion.universitas@gmail.com

Web-site:
www.svmabogados.com.ve

Revista Derecho del Trabajo

Número 1 (enero/diciembre 2005)

Sumario

Doctrina:
(Iván Mirabal Rendón)

Presentación 7

Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales y el Contrato de Trabajo.
Juan Antonio SAGARDOY BENGOECHEA 15

Teoría general del Derecho del Trabajo

Retos actuales del Derecho del Trabajo.
Arturo BRONSTEIN 29

El género en las Relaciones de Trabajo en España
María José NEVADA FERNÁNDEZ 79

La presunción de laboralidad: ¿un anacronismo jurídico?
Wilfredo SANGUINETI RAYMOND 101

Las zonas fronterizas del Derecho del Trabajo
Iván Alí MIRABAL RENDÓN 113

Las condiciones de Trabajo
Héctor Armando JAIME MARTÍNEZ 181

El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas
Alfredo MONTOYA MELGAR 201

Derecho del Trabajo en Venezuela

La obligación patronal de alimentar al trabajador
Manuel DÍAZ MUJICA 217

Apuntamientos sobre el contenido del Salario a la luz de la Legislación venezolana
Domingo Javier SALGADO RODRÍGUEZ 257

El poder negocial del trabajador en el Contrato Individual de Trabajo
Mario CASTILLO SERRANO 291

Situación jurídica de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales en la Ley Orgánica del Trabajo
José Manuel ARRÁIZ CABRICES 305

Crítica al carácter vinculante de la Doctrina de la Sala de Casación Social
Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ 333

Historia documental del Derecho del Trabajo en Venezuela

Tabla de Salarios mínimos en Venezuela (1974-2005)
Iván Alí MIRABAL RENDÓN 349

Selecciones jurisprudenciales:
(Recopilación y selección: Alba Sosa Sosa)

Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en Sala de Casación Social en materia de Salario 359

Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en Sala de Casación Social sobre zonas fronterizas del Derecho del Trabajo
Por: Iván Alí MIRABAL RENDÓN y Alba SOSA SOSA 409

Presentación

La Revista Derecho de Trabajo surge por la inquietud académica y de investigación, movida por la agradable idea de aportar -a través de, prestigiosos laboralistas- diversos estudios científicos de Derecho del Trabajo. Con la edición de una revista arbitrada de publicación periódica, se visualiza la oportunidad de crear un escenario propicio para la disertación de temas dedicados al estudio de esta interesante área del Derecho, la cual pudiera representar una importante herramienta de consulta obligada para todos los asiduos estudiosos del Derecho Laboral.

No puedo efectuar esta presentación, sin antes agradecer la notable influencia, que el apoyo de mis maestros ha tenido sobre este proyecto -que de no ser por ellos- posiblemente, esta idea, no se hubiese hecho realidad, este número inaugural *rinde homenaje* a mis principales mentores entre ellos César Augusto Carballo Mena quien con sus enseñanzas, no sólo dentro de un salón de clases, sino como verdadero amigo fuera de las aulas, me ha apoyado irrestrictamente en este arduo desempeño, a Oscar Hernández Álvarez quien a través de sus sabios consejos me ha mostrado lo difícil pero satisfactoria tarea que hemos emprendido, a Manuel Díaz Mujica como pilar fundamental de esta iniciativa académica, de quien recuerdo muy bien sus sabias palabras, cuando un día en su Despacho me dijo *"Iván, a veces las personas creen que el Derecho del Trabajo es sólo un cobro de prestaciones sociales o un juicio de estabilidad laboral, cuando existen tantos temas por abordar en esta extensa disciplina"*, a Freddy Caridad Mosquera quien tiene un vasto conocimiento del *ius laborum* y cada vez que se me ha presentado la oportunidad no dejo de aprender de sus enseñanzas, aconsejándome, sobre la mejor manera de atender esta difícil misión. A Héctor Jaime Martínez por su soporte incondicional, quien fuere además mi profesor en las aulas de mi *alma mater* la Universidad Católica del Táchira.

Asimismo debo agradecer a mis amigos; Emilio Urbina Mendoza quien además fue mi compañero de promoción universitaria, por sus sabios consejos que siempre he tratado de aprovechar, quien así me motivó en esta ardua y placentera gestión, Joseph Sabbagh por su increíble amistad y apoyo ilimitado, a Julio Alejandro Pérez con quien he compartido agradables

y fructíferos momentos de la vida académica y el ejercicio profesional, Alexandre Marín Fantuzi quien ha sido un buen socio en el entorno profesional por su mística y tenacidad, Alba Sosa Sosa que merece mi admiración por ser una mujer incansable en el duro ejercicio de la vida así como en el ejercicio profesional, Blanca Rojas quien me ha brindado su apoyo irrestricto en el nacimiento de este proyecto, Domingo Salgado y Mario Castillo quienes se han esmerado con notable desempeño en el comienzo de la presente tarea académica.

A los maestros a distancia, que he podido conocer, a través, de sus obras jurídicas y por comunicación por medio de internet, entre ellos Alfredo Montoya Melgar quien nunca dudó del presente proyecto, a Juan Antonio Sagardoy Bengoechea por quien siempre me sentí apoyado, aún antes de la materialización de la presente Revista de Derecho del Trabajo, a través de la prestigiosa Fundación Sagardoy, a Wilfredo Sanguineti Raymond quien apenas recibió noticias de esta proyección, inmediatamente respondió activamente, a María José Nevado quien ha simbolizado para mi un gran apoyo desde el mismo momento en que mantuvimos comunicación, además, representa la dama del Consejo Científico Consultivo, a Manuel Carlos Palomeque y Arturo Broinstein quienes han sido fuente de inspiración y han dado fuerza a esta idea, a Néstor de Buen y Carlos de Buen quienes se mostraron muy receptivos con este designio.

A Rafael Alfonzo-Guzmán y a Guido Urdaneta por su apoyo de pertenecer al Consejo Científico Consultivo, al Juez Primero de Juicio del Trabajo del Estado Lara-Venezuela José Manuel Arráiz por su contribución académica, a todos los colaboradores que de manera directa o indirecta han participado con la presente obra, entre ellos, la notable ayuda de Jenny Nielsen, con quien conté desde el principio; entre todos, merece especial agradecimiento, mi esposa, María Teresa Duarte por su desmezurada colaboración de quien siempre he sentido apoyo, por su creencia en este noble ideal.

El propósito de este número, es el de ofrecer a los estudiosos del Derecho del Trabajo, diversas disertaciones sobre la contratación individual de trabajo, en un denso ejemplar por la cantidad de laboralistas que participaron activamente, la cual conforma una herramienta de utilidad para el mejor conocimiento de la institución del contrato de trabajo.

El primer número versa sobre contrato individual de trabajo y está compuesto por los siguientes estudios: el primer artículo es tratado por el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea y versa sobre *los Derechos fundamentales en el seno de la empresa concretamente el Mobbing o Acoso Laboral*, en la misma forma es analizado los derechos que la Constitución le otorga al trabajador y al empleador como ciudadanos, aún cuando presenten

modulaciones y limitaciones de ejercicio del contrato de trabajo que aún así son derechos, que en su contenido esencial, deben ser ejercitados en el seno de la relación laboral. Otro de los artículos de mucho impacto representa las reflexiones que el profesor Arturo Bronstein en sus *Retos actuales del Derecho del Trabajo*. En este mismo sentido y en materia especial de Derechos fundamentales en el régimen contractual laboral, la profesora de la Universidad de Salamanca, María José Nevado, aborda *el género en las relaciones de trabajo en España*, tratando la esencia de la igualdad (principio fundamental) entre hombres y mujeres en el contrato de trabajo.

El profesor de la Universidad Católica del Táchira Héctor Jaime Martínez realizó un estudio sobre *las condiciones de trabajo* abordando el tema como uno de los de mayor prevalencia en el ámbito del Derecho Laboral, derivada su capital importancia de la definición y precisión en el contenido y alcance de las relaciones de trabajo.

El profesor de la Universidad Católica Andrés Bello Manuel Díaz Mujica distingue un tema de gran interés como lo es la *obligación patronal de alimentar al trabajador*, señalando que en Venezuela este beneficio se ha convertido en una obligación principal de buena parte de los empleadores, la cual puede ser cumplida mediante distintos mecanismos a elección del empleador, dejando ver también, la preocupación del legislador porque se cumpla la finalidad del beneficio y el mismo no quede desvirtuado por incrementos de salario, pues, es un beneficio de carácter no salarial, además, que, ahora se sanciona severamente al patrono infractor. Con relación al tema de remuneración el profesor de la Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado (UCLA) Domingo Salgado trata su estudio sobre los a*puntamientos sobre el contenido del salario a la luz de la legislación venezolana* presentando una investigación analítica sobre el desarrollo doctrinal del concepto del salario, haciendo también un análisis de los emolumentos que forman parte del salario y de aquellos que no lo integran, para concluir con el denominado salario de eficacia atípica.

El profesor de la Universidad Santa María Mario Castillo Serrano aborda el tema titulado *el poder negocial del trabajador en el contrato individual de trabajo* tema que despierta interés, por ser el contrato de trabajo de esencia bilateral, con la posibilidad (utópica) de negociación de una de las partes contratantes, como es la del trabajador.

Tema de especial referencia científica es desarrollado por el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid Alfredo Montoya Melgar quien diserta sobre *el poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas*, haciendo un análisis sobre el planteamiento de la titularidad y el ejercicio del poder directivo del empresario en las estructuras productivas complejas, específicamente, en las contratas y subcontratas, en las empresas de trabajo temporal y en los grupos de empresa, analizando quien o quienes ostentan las facultades directivas

laborales en esas estructuras productivas complejas y señalando a través de que títulos jurídicos las mismas son procedentes.

En este orden de ideas existen temas que mantienen un intenso interés por los *ius laboralistas* debido a la huída del Derecho del Trabajo por contratos de índole distinta a la disciplina laboral, es expuesto por el profesor de la Universidad de Salamanca Wilfredo Sanguineti Raymond quien desarrolla *la presunción de laboralidad ¿Un anacronismo jurídico?* al demarcar el retroceso de la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo y la revalorización del trabajo autónomo ante la opción legislativa de neutralizar la mencionada presunción, cuya necesidad de aplicación dependerá del grado de madurez alcanzado por el Derecho Laboral en un país determinado. Asimismo, me he propuesto desarrollar el tema sobre las *zonas fronterizas del Derecho del Trabajo* aportando la esencialidad calificadora de los elementos del contrato de trabajo (elementos concurrentes) coadyuvados por la técnica de haz de indicios, para descifrar en un caso de *zona fronteriza del Derecho del Trabajo,* si la vinculación jurídica es laboral o si la disciplina que une a las partes es de índole diferente.

Por último el Juez Primero de Juicio del Estado Lara-Venezuela José Manuel Arráiz desarrolla un tema de régimen especial en el Derecho del Trabajo como lo es la *situación jurídica de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales en la Ley Orgánica del Trabajo*, señalando que la utilización de los calificativos de eventual y ocasional, a los cuales la Ley parece tratar como sinónimos, sugieren la idea de un trabajador que realiza labores en forma irregular, no continua ni ordinaria y cuya relación de trabajo termina al concluir la labor encomendada dentro de la actividad general del patrono; concluyendo que son contratados para cubrir una necesidad imprevista y la cual, aún cuando, en definitiva pudiere incidir o tener relación con la actividad ordinaria de la empresa, no constituye labor permanente y ordinaria, asimismo considera que le son aplicables a los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales, los mecanismos de protección consagrados para los trabajadores contratados por tiempo determinado y para una obra determinada.

Asimismo se incluye una tabla de salarios mínimos de Venezuela, con sus respectivas variaciones desde 1974 hasta el 2005, también se anexa una recopilación de doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sobre los bloques temáticos de salario y zonas fronterizas del Derecho del Trabajo.

En definitiva el presente número representa una valiosa herramienta para quienes desean adentrarse en variados tópicos del contrato individual del Derecho del Trabajo, donde se tocan diversos temas sobre derechos fundamentales de las partes en el contrato de trabajo, igualdad laboral entre hombres y mujeres, los retos actuales del Derecho del Trabajo, así como las

condiciones de trabajo, la obligación patronal de alimentar al trabajador, el salario, el poder negocial del trabajador en el contrato individual de trabajo, el poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas, la presunción de laboralidad, las zonas fronterizas del Derecho del Trabajo y el régimen especial de la situación jurídica de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales en la Ley Orgánica del Trabajo, que esperamos sean estudios provechosos para la vida académica del Derecho del Trabajo.

Barquisimeto, Agosto de 2005

Iván Alí Mirabal Rendón
Director-Editor

Doctrina

Los Derechos fundamentales y el contrato de trabajo[α]

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid
Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (España)

Sumario:

I. Nota introductoria.
II. La Constitucionalización de los Derechos Laborales.

Resumen:

Todos los derechos inespecíficos que se han referido, son fundamentales en cuanto que, tienen las notas características de éstos: a saber, son sólo disponibles por su titular e indisponibles para el legislador. Por otra parte, el elenco de derechos fundamentales citados, son derechos de *libertad*, no de *prestación*.

Los derechos que la Constitución le otorga al trabajador como ciudadano, tendrán modulaciones y limitaciones de ejercicio, pero son derechos que, en su contenido esencial, se pueden ejercitar –y debe respetarse su ejercicio- en el seno de la relación laboral.

Los derechos de una de las partes de la relación laboral no pueden menoscabar, de forma indebida, los derechos de la contraparte. Así, por un lado, el empresario no puede ampararse en la libertad de empresa para hacer ilusorios los derechos fundamentales del trabajador. Pero, por otro lado, la invocación de los derechos fundamentales del trabajador no puede justificar la imposición de modificaciones de la relación laboral, porque los derechos fundamentales no son ilimitados y el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos se establezcan, estos, deben ejercerse de acuerdo con el principio de la proporcionalidad.

[α] Recientemente me ha llegado el libro de mi buen amigo el Profesor Rodríguez Mancini sobre "Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales", publicado en Editorial Astrea Buenos Aires, que no he podido manejar por haber concluido ya este trabajo, que de modo más extenso fue expuesto en Enero de 2005 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Recibido: 28-02-2005 Aceptado: 11-03-2005

Abstract:

All the unspecific rights that have been mentioned, are basic because they have their characteristic: they are only available for the entitled person and unavailable for the legislator. On the other hand, al the basic rights mentioned are about freedom rights, not about lending.

The rights that the constitution grant to the worker as a citizen, will have modulations and performance limits, but are rights that in its essential content, it can be performed -an its practice should be respected-in the middle of the work relation.

The rights of one of the parts of the work relation cannot reduce, in an unjustified way, the other party rights. On one side, the employer cannot shelter on the enterprise freedom to make illusory the fundamental worker's rights, but on the other side, the invocation of these rights cannot justify the imposition of modifications to the work relation, because these rights are not limited and their practice has to be done without exceeding the limits that are established for that, the have to be performed according to the proportion principle.

Palabras claves/key words:

i) Constitucionalización de los derechos laborales.
ii) Derechos fundamentales.
iii) Principio de proporcionalidad.
iv) El derecho a la *igualdad y no discriminación.*
v) La *libertad ideológica y religiosa.*
vi) El derecho al *honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.*
vii) La *libertad de expresión.*
viii) La libertad de *información.*
ix) El derecho de *reunión.*
x) El derecho a la *tutela judicial efectiva.*
xi) El derecho a *no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa.*
xii) El derecho a la *educación.*

I. Nota introductoria.

Mi análisis se dirige a uno de los temas más sugestivos y de mayor actualidad en el Derecho del Trabajo. Examinar, con base primordial en la jurisprudencia, cuál es el juego de los derechos fundamentales en el desenvolvimiento de la prestación laboral. Como es obvio, el tema tiene una amplitud que, aquí y ahora, no debo abordar. Por ello, mis reflexiones tendrán, tan sólo, dos partes: la referente a la adecuada ubicación de los derechos fundamentales en relación con el contrato de trabajo, sería la primera; y la segunda, por la especial relevancia de tales derechos, la dedicaré al análisis de la *libertad de expresión* [art. 20.1 a) CE (Constitución Española de 1.978)] y del derecho a la intimidad (art. 18.1, 3 y 4 CE), en relación con la dignidad (art. 10,1 CE) y la integridad física y moral (art. 15 CE). Dentro del análisis del derecho a la intimidad, incluiré, por tanto, el acoso sexual y el acoso moral o "mobbing". Existen otros derechos y libertades fundamentales que han sido objeto de intenso tratamiento jurisprudencial y doctrinal y que evidencian un interés relevante, pero he optado libremente por la acotación señalada.

II. La constitucionalización de los derechos laborales.

Nuestro querido Maestro, Alonso Olea, nos decía que cabe una versión laboral de prácticamente todos los derechos fundamentales, de modo que resultaría correcta la defensa de un "Derecho Constitucional Laboral". Desde Weimar y Querétaro, las Constituciones y las grandes Declaraciones de Principios han reconocido una serie de derechos fundamentales, típicamente laborales, como son la libertad sindical, la huelga y la negociación colectiva. Por el lado empresarial, las Constituciones modernas consagran como derecho básico el de libertad de empresa, y así lo hace la nuestra, al proclamarla en el marco de la Sección 2ª, del Capítulo II, del Título I de la misma, por lo que: a) todos los poderes públicos deben respetarla; b) sólo puede limitarse por Ley, respetando en todo caso su contenido esencial; y c) su violación legal justificaría un recurso de inconstitucionalidad (art. 53.1 y 161 CE).

Bien es cierto que las Constituciones Europeas de la década de los 50 y finales de los 40, son parcas en la consagración de los derechos laborales fundamentales, frente a la española, la griega y la portuguesa, de la década de los 70, que son mucho más expresivas y protectoras, quizá porque en aquellos años de la posguerra mundial la preocupación de los constituyentes iba más por los caminos de la libertad y otros valores democráticos generales, que por la sindicación y la huelga, que sufrían un cierto desvanecimiento en circunstancias de reconstrucción gigantesca del aparato productivo. Tales derechos laborales tienen como especial condicionamiento el que sólo se

explican y pueden ejercitarse en el marco de la relación laboral. Dicho de otra forma, son derechos específicos laborales (en terminología de Palomeque), que sólo pueden ejercitar los trabajadores, como tales trabajadores. Los autónomos del transporte, por ejemplo, podrán dejar de trabajar, holgar, pero no pueden técnicamente declararse en huelga. Y los jueces y fiscales podrán asociarse, pero no sindicarse.

Tales derechos son primordiales para los trabajadores, especialmente en su configuración de instrumentos colectivos con titularidad singular. Son derechos de los trabajadores individuales, pero sólo cobran efectividad "colectivizándose". Tales derechos no son objeto de mi análisis. Lo son, por el contrario, lo que el autor citado denomina derechos fundamentales laborales "inespecíficos". Como dice, "son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales *inespecíficos*".

Son derechos del ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador-ciudadano, es decir, derechos de la persona, que están impregnados por la relación laboral. Esa tendencia hacia la progresiva importancia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, la fundamenta Valdés, con buen juicio, en tres causas:

La primera, tiene su explicación en el reencuentro de los trabajadores con su propia individualidad, durante largo tiempo oculta tras la larga sombra, primero del sujeto político triunfante de la revolución burguesa, *del ciudadano*, y más tarde del sujeto político claudicante de las revoluciones sociales de finales del XIX y principios del XX: *la clase obrera*. Se está produciendo un reencuentro (una "riscoperta dell'individuo" en frase de Simitis) del trabajador consigo mismo, exigiendo el respeto de sus derechos y libertades personales, amén de un auge de la autonomía individual y difuminación de lo colectivo.

La segunda, sigue diciendo Valdés, está en el crecimiento de las nuevas tecnologías que, a modo de tornado, tienen una enorme potencia de arrastre de la esfera personal de los trabajadores, y en especial de la intimidad. Así, pasaríamos del "feudalismo industrial" al "feudalismo virtual" (en frase de Mercader).

Y la tercera estaría en el auge del multiculturalismo (léase inmigración), que sólo encuentra terreno habitable en los derechos fundamentales de la persona. Tales derechos constitucionales inespecíficos, serían los siguientes:

· El derecho a la *igualdad y no discriminación* (arts. 14 y 35.1

CE), recibido en la legislación laboral por los artículos 4.2 c) y 17 ET.

· La *libertad ideológica y religiosa* (art. 16.1 CE), sin que nadie pueda ser obligado a declarar sobre su "ideología, religión o creencias" (art. 16.2 CE). Tampoco, ciertamente, los trabajadores a revelar su afiliación sindical ["no puede abrigarse duda alguna de que la afiliación a un sindicato es una opción ideológica protegida por el art. 16 CE", STC 94/1998], lo que deja de ser un "derecho personal y exclusivo del trabajador", que están obligados a respetar, tanto el empresario como los propios órganos sindicales (SSTC 292/1993 y 94/1998).

· El derecho al *honor, a la intimidad personal y a la propia imagen* (art. 18.1 CE) y, en el ámbito de la relación laboral, derecho de los trabajadores "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religioso, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual" (art. 4.2 e) ET).

· La *libertad de expresión* o derecho a "expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción" (art. 20.1 a) CE), recogida de modo expreso por la legislación laboral, tan sólo como garantía de los representantes de los trabajadores en la empresa, que podrán "expresar, colegiadamente, si se trata del comité, con libertad, sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación" (art. 68 d) ET).

· La libertad de *información*, esto es, el derecho a "comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión" (art. 20.1 d) CE).

· El derecho de *reunión* (art. 21 CE), proyectado al ámbito de las relaciones laborales por los artículos 4.1 f [los trabajadores tienen como derecho básico el de "reunión"] y 77 a 80 [el derecho de los trabajadores de una misma empresa o centro de trabajo a "reunirse en asamblea"] ET, y 8.1 b) LOLS [el derecho de los trabajadores afiliados a un sindicato a "celebrar reuniones, previa notificación al empresario" en la empresa o centro de trabajo].

· El derecho a la *tutela judicial efectiva* (art. 24 CE), recogido por el ordenamiento jurídico laboral en los artículos 4.2 g) [el derecho de los trabajadores "al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo] y 65.1 [el ejercicio de acciones judiciales por órganos de representación de los trabajadores en la empresa] ET y en la LPL.

· El derecho a *no ser sancionado por acciones u omisiones que*

en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento (art. 25.1 CE), o principio de legalidad (art. 9.3 CE), ejercible también, naturalmente, por los distintos sujetos responsables de infracciones administrativas en el orden social, los empresarios en particular (*L 5/ 2000, sobre infracciones y sanciones de orden social*).

· El derecho a la *educación* (art. 27.1 CE), aun cuando no pueda imponerse al empresario "la obligación de satisfacer de forma incondicionada la pretendida compatibilidad de la asistencia a clases del trabajador o empleado con el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación de dependencia", ya que, entenderlo así, "sería tanto como desplazar sobre el empleador la carga prestacional del derecho a la educación, que sólo sobre los poderes públicos pesa, y hacer responsable a aquél del deber positivo de garantizar la efectividad del derecho fundamental que sólo a éstos corresponde" (STC 129/1989).

Conviene precisar que tal elenco de derechos, salvo el de reunión y el de educación, son igualmente predicables de la otra parte o sujeto del contrato de trabajo: el empleador. El análisis de los derechos fundamentales en el seno del contrato de trabajo sufre en la corta historia de su tratamiento doctrinal –las sentencias del TC han hecho a veces una referencia al tema- de un sorprendente *unilateralismo* y metodología *agresiva*, puesto que sólo se hace referencia a los derechos fundamentales del trabajador, no también, del empleador y con un enfoque de agresión o violación de los derechos de los trabajadores por parte de los empleadores y no, con una mayor neutralidad, de violación también a la inversa. Es decir, se echa en falta un enfoque de *normalidad* o *neutralidad*, en cuanto a la dinámica de esos derechos fundamentales en la relación laboral. ¿O es que el empleador, como sujeto de un contrato de trabajo, no tiene derecho al honor, o a la intimidad o a la libertad de expresión?. Evidentemente que sí. Y es que se olvida que millones de empleadores o empresarios son personas físicas y que, además, un 95% largo de las empresas españolas tienen menos de cinco trabajadores. Pero, aun cuando se trate de personas jurídicas, el Tribunal Supremo, en Auto de 2 de Mayo de 1980 (luego seguido en su doctrina por Ss. de 22 de Octubre de 1987, 18 de Julio de 1988 y 28 de Abril de 1999), declara con énfasis "que el honor al que se refiere la Constitución de 1978 es, tanto el honor individual, como el honor de las personas jurídicas".

Y el Tribunal Constitucional, tras una primera sentencia (107/ 1988), que adoptó una postura contraria, por entender que el honor tiene una referencia exclusiva a las personas individualmente consideradas, ha aceptado con claridad la tesis contraria (Ss. 139 y 183/1995), al decir que "la persona jurídica también puede ver

lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena".

Pensemos, asimismo, en la libertad de expresión del empresario, al enjuiciar actuaciones de los trabajadores o de sus representantes, o en su derecho a la intimidad –como persona física- frente a los ataques que pueda sufrir la misma al revelar algún trabajador –representante legal o no de sus compañeros- datos de su vida privada –bienes que posee, orientación sexual, datos familiares, etc.- que puedan suponer una intromisión ilegítima en su intimidad. Reitero que tal ataque sólo es posible cuando se trate de empleadores –personas físicas-, al ser un derecho personalísimo y cuya titularidad corresponde a las personas físicas, tan sólo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra como derecho fundamental el de la protección de datos de carácter personal, que en acertada opinión de Gil y Ushakova[1], afecta a los datos acerca de los trabajadores que recoge el empresario y, en menor medida, a los datos sobre la empresa de que dispone el trabajador.

Téngase en cuenta, además, que la Carta Social no es meramente programática, pues al estar redactada en lo que García de Enterría ha llamado "la lengua de los derechos", es mucho más –en palabras de Gil y Ushakova- que un conjunto de exhortaciones morales a los gobernantes.

Sin embargo y a pesar de las evidencias anteriores, la relevancia, o casi la existencia de los derechos fundamentales de los empleadores, no ha tenido eco en la doctrina, que ha cubierto el tema con un manto de silencio bastante incomprensible, sobre todo por lo que respecta a la indiferencia corporativa empresarial sobre el tema.

Como importante novedad normativa, debe reseñarse la nueva dicción del art. 52.2 g) del ET (según Ley 62/2003), según el cual supone un incumplimiento contractual del trabajador –legitimador del despido- "el acoso por razones de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario, o a las personas que trabajan en la empresa". Es decir, que de un modo claro y explícito se está contemplando la posibilidad de una violación de derechos fundamentales y libertades públicas del empresario por parte del trabajador, sancionando tal acción con el despido, es decir, con la extinción del contrato de trabajo.

Todos los derechos inespecíficos que he citado, son fundamentales en cuanto que tienen las notas características de éstos: a saber, son sólo disponibles por su titular e indisponibles para el legislador. Con palabras de Bastida, "un derecho fundamental protege

un ámbito en el que el único habilitado, en principio, para darse normas (autonomía) es su titular; en eso consiste su disponibilidad sobre el derecho. Tal cosa supone, en primer lugar, que nadie distinto al titular del derecho fundamental puede regular imperativamente su comportamiento en ese ámbito; y, en segundo lugar, que sólo él puede disponer jurídicamente de su conducta en ese espacio vital o jurídico objeto del derecho fundamental. Precisamente la función de los límites a los derechos fundamentales es la de establecer en qué términos esa autodeterminación de la conducta puede restringirse; en fin, en qué medida y de qué modo se puede introducir poder público en ese ámbito".

Y en esa misma línea, es interesante reseñar con el mismo autor, por la relevancia que ello tiene respecto de la libertad de empresa como derecho fundamental del empresario, que "el deseo de una interpretación restrictiva del ámbito de la ley orgánica no puede conducir a negar el carácter de derechos fundamentales a otros derechos del Título I, porque la fundamentalidad de los derechos no descansa en su ubicación formal dentro de la Constitución, sino en su configuración constitucional como normas de potencial autodisposición por el titular del derecho y, a la vez, de existencia indisponible por el legislador. En la CE no sólo se encuentran en tal situación los derechos comprendidos entre los artículos 15 a 29, sino también todos los del Título I, Capítulos I y II.

Por otra parte, el elenco de derechos fundamentales citados, son derechos de *libertad*, no de *prestación*. Es decir, derechos referidos directamente a la dignidad de la persona y no al contenido del contrato respecto al trabajador: salario digno, jornada razonable, promoción profesional, vacaciones, etc. Son derechos de *libertad*, como afirma Valdés, en cuanto que atañen *a la persona*, por lo que son derechos de *inmunidad*, con un objeto consistente en la expectativa de ausencia de intromisiones o injerencias. Son derechos *primarios*, frente a los otros, que son *secundarios*, sustanciándose en expectativas de prestaciones, afectando, por tanto, a la capacidad de obrar. Elevando el tono, Valdés afirma con acierto que "la configuración por parte del constitucionalismo moderno de unos derechos laborales como derechos fundamentales ha contribuido al cambio del modelo de Estado; esto es, a la transformación de las relaciones entre Estado y Sociedad y de la función tipificadora de esas relaciones asignada a las Constituciones. Estas ya no son sólo un pacto para la limitación del ejercicio del poder político; también son, y en parte nada desdeñable, un pacto para la predeterminación de un programa de acción política de promoción de la igualdad y del bienestar de los ciudadanos".

Con independencia de que tales derechos hayan sido o no asumidos y explicitados por la legislación laboral, lo relevante y

verdaderamente revolucionario, cara a 60 años hacia atrás, es que no sólo no se discuta, sino que se defienda vigorosamente que el trabajador, al entrar en la fábrica, no cuelga, a la vez que su chaqueta para ponerse la ropa de trabajo, los derechos que la Constitución le otorga como ciudadano. Tendrán modulaciones, limitaciones, tipicidades de ejercicio, pero son derechos que, en su contenido esencial, se pueden ejercitar –y debe respetarse su ejercicio por la contraparte- en el seno de la relación laboral.

Como afirma Baylos, respecto a un pretérito, "el trabajador, al atravesar la puerta de la fábrica, queda sometido a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento en casa de su señor, de tal forma que la fábrica aparecería como una zona franca y segregada de la sociedad civil".

El mítico Statuto dei Lavoratori, de 1970, fue un paso de gigante en la consolidación de tal doctrina. Y nuestro Estatuto de los Trabajadores, de 1980, aunque no tuvo –porque no se quiso- el mismo contenido que el italiano, es injusto e inexacto el afirmar, como hacen algunos autores, que se limitó a regular el contrato de trabajo, sin dar entrada a los derechos constitucionales, puesto que los artículos 4, 17 y 18, y sobre todo el primero, contienen enérgicas reafirmaciones de derechos fundamentales. Que luego no hayan tenido a nivel legal (salvo la Ley Orgánica de Libertad Sindical, de 1985) ni, sobre todo, convencional colectivo, un desarrollo pertinente, hay que apuntarlo en el Debe de quienes pueden legislar y convenir. Como también hay que poner en el Debe el que nunca se haya preocupado el legislador del desarrollo de los derechos fundamentales del empresario, en su calidad de sujeto del contrato de trabajo. Luego me referiré a ello. Ahora, simplemente, diré –en una realidad española del 95% de empresas con menos de 5 trabajadores- que llama la atención que el honor, la intimidad, la libertad del empresario, etc., como tal empresario, parecen no existir, como si en el campo de batalla sólo hubiese un contendiente. La afirmación de Valdés de que los derechos que asisten al empresario, como ciudadano, rara vez van a ser amenazados o inquietados, adolece de la común miopía de considerar que los empresarios sólo son los presidentes y altos directivos de grandes corporaciones, olvidando a esos millones de pequeños empresarios, de rostro conocido, que arriesgan su capital y su trabajo y que están sometidos, con frecuencia, a ataques a su honor o intimidad, entre otros derechos, como cualquier otro ciudadano. Desde desvelar su posición económica, sus compras de bienes muebles o inmuebles, hasta temas de su vida íntima. Todo ello, normalmente, en un contexto de conflicto laboral.

La importancia de la laboralización de los derechos fundamentales tiene su razón de ser en la propia esencia del contrato de trabajo, radicalmente diferente, a estos efectos, a un contrato civil

de compraventa o de agencia mercantil. Y es que, frente a lo que ocurre en tales contratos, en el de trabajo se dan dos fenómenos que explican la aplicación y la modulación de los derechos fundamentales en el seno del contrato de trabajo. Tales son, por un lado, la relevancia de la persona del trabajador, que lleva aparejada la limitación de los poderes del empresario (*aplicación*) y por otro, la justificación constitucional de tales poderes, vía "libertad de empresa" (art. 38 CE) que conforma una jerarquización en la prestación laboral, con un haz de derechos y obligaciones por parte de trabajadores y empresario (*modulación*). Ese haz no es un compartimento estanco respecto de la aplicación de los derechos fundamentales, ni tampoco está en la base del edificio, sino más bien al lado, de modo que –como luego veremos- la aplicación de un derecho fundamental inespecífico ha de pasar por el tamiz del contenido del contrato formalizado en libertad.

Como he manifestado, con Del Valle y Gil, a diferencia de lo que sucede en otras relaciones jurídicas, donde la persona del deudor posee una relevancia limitada, el trabajador empeña su vida, su salud y sus energías en la prestación de servicios. Quien presta un trabajo, según Sinzheimer, no entrega un objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo: el trabajo es el hombre mismo. El trabajo es el hombre mismo, en su cuerpo y en su espíritu, y no puede constituir el objeto de un contrato de Derecho civil (Ripert).

Tras recordar que el de seguridad física es un principio fundamental del Estado de Derecho, Supiot indica que el Derecho civil se ha revelado incapaz de garantizar dicha seguridad en la empresa, porque carece de conceptos adecuados para hacer frente a una situación en que los individuos pierden el dominio de sus cuerpos, y se transforman en una mera fuente de energía, que forma parte de una organización concebida por otro. Como primer cometido, el Derecho del Trabajo ha tenido que suplir esta carencia del Derecho de obligaciones, y hacer posible el principio de seguridad de las personas en el interior de la empresa.

El trabajador es el presupuesto antropológico del Derecho del Trabajo. El modelo de hombre que tradicionalmente ha aceptado el Derecho civil no era válido para analizar las relaciones jurídicas en que intervenía el trabajador.

En los comienzos de la Revolución Industrial, prevalecía el individualismo jurídico, que consagró el dogma de la autonomía de la voluntad y la abstención normativa en la regulación de los aspectos contractuales. Las partes de un contrato eran libres para realizar los pactos que tuviesen por conveniente, con el solo límite del respeto a la ley, a la moral y al orden público (art. 1.255 Cc). Premisa de tal regulación era el concepto de igualdad formal ante la ley, y el rechazo explícito de la desigualdad material. Los Códigos civiles que se inspiran

en el de Napoleón adoptan, pues, como modelo antropológico, al ser libre, independiente, autónomo, igual ante la ley, que dispone de una propiedad que lo sustenta y es capaz de defender por sí mismo sus intereses en la negociación, conclusión y ejecución del contrato. Los conceptos jurídicos del Derecho civil se ajustan a dicho modelo, y buscan la satisfacción de los intereses privados del hombre. Al no tomar en cuenta el poder social y la dependencia que el mismo produce, el Derecho civil tenía muy poco que ofrecer al trabajador, cuyo único bien era su fuerza de trabajo.

De cuanto llevamos dicho, cabe deducir que la misión esencial del Derecho del Trabajo es, acaso, la de asegurar el respeto de la dignidad del trabajador. No existiría un verdadero Estado social y democrático de Derecho sin el respeto de la dignidad de los hombres y mujeres que trabajan. Sería la consagración del principio "*pro dignitate lavoratoris*".

Pero también es importante recordar que el trabajador, para serlo, tiene como nota dogmática, entre otras, la de la dependencia (como consecuencia de la ajenidad), entendida como trabajar "dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario". El artículo 20.1 ET insiste en que el trabajo ha de realizarse "bajo la dirección del empresario". En realidad, el artículo 1.1 ET ha recogido una doctrina jurisprudencial elaborada en las últimas décadas, y que venía atenuando la concepción de la subordinación entendida como "sumisión completa a las órdenes del empresario" y sustituyéndola por la de "sometimiento a la organización y disciplina de la empresa" (STS de 7 de junio de 1977), o inclusión del trabajador "dentro de la esfera organicista, rectora y disciplinaria del patrono" (STS de 16 de diciembre de 1969). Entendida como inclusión en el ámbito de dirección y organización de un empresario, la subordinación o dependencia significa que éste puede dar directrices e instrucciones sobre la realización del trabajo concertada, así como sobre el tiempo, lugar y contenido del trabajo (STS de 20 de octubre de 1982).

Tal dependencia, unida a la libertad -en sentido jurídico- de contratación por parte del trabajador, tienen su peso a la hora de enjuiciar la aplicación de un derecho fundamental en el desenvolvimiento de la relación laboral.

Pero lo que resulta evidente es que, con palabras del TC, "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano" (S. TC 106/1996, reiterando doctrina de sentencias anteriores).

Esta doctrina tuvo una notabilísima y temprana aplicación al

sentar la trascendental y novedosa doctrina de la *nulidad radical* de un despido, por haberse violado un derecho fundamental del trabajador S. TC 38/1981). El TC ha seguido insistiendo en la idea de la presencia activa de los derechos fundamentales en la relación de trabajo. Valga como muestra la S. TC 88/1985, de 19 de Julio, cuando dice que "las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que, establece el art. 38 del Texto Constitucional que legitime que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional".

Todo ello enlaza con la teoría (elaborada fundamentalmente por la doctrina alemana) de los constitucionalistas, sobre la eficacia de los derechos fundamentales. La llamada eficacia *vertical* configura la estructura clásica del Estado soberano con unos súbditos-ciudadanos. De ahí que sea indiscutible que los derechos fundamentales vinculan, ante y sobre todo, a los poderes públicos. Así lo dice solemnemente el art. 53 CE: "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos".

Pero con independencia de ello nadie niega hoy la eficacia *horizontal*, es decir, la extensión de la vinculación de los derechos fundamentales a los particulares, sean éstos personas físicas o jurídicas. Es decir, también los particulares, en sus relaciones, están sometidos al respeto de los derechos fundamentales. Es un tema resuelto. Lo más complejo es determinar si la eficacia *horizontal* de los derechos fundamentales es directa o indirecta. La idea de la vigencia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*) es fruto de la ciencia jurídica alemana. En la *Drittwirkung* late el convencimiento de que los derechos fundamentales no sólo pueden ser lesionados por el Estado, sino también por los particulares, especialmente por los investidos de poder social o económico.

A tal efecto, y siguiendo a Bastida, se han barajado dos opciones. La primera, consistente en reconocer a los derechos fundamentales *eficacia directa o inmediata*, permitiría a los individuos invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales, encargados de su garantía, la lesión por parte de otro particular de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados, haciéndolos valer como auténticos derechos subjetivos ante los órganos jurisdiccionales, sin necesidad de la mediación del legislador en la provisión de una posición jurídico-subjetiva, que ya poseerían directamente *ex constitutione*. La segunda, por el contrario, nacida como reacción ante las severísimas limitaciones que la primera impondría a la autonomía privada, confiere a los derechos fundamentales, únicamente *eficacia indirecta o mediata*,

por lo que los particulares sólo obtendrían su tutela indirectamente a través de las posiciones jurídico-subjetivas que el legislador les haya atribuido al regular las relaciones privadas, esto es, sólo como consecuencia del desarrollo por parte de los poderes públicos de la dimensión objetiva de los derechos.

Nuestro TC no ha resuelto la cuestión de un modo claro, pero, como bien dice Bastida, de la jurisprudencia de dicho Tribunal se puede concluir que nuestra Constitución ha querido atribuir a los derechos fundamentales una *eficacia directa matizada*, de modo que hay que conjugar y contemplar derechos contrapuestos, situaciones complejas y contenidos distintos.

En el supuesto de la relación de trabajo, como enseguida veremos, la libertad de empresa como derecho constitucional del empresario (art. 38 CE) y los propios derechos primarios del empresario (honor, libertad de expresión, intimidad, etc.) juegan como contrapeso de los otros derechos fundamentales de los trabajadores.

En caso de colisión de los derechos fundamentales del trabajador y los intereses organizativos del empresario, el Tribunal Constitucional vela para que los derechos de una y otra parte no sufran una restricción injustificada o desproporcionada. El punto de partida de la jurisprudencia constitucional es que los derechos de una de las partes de la relación laboral no pueden menoscabar, de forma indebida, los derechos de la contraparte. Así, por un lado, el empresario no puede ampararse en la libertad de empresa para hacer ilusorios los derechos fundamentales del trabajador. Pero, por otro, la invocación de los derechos fundamentales del trabajador no puede justificar la imposición de modificaciones de la relación laboral, la ruptura del marco normativo de la misma o el incumplimiento de los derechos laborales que incumben al trabajador: el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador no puede implicar una modificación unilateral de las obligaciones asumidas en el contrato, porque los derechos fundamentales no son ilimitados y el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos se establezcan.

Aclarado esto, la jurisprudencia constitucional resuelve los casos concretos de colisión entre los poderes del empresario y los derechos fundamentales del trabajador. Así, el TC ha precisado que las facultades de vigilancia y control, que reconoce al empresario el artículo 20 ET, deben ejercerse de acuerdo con el principio de la proporcionalidad. El empresario puede utilizar los medios audiovisuales de control para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, pero no la vida íntima de los trabajadores. En consecuencia, se ha considerado adecuada la instalación de un circuito cerrado de televisión que controla la zona donde los trabajadores

prestan sus servicios si, en virtud del principio de la proporcionalidad, existen sospechas razonables de la comisión de graves irregularidades por parte de alguno de los trabajadores; en segundo lugar, la medida es idónea para la finalidad pretendida por la empresa, que es comprobar si existen realmente esas irregularidades y, en tal caso, adoptar las medidas correspondientes y, en tercer lugar, la medida es necesaria y equilibrada. Por el contrario, salvo casos extremos en que resulte necesaria por razones de seguridad, la instalación de aparatos auditivos atenta gravemente contra el derecho a la intimidad del trabajador y resulta desproporcionada.

En otras ocasiones el TC se ha referido a la *idoneidad* de la medida, su *necesidad* (en el sentido de que no haya otra más moderada para conseguir lo mismo), su *imprescindibilidad* y a la *ponderación* adecuada a la luz de las concretas circunstancias del caso. Pero, quizá, lo más acertado respecto a la colisión de derechos, esté en la búsqueda "del necesario *equilibrio* entre las obligaciones dimanantes del *contrato* para el trabajador y el ámbito -*modulado* por el contrato, pero en todo caso *subsistente*- de su *libertad* constitucional" (S.TC 99/1994).

Pero conviene insistir que, a mi juicio, esa penetración de los derechos fundamentales en las obligaciones contractuales no radica en la supremacía socio-económica del empresario, sino pura y simplemente en la relevancia de la *persona* del trabajador en el contrato de trabajo. Esa es la clave del arco. Lo demás son explicaciones insuficientes, desde el punto de vista dogmático, e inflacionadas desde el ideológico. Como bien dice Gil, los derechos fundamentales limitan los poderes del empresario, pero no le imponen una actitud de fomento o desarrollo, similar a la de los poderes públicos. La libertad de empresa no debe ejercitarse para el logro de la utilidad común. En suma, de los derechos fundamentales del trabajador, no deriva un deber de promoción de los mismos por parte del empresario. En este sentido, el Tribunal constitucional afirma que la conducta del empresario ha de hallarse presidida por un principio de neutralidad: las actividades productivas no pueden verse alteradas para potenciar, fomentar o facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales. Por sí mismos, los derechos fundamentales no constituyen cláusulas ilimitadas de excepción, que justifiquen el incumplimiento de los deberes asumidos en el contrato de trabajo. La sujeción del empresario a los derechos fundamentales no justifica, por sí sola, un menoscabo de los principios de seguridad jurídica y pacta sunt servanda.

Retos actuales del Derecho del Trabajo

Arturo Bronstein

Secretario general de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Sumario:

I. Introducción.
II. La crisis del Derecho del Trabajo.
1.- Las raíces de la crisis
III. Algunos temas en particular.
1.- El trabajo (aún) llamado atípico: del rechazo a la integración en el derecho del trabajo
2.- Los dependientes-independientes o el desenfoque de la relación de trabajo
3.- ¿Cómo se define el empleador?
4.- Comercio internacional y normas laborales
5.- La Unión Europea y la construcción de un derecho del trabajo supranacional
6.- El derecho del trabajo en los antiguos países comunistas
7.- Subordinación jurídica y derechos fundamentales de la persona del trabajador: una cohabitación complicada
IV. Observaciones finales.

Recibido: 11-03-2005 Aceptado: 14-04-2005

Resumen:

El derecho del trabajo, desde finales del siglo XX se encuentra en crisis y ha sufrido cambios profundos que se siguen acentuando con la evolución de la sociedad del siglo XXI lo que ha generado la discusión sobre el fin del Derecho del Trabajo. Esta crisis que vive el Derecho del Trabajo es de cuatro tipos diferentes. De «cobertura», porque en la actualidad el ámbito de aplicación tiende a la contracción; de «adaptación» debido a las nuevas formas de organización de empresarial, Crisis de «territorialidad» producto de la globalización e «ideológica» en razón de la influencia del pensamiento neoliberal. Entre las raíces de la crisis destaca primero el cierre del largo ciclo de pleno empleo y bienestar asegurado por el Estado durante los Treinta Gloriosos (1945-1975), el alza del costo de la energía a partir de 1973, la emergencia de nuevos actores en el comercio internacional, el advenimiento de la tercera revolución industrial, asociada a la tecnología digital, el cambio del modelo organizacional de la empresa y el derrumbe del mundo comunista. Se analiza sobre algunos temas en particular de gran trascendencia, como el trabajo atípico, las fronteras del Derecho del Trabajo, las ETT, el comercio internacional, la UE y el derecho del trabajo supranacional, la evolución del derecho del Trabajo en los antiguos países comunistas, y los derechos fundamentales de la persona del trabajador, para concluir que el derecho del trabajo no ha conocido solo retrocesos ya que en el estadio actual se han ampliado los temas de debate, se reconocen avances en materia de libertades y derechos fundamentales y se ha registrado una evolución del derecho del trabajo; y que mientras exista trabajo subordinado existirá la necesidad de regulación, siendo el reto del derecho del trabajo, reformularse de cara al siglo XXI.

Abstract:

The Labor Rights, since the end of the XX century is in crisis, and many deep changes have become. Those changes are getting deeper with the XXI century evolution of the society, which has become in the discussion about the end of the «right to work». This crisis in the Labor Rights has four different kinds. «Covering», because nowadays its application goes toward to the contraction; «Adaptation», due to the new ways of the management organization. Crisis of «Territoriality», which is a product of globalization; «Ideological», due to the influence of the neoliberal thought. Among the origin of the crisis, stands out the closing of a long cycle of full employment and the welfare assured by the State, during the Thirty Glorious (1945-1975). The rise of the cost of energy, since 1973. The emerging of new actors in international commerce. The coming of the third Industrial Revolution associated to the digital technology. The change on the enterprise organization model, and the collapse of the communist world. We analyze about some transcendence subjects, like the typical labor, the Labor Rights Frontiers, the ETT, the International Commerce, the U.E., and the supranational labor rights, the evolution of the Labor Rights in the old communist countries and the workers fundamental rights, to conclude that the right to work, have known, not only retrocession, due to, that nowadays the subjects of discussion have been attended, the advances of freedom and the main rights have been recognized, and there is an evolution in the Labor Rights. If the subordinate work still exists, it will exist as well the necessity of regulation, being the challenge of the right labor, to reform ourselves, face to the XXI century.

I. Introducción.

Como cualquier rama del derecho, y quizás más que las otras, el Derecho del Trabajo es un reflejo de un entorno jurídico, pero también social, económico, político, cultural e ideológico. Cualquier cambio en las variables que conforman ese entorno debería por lo tanto también determinar un cambio en el derecho del trabajo. Mi propósito aquí es tratar de ubicar los retos del derecho del trabajo dentro del marco de los cambios que ha conocido el mundo en la última parte del siglo pasado y que se han acentuado al comenzar el presente siglo. Si el derecho del trabajo conoce una crisis profunda y ha sufrido cambios que se pueden calificar de traumáticos, es porque el mundo en el que vivimos se ha alejado mucho del paradigma de los *Treinta Gloriosos*[1] dentro del que el Estado de Bienestar llegó a su máxima expresión, el pleno empleo era la norma, la sociedad era industrial, lo esencial del comercio internacional se hacía entre países que compartían valores similares y la economía de mercado se agregaba el adjetivo de social. Considerábamos en aquella época que el derecho del trabajo cumplía una función que en lo político coadyuvaba a fortalecer la democracia y en lo económico y social buscaba consolidar la justicia distributiva, y esto tenía gran importancia en un mundo dividido entre dos sistemas políticos e ideológicos antagónicos. Imaginábamos también que la economía continuaría a crecer indefinidamente, que siempre habría empleos asegurados para todos los que deseaban trabajar, y los salarios sólo podrían aumentar. Así, nuestro razonamiento nos llevaba casi inevitablemente a la conclusión de que el derecho del trabajo estaba destinado a progresar de una manera por así decirlo geológica o por sedimentaciones sucesivas pues solamente se podía concebir un cambio de legislación laboral cuando su objeto era agregar nuevos derechos a los ya existentes, los que se suponían definitivamente adquiridos para los trabajadores y por eso mismo irrevocables.

Apenas parece necesario agregar que desde entonces el mundo cambió mucho, pero la evolución del derecho del trabajo no correspondió a nuestras expectativas. Por el contrario, es innegable que hoy conoce una fuerte crisis - a ella me referiré en primer lugar - y está expuesto a embates que lo someten a ruda prueba. De allí a hablar del fin del derecho del trabajo hay un solo paso, y hoy no faltan quienes estén tentados a darlo.

Sin embargo, no pienso que solamente existen motivos de desaliento. Si es cierto que ha existido y ciertamente existe una

---

1 Los Treinta Gloriosos (Les Trente Glorieuses) es el título de una célebre obra del sociólogo francés Jean Fourastié, publicada en 1979 y muchas veces reeditada, que designa para ciertos países, como Francia, el período de tres decenios de expansión económica entre 1945 y 1973, durante los cuales se alcanzaron el pleno empleo y altos de niveles de bienestar.

tendencia a socavar parte de los avances sociales del siglo XX no lo es menos que también ha habido progresos cuya importancia no se debería subestimar. La libertad sindical ha indiscutiblemente conocido más avances que retrocesos; también se ha avanzado mucho en materia de protección de los derechos fundamentales en el lugar de trabajo, ante todo en la Unión Europea y en medida algo menor en otras regiones del mundo. Abordaré estos progresos en la segunda parte de mi este trabajo.

Se trata obviamente de un ejercicio con muchas limitaciones, y la más importante de ellas es la imposibilidad de hacer un análisis igualmente válido para todas las regiones del mundo. Prácticamente todos los países del mundo tienen un sistema de reglas jurídicas que se aplican a la prestación de trabajo subordinado o por cuenta ajena, al que llamamos Derecho del Trabajo aún cuando en los diferentes ámbitos nacionales quizás se llame de otra manera. Casi todos ellos son miembros de la Organización Internacional del Trabajo y una inmensa mayoría han ratificado convenios internacionales del trabajo cuyo cumplimiento exige la adopción de medidas que muy a menudo obligan a adoptar legislación. Diremos también que ciertos problemas atinentes al derecho del trabajo son compartidos por prácticamente todos los países, y sobre este punto volveremos más adelante cuando presentaremos algunos temas en particular. Sin embargo, las diferencias son tan importantes o mayores aún que las similitudes, y esto nos invita a la cautela cuando se pretende presentar un panorama global de los problemas del derecho del trabajo en general. De ahí que parezca necesario aclarar que el análisis que sigue está particularmente centrado en la experiencia europea, en primer lugar de Europa Occidental, y en medida algo menor de Europa Central y en algunos casos también de Europa del Este, que a partir de la caída del Muro de Berlín ha tratado de seguir los pasos del llamado modelo europeo, que dicho sea de paso no es homogéneo. En algunos aspectos el análisis que sigue puede ser aplicable a otras regiones del mundo mientras que en otros no lo será.

II. La crisis del Derecho del trabajo.

A mi juicio las crisis que hoy conoce el derecho del trabajo corresponden a cuatro tipos diferentes, que denominaré de cobertura, de adaptación, de territorialidad y finalmente la ideológica.

En primer lugar corresponde hablar de una crisis de cobertura. Una de las características del derecho del trabajo en el siglo pasado fue su naturaleza expansiva. Derecho obrero en un primer momento - y recordemos que las primeras cátedras de derecho del trabajo se llamaban de legislación industrial- sus primeras preocupaciones estuvieron centradas en la limitación de la jornada de trabajo, la

indemnización de los accidentes y enfermedades ocasionadas por el trabajo industrial y el trabajo de las mujeres y menores en la industria, incluyendo a la minería. Sin embargo no tardó en extender su campo de aplicación, primero al comercio y los servicios y más adelante al trabajo rural, sin olvidar tampoco su efecto de transposición en la administración pública a través de los estatutos del servicio civil que adaptaron gran parte de las instituciones del derecho del trabajo a las relaciones entre el estado y sus servidores. Su punto culminante fueron los decenios de los setenta y ochenta cuando prácticamente toda relación entre una persona física que ejecutaba un trabajo o prestaba un servicio y otra persona, física o moral, para quien dicho trabajo se ejecutaba o dicho servicio se prestaba, se presumía que entraba en el ámbito de una relación de trabajo, si era en el sector privado o de empleo si era en el servicio público.

¿Qué sucede ahora? Todo indica que el ámbito del derecho del trabajo tiene hoy una tendencia a la contracción. Si nuestro análisis pretende abarcar al mundo en su conjunto no podemos sino constatar que en los países en desarrollo una abrumadora mayoría de los empleos que hoy se crean lo son dentro del ámbito de la llamada *economía informal*, y por tanto escapan a la aplicación del derecho del trabajo, sino de jure cuando menos de hecho. En muchos casos esto no es novedoso pero sí lo son las dimensiones que ha cobrado este fenómeno. Por ejemplo, los estudios de la OIT muestran que en América Latina entre 1990 y 2003 de cada diez nuevas personas ocupadas 6 trabajan en la llamada *economía informal*[2].

Pero este fenómeno no se limita únicamente a los países en vías de desarrollo. También en los países industrializados es indiscutible que si el trabajo asalariado sigue siendo mayoritario ya no es tan hegemónico como lo fue en la segunda mitad del siglo pasado, y se encuentra en retroceso frente al trabajo autónomo y otras formas de empleo que por seguir la terminología italiana llamaremos parasubordinadas. La explicación de este fenómeno es bastante compleja y ciertamente no se debe a una causa única. Más adelante volveremos sobre este tema, cuando examinaremos la problemática del ámbito de la relación de trabajo.

Hablamos en segundo lugar de **crisis de adaptación**, pues si el derecho del trabajo se desarrolló dentro de una organización del trabajo que fue primero *taylorista* y luego *fordista* hoy tiene dificultades para adaptarse frente a la emergencia de una nueva forma de organización, que a falta de mejor definición llamaremos *post-fordista*. Tanto la empresa *taylorista* como la *fordista* se caracterizaban por la

---

2 OIT, Panorama Laboral de América Latina y el Caribe, 2004, disponible en línea en http://www.oit.org.pe/portal/documentos/panorama_laboral_2004.pdf

unidad estratégica y la concentración productiva. Todos los procesos productivos, y a menudo también la distribución de la producción, respondían a un mando único y dentro de una misma empresa el colectivo laboral tendía a estar subordinado a un empleador único. *Subordinación* y *dependencia* eran términos prácticamente sinónimos y por lo general intercambiables y casi no se discutía la llamada *laboralidad* de la prestación de trabajo o de servicios. Si la subcontratación y la externalización eran prácticas que tenían presencia importante en algunas industrias o actividades en las demás se las tendía a considerar como un fenómeno marginal.

Este panorama hoy ha cambiado, pues el modelo *taylorista-fordista* del siglo XX está en retroceso frente a un modelo que a falta de mejor denominación llamaremos *postfordista*. A semejanza de la empresa taylorista-fordista la empresa postfordista mantiene su unidad estratégica. Sin embargo, en contraste con aquélla se caracteriza por una tendencia bien marcada a la desintegración operacional; de ahí que se hable de *descentralización productiva*, concepto que se presta a diferentes definiciones, abarca prácticas sumamente variadas, y da abundante materia para la discusión en foros nacionales e internacionales de derecho del trabajo[3]. La empresa *post-fordista* define las actividades u operaciones que guarda bajo su control directo, que casi siempre son también las de mayor valor añadido, y procura descentralizar las demás a otras empresas. Este proceso puede tomar diferentes formas; algunas, como las transferencias, fusiones o absorciones de empresas o partes de ellas son ya bien conocidas y sus efectos legales por lo general están bien tratados por la legislación laboral. Sin embargo, otras modalidades de descentralización se expresan bajo formas de arreglos que el derecho del trabajo o el derecho en general tienen mucho mayores dificultades para abordar. El trabajo en red *(networking)*, el *outsourcing*, las sociedades *holding* o la franquicia *(franchising)* entran dentro de esta categoría. Los préstamos de mano de obra entre empresas jurídicamente diferenciadas, o el suministro de mano de obra a través de empresas de trabajo temporal tienden también a formar parte de la misma estrategia, como lo hace igualmente el uso de contratos civiles y comerciales para la ejecución de tareas o la prestación de servicios que en el modelo fordista eran ejecutados o prestados por trabajadores asalariados. El término *externalización*[4] *de operaciones* puede ser utilizado para referirse a los arreglos de *subcontratación/ outsourcing* entre empresas, mientras que el de *externalización* de la

---

3 Así, el tema fue abordado en el X Congreso español de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza 1999 y será debatido en el XVIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a celebrarse en París en septiembre 2006. Véase también Juan Rivero Lamas (Director), Angel Luis de Val Tena (coordinador), Descentralización Productiva y Responsabilidades Empresariales: El "Outsourcing", ed. Aranzadi, Navarra, 2003.

4 También se utilizan *externización* y *exteriorización*.

mano de obra se aplicaría al suministro de trabajo únicamente.

En todos los casos esta estrategia tiene un impacto potencialmente desestabilizador sobre la protección jurídica del trabajador, cuyo empleo y condiciones de trabajo en los hechos dependen de decisiones estratégicas de un empresario que jurídicamente ha dejado de ser su empleador o nunca lo ha sido. En el derecho del trabajo está implícita la noción del *riesgo de empresa*: quien desarrolla un proyecto empresarial cosecha sus beneficios pero también asume sus riesgos, incluyendo por supuesto los dimanantes de las relaciones de trabajo con sus trabajadores que le están subordinados. Sin embargo, en una lógica de descentralización productiva el empresario principal no asume los riesgos del empleador con relación a los trabajadores de sus empresas filiales o contratistas. El derecho del trabajo aún no ha sabido adaptarse ni menos aún dar una respuesta coherente a este problema.

La tercera crisis, que llamaré de **territorialidad**, es la que emerge del fenómeno de la mundialización o globalización. Los cambios tecnológicos, tanto como la apertura del comercio y la liberalización de las transacciones internacionales han dado como resultado que hoy día los movimientos de capital y de tecnología, y por ende las inversiones, por así decirlo *saltan las fronteras*, mientras que la ley no lo hace ni puede hacerlo. Ahora bien, al margen de sus fundamentos éticos y sociales sería ingenuo negar que la legislación laboral y la protección social en general conllevan un costo que el empresario debe pagar. Esto obviamente tiene su importancia en el momento de decidir una inversión, ya que a igualdad de otros factores un costo laboral moderado o la existencia de una legislación laboral favorable al mundo empresarial *(business friendly)* pueden operar como alicientes de importancia. Al mismo tiempo las barreras arancelarias y otras formas de protección tienen tendencia a desaparecer, lo que priva a los estados de un recurso importante para proteger su mercado interno, evitar deslocalizaciones, y de esa manera proteger a los trabajadores locales. Hoy día un estado que pretende formular o reformular su legislación laboral o de protección social tendrá grandes dificultades para escoger soberanamente sus opciones de política legislativa, pues no puede mejorar sus propios niveles de protección social sin tener en cuenta los riesgos dimanantes de la competencia de otro estado que no hace lo mismo. Esto no puede sino limitar la eficacia del derecho del trabajo dentro de un ámbito puramente nacional, y por eso hablaremos de crisis de territorial pues la economía es mundial mientras que el derecho es territorial. Mientras el derecho del trabajo no se globalice, como lo ha hecho la economía, será muy dudoso que pueda retomar la dinámica que le permitió ofrecer más y mejor protección a cada vez más trabajadores a lo largo de casi todo el siglo pasado.

La cuarta crisis es la **política e ideológica** consecutiva a la influencia que el pensamiento de los economistas neoclásicos tiene hoy en las instancias de decisión política de una mayoría de países del mundo. Como se sabe, el pensamiento neoclásico ha dado origen a las políticas llamadas de *ajuste estructural*, también conocidas como *neoliberales*, las que muy a menudo han sido exigidas por las instituciones financieras internacionales. Su dogma es la fe absoluta en la capacidad del mercado para autorregularse y funcionar de manera óptima, y el pecado son las regulaciones heterónomas que sólo pueden producir disfunciones en el mercado; cuando mucho pueden ser consideradas como un mal necesario, pero en toda la medida de lo posible sus efectos deben limitarse. En otros términos, se vuelve a la famosa *mano invisible* de Adam Smith, uno de cuyos efectos visibles es la puesta en tela de juicio de la protección social en general y la del trabajador en particular. El pensamiento neoclásico se refleja inclusive en su terminología, que despersonaliza al trabajador llamándolo *mano de obra, fuerza de trabajo o recursos humanos*, al tiempo que el derecho del trabajo es la *reglamentación del mercado de trabajo*, y como a toda reglamentación sólo se le puede adjudicar connotaciones negativas. El conocido documento *Doing Business* del Banco Mundial[5] resume bien este pensamiento, pues examina el peso de la legislación laboral, sobre todo la relativa a la contratación y despido de trabajadores, en distintos países a quiénes se adjudican índices más altos o menos altos según el mayor o menor grado de protección del trabajador. El premio mayor es el índice 0, que significa que no existen restricciones reglamentarias para la contratación y el despido de los trabajadores, y cuanto más alto es el índice se considera que el país ofrece condiciones más desfavorables a la inversión y los negocios[6]. Añadiremos que el pensamiento neoclásico asume que el mercado es perfecto, y por tanto no existen monopolios ni cárteles, ni menos aún subsidios ocultos, las reglas de derecho son respetadas por todos, no hay corrupción pública ni privada, los consumidores están perfectamente bien informados y todos los empresarios tienen acceso a las mismas facilidades de crédito.

Apenas parece necesario decir que esta visión idílica no resiste a la prueba de la verdad. En lo que hace a la cuestión concreta de la reglamentación laboral, por lo menos en lo concerniente al reclutamiento y despido, los errores metodológicos de *Doing Business* son bastante groseros, como lo ha puesto de manifiesto un documento

---

5 Véase su introducción en http://rru.worldbank.org/DoingBusiness/

6 Curiosamente (?) *Doing Business* no considera contradictorio pronunciarse en favor de una reglamentación más fuerte cuando se trata de proteger los derechos de propiedad o la libertad de comercio.

reciente de la CIOSL[7]. Basándose en una investigación realizada en Europa Central y Oriental la OIT tampoco encontró evidencia que permita fundar la suposición de que la legislación protectora contra el despido injustificado tiene un impacto negativo en el empleo[8] y la OCDE llegó algunos años atrás a una conclusión similar [9] con respecto a los estados miembros de dicha organización.

Tampoco se ha hecho esfuerzo alguno dentro de la teoría neoclásica para examinar los efectos económicos positivos de la reglamentación del trabajo; así la seguridad e higiene indiscutiblemente tienen efectos benéficos sobre la productividad, las vacaciones pagadas generan estimulan la industria del turismo, el permiso de maternidad contribuye a la reproducción de la fuerza de trabajo, y una mayor estabilidad en el empleo confiere mayor experiencia al trabajador y muy probablemente lo hace más productivo. Se trata, no obstante, de consideraciones que el pensamiento neoclásico pasa por alto en su cuestionamiento ideológico de la legislación laboral. El hecho es así que numerosas reformas laborales han sido ideológicamente inspiradas en la economía neoclásica y esto plantea hoy un reto de enorme importancia para el derecho del trabajo.

1.- Las raíces de la crisis

Los orígenes de esta crisis se relacionan con diversos fenómenos, algunos de los cuales comenzaron a manifestarse a partir de la segunda mitad de los años setenta del siglo pasado, mientras que otros son más recientes. El primero fue el cierre del largo ciclo de pleno empleo y bienestar asegurado por el Estado durante los *Treinta Gloriosos* (1945-1975), el que perdió impulso al concluir lo esencial de la reconstrucción europea de la posguerra. También fue desestabilizado por el alza del costo de la energía a partir de 1973, lo mismo que por la emergencia de nuevos actores -diríamos más bien *competidores*- en el comercio internacional. El advenimiento de la *tercera revolución industrial*, asociada a la tecnología digital y la necesidad de llevar a cabo importantísimas reestructuraciones en sectores industriales muy tradicionales, como la minería, el acero, industrias mecánicas en general y la industria textil, también datan de esta época.

Siguió a ello el cambio del modelo organizacional de la empresa,

---

7 Disponible en línea en: http://www.icftu.org/www/pdf/wbdoingbusinessicftugufcomments.pdf

8 Véase Peter Auer y Sandrine Cazes, La estabilidad del empleo en una época de flexibilidad :testimonios de varios países industrializados , Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

9 Employment Outlook 1990, disponible en http://www.oecd.org/dataoecd/9/46/2079974.pdf

a partir de los ochenta, cuando comienza la transformación de la empresa fordista en el modelo de descentralización productiva al que ya se ha hecho referencia. Luego, en el decenio siguiente vino el derrumbe del mundo comunista, uno de cuyos efectos por así llamarlos *secundarios* fue la ruptura de las antiguas alianzas entre el capitalismo liberal y el movimiento sindical libre que habían conferido legitimidad al modelo de sociedad industrial avanzada, también llamada de *economía social de mercado* de las grandes democracias occidentales. Este modelo comenzó entonces a sufrir los embates del pensamiento económico neoclásico, y de su efecto político, el neoliberalismo. Finalmente, junto con la globalización hizo irrupción la temática relacionada con el costo de la legislación laboral de cara a la competencia internacional, con lo que se inició un movimiento a la revisión peyorativa de la legislación laboral, la que después de haber sido considerada como un indicador de progreso social pasó ahora a ser tratada como una variable de la economía.

Ninguno de estos factores hubieran por sí mismos desestabilizado al derecho del trabajo como lo hicieron si al mismo tiempo no hubieran tenido un impacto tan dramático en las tasas de paro. A mi juicio los efectos de una ley en el nivel de empleo, o de paro, o en las modalidades a que se ajusta la ejecución del trabajo, son mucho menores que los que dimanan de las condiciones del mercado y en particular del nivel del paro. Como se ha dicho alguna vez -pienso que es bastante exagerado pero no del todo equivocado- el *mejor código de trabajo es un mercado de trabajo con escasez de mano de obra*. En una economía de mercado los empleos son creados, modificados y destruidos ante todo por el propio mercado (sin perjuicio de lo que el estado pueda hacer a través de sus políticas activas de empleo, para orientar el gasto público hacia actividades generadoras de empleo, que es bastante pero nunca suficiente en una situación de paro generalizado). En este caso la legislación del trabajo puede cuando mucho cumplir funciones moderadoras y ofrecer marcos jurídicos a los cambios ocasionados por los comportamientos del mercado, pero todo indica que tiene muy poco impacto en los niveles de empleo. Todo muestra, en efecto, que de un lado, se han equivocado quienes pensaban que alcanzaba con hacer más difícil y caro el despido para evitar que fueran suprimidos los empleos que las condiciones del mercado condenaban a desaparecer. Del otro lado, también se han equivocado quienes postulaban que la flexibilización de la ley laboral – en particular el reclutamiento y despido de trabajadores – era el buen camino para crear empleos que el mercado no podía crear. Los cambios políticos, los cuestionamientos ideológicos y otros factores institucionales han podido tener alguna importancia en los cambios legislativos que ha conocido el derecho del trabajo en los últimos tres decenios, lo mismo que en la variación de las modalidades bajo las que se presta el trabajo; sin embargo, pienso que esos cambios no hubieran sido posibles, ni aún siquiera

contemplados, en el marco de una economía con pleno empleo.

III. Algunos temas en particular.

1.- El trabajo (aún) llamado atípico: del rechazo a la integración en el derecho del trabajo

La atención sobre la emergencia del llamado *trabajo atípico* comenzó a manifestarse en el decenio de los setenta y es por tanto coetánea a los inicios del debate sobre la flexibilización del trabajo, lo que no debe sorprender. La prosperidad de los *Treinta Gloriosos* - y ante todo los muy bajos índices de paro de entonces - se había expresado a través de un modelo de relación de trabajo conforme al cual un trabajador ejecutaba trabajo o prestaba servicios a un empleador con arreglo a un contrato de trabajo a tiempo completo, de duración indefinida, por cuenta de un solo empleador, en el entorno físico de una empresa o establecimiento. Además, dicho trabajador estaba protegido contra el despido injustificado. Se añadía a ello la idea de que el trabajador se incorporaba a una empresa con miras a trabajar para ella durante toda su vida profesional o al menos buena parte de la misma; de ahí que tuviesen tanta importancia las nociones de *antigüedad* y de *carrera.* Existían por supuesto el trabajo a tiempo parcial, a domicilio, itinerante, lo mismo que el contrato de trabajo de duración determinada o por obra o servicios determinados, así como cierto número de estatutos especiales, pero frente al modelo predominante de relación de trabajo estas modalidades eran muy minoritarias o suponíamos que lo eran. La aceptación social y política de este modelo de relación de trabajo era tan grande que en 1982 la Conferencia Internacional del Trabajo prácticamente no enfrentó problemas para obtener la mayoría de dos tercios indispensable para adoptar el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo (No. 158)[10], cuyo presupuesto lógico es precisamente el contrato de trabajo de duración indeterminada y protegido contra el despido injustificado[11].

A partir de los años setenta este modelo comenzó a resquebrajarse como efecto de la aparición de formas diferentes de relación de trabajo a las que faltaban alguno o varios de los antedichos

---

10 Aunque quizás este convenio ya fue adoptado a destiempo, como lo sugeriría el hecho de que a más de veinte años de su adopción solamente lo han ratificado 33 Estados Miembros de la OIT.

11 Es cierto que el Convenio No. 158 permite la exclusión de los trabajadores bajo contrato de duración determinada o por obra o servicios determinados. Sin embargo, también exige que se establezcan garantías *contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio* (art. 2.3).

atributos. Quizás lo que entonces más llamó la atención fue el suministro de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal (ETT), pues el establecimiento de una relación triangular entre un trabajador, un empleador legal (la ETT) y un tercero, la empresa usuaria de quien el trabajador era subordinado en los hechos daba por tierra con el binomio empleador-trabajador sobre cuya base había sido construido el concepto de la relación individual de trabajo. Si bien no se puede decir que antes había sido inexistente – una ETT como *Manpower* existe desde 1948 – la difusión del trabajo temporal fue cuasi confidencial hasta los años sesenta. Sin embargo adquirió ya una visibilidad bastante notable en el decenio siguiente, al punto que varios países como Alemania, Bélgica, Francia o los Países Bajos consideraron necesario reconocerlo y reglamentarlo[12].

Al propio tiempo también vino en aumento la contratación de trabajadores en virtud de contratos de trabajo de duración determinada (CDD), modalidad que en muchos casos fue fomentada por las autoridades públicas a través de medidas de fomento del empleo que depositaban gran fe en las virtudes del CDD como medio de estimular la contratación de trabajadores y con ello reducir las tasas de paro. Se añadió a ello el trabajo a tiempo parcial, cuyo gran motor fue el incremento de la tasa de participación de la mujer en el mercado de trabajo; en algunos países apareció también el trabajo a la demanda (*labour on-call)* y el trabajo a domicilio comenzó a tener un perfil más cercano a la economía de servicios que a la industrial, lo que se acentuó a partir de los noventa con la eclosión del teletrabajo. Se sumaron en fin otras formas de contratación laboral que escapaban al modelo tradicional, y su importancia desde entonces no dejó de crecer. En 1985 la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social puso este tema en la agenda de su 11° Congreso Mundial, y en 1986 un artículo publicado en la Revista Internacional del Trabajo reconocía la amplitud que estaba cobrando este fenómeno al tiempo que proponía diversas pistas para su tratamiento[13] .

¿Cuál fue la actitud de la doctrina del derecho del trabajo frente a la emergencia de este fenómeno? El tema fue por cierto muy

---

12 Otros países, como España, lo prohibieron, basándose para ello en una opinión (no vinculante) de la Oficina Internacional del Trabajo, que consideraba que la actividad de las empresas de trabajo temporal era asimilable a las de las agencias de colocación con fines de lucro. Por lo tanto entraban en el campo de aplicación del Convenio sobre las agencias privadas de colocación (revisado), 1949 (No. 96), que preveía su supresión o una reglamentación muy estricta. La OIT revisó posteriormente su posición con respecto al trabajo temporal, y en 1997 adoptó el Convenio sobre las Agencias de Empleo Privadas, 1997 (No. 181), que legitima la actividad de las ETT.

13 Efrén Córdova: Del empleo total al trabajo atípico: hacia un viraje en la evolución de las relaciones laborales? Revista internacional del trabajo (Ginebra) 105,(4),(1986,) p.431-449.

controvertido y aún sigue siéndolo. Si examinamos los trabajos del congreso mundial de la SIDTSS de 1985, lo mismo que buena parte de la literatura del derecho del trabajo, es evidente que durante largo tiempo la actitud de una mayoría de la doctrina fue el rechazo de las modalidades de empleo diferentes de la relación de trabajo tradicional. Esto ya se percibe en la misma connotación peyorativa que se atribuye a la expresión *trabajo atípico*, casi siempre asociada a la noción de empleo *precario.*

Al margen de la realidad - y nadie pretenderá negar que frente al contrato de trabajo tradicional un estatuto de trabajador *atípico* es por lo general más desfavorable al trabajador – se debe reconocer no obstante que este rechazo encierra su cuota de ideología. Así, en primer lugar llama *precario* al trabajo *atípico,* y éste no siempre lo es. *A contrario* presume que la relación de trabajo *típica* no es precaria, lo que a menudo es irreal, pues ninguna ley puede garantizar a vida el empleo de un trabajador en el sector privado. En segundo lugar, también presume que la proliferación del trabajo atípico forma parte de programas de gobiernos *de derecha,* ideológicamente interesados en destruir o cuando menos debilitar al derecho del trabajo, cuando los hechos muestran que ha sido fomentado tanto por gobiernos de derecha como de izquierda. En tercero, desconoce que existen ciertas formas de trabajo atípico que son apreciadas por los propios trabajadores, como lo es el trabajo a tiempo parcial voluntario, y algunos de ellas como el suministro de trabajadores por intermedio de empresas de trabajo temporal han tenido un impacto positivo en el mercado de trabajo[14]. Al margen de ello también es cierto que la cuota de ideología no es menor en aquellos que asignan connotación peyorativa a la *rigidez* laboral, y consecuentemente otorgan una buena nota a la *flexibilidad laboral,* en la que ven una panacea capaz de dinamizar la economía y crear empleos. Sin embargo, la realidad también muestra que prácticamente ninguna flexibilización laboral ha creado nuevos empleos pero sí ha tenido un impacto más o menos importante en la precarización de los empleos existentes.

Ciertos indicios tienden ahora a mostrar que el antagonismo entre la relación de trabajo típica y la atípica está comenzando a ser dejado atrás. Por un lado, ya no parece posible seguir negando la realidad de que el modelo de relación de trabajo de *Treinta Gloriosos* se ajusta a la realidad del mercado de trabajo en muchos casos, pero no en todos pues los cambios económicos, tecnológicos, sociales y políticos que ya hemos evocado no pueden sino tener un impacto

14 Está demostrado que el empleo temporal sirve en muchos casos como *trampolín* para acceder a un empleo regular; véase Arturo S. Bronstein: Trabajo temporal en Europa Occidental: ¿antagonista o complemento del empleo permanente? , Revista internacional del trabajo (Ginebra) 110,(4),(1991,) p.485-507.

profundo en la manera como se presta el trabajo en la economía y la sociedad actuales. Por el otro lado, como lo muestran todos los análisis del mercado de trabajo, la relación de trabajo *típica* sigue siendo predominante en las sociedades capitalistas avanzadas, y no hay nada que sugiera que la progresión que han tenido las otras formas de relación de trabajo llevará al punto en que las mismas la suplantarán. Más aún, si bien muchas reformas legislativas han venido ensanchando el espacio de las relaciones de trabajo *atípicas* no parecería que ninguna de ellas han buscado invertir el principio de que el contrato de trabajo se presume concluído por una duración indeterminada y establece un vínculo entre un trabajador con un empleador único.

Resta que las formas que por comodidad seguiremos llamando *atípicas* de relación entre dadores y prestadores de trabajo también existen y es harto dudoso que su restricción por el derecho del trabajo pueda llegar a poner término a las mismas. De ahí que si la legislación reconoce la existencia del trabajo *atípico* su esfuerzo se orienta ahora a ofrecer un marco jurídico a las relaciones atípicas, con objeto de proteger a los trabajadores comprendidos en las mismas y evitar que sean utilizadas con el sólo o principal propósito de negar la protección que normalmente se reconoce a los trabajadores subordinados. La ley sobre flexibilidad y seguridad holandesa de 1999, llamada también de *flexiguridad*, lo mismo que la reforma del mercado de trabajo en Italia, en 2003, llamada *reforma Biagi* ejemplifican esta tendencia, como también lo hace la Directiva de la Comunidad Europea sobre el trabajo de duración determinada, cuyo preámbulo declara que *ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, y con el fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores.* Lo mismo se puede decir de la Directiva de la Comunidad Europea sobre el trabajo a tiempo parcial[15].

2.- Los dependientes-independientes o el desenfoque de la relación de trabajo

La atención que en los años ochenta se centraba en el trabajo entonces llamado *atípico* hoy se ha desplazado hacia otras formas de trabajo de las que se discute si están o no en el ámbito del derecho

15 Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, Diario Oficial de las Comunidades Europeas 10. 7. 1999 L 175. En la misma orientación apunta la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, Diario Oficial n° L 014 de 20/01/1998 p. 0009 – 0014.

del trabajo. No quedan dudas de que algunas de ellas se encuentran dentro de una zona gris, en la que no se puede determinar con precisión si responden o no a la definición de la relación de trabajo tal como ha sido elaborada por el derecho del trabajo. De otras se dice que son formas de empleo económicamente dependientes pero jurídicamente independientes. En fin, quedan aún aquellas otras en donde a poco de indagar se puede llegar a separar la realidad del trabajo subordinado de un envoltorio jurídico de derecho civil o comercial, que las partes interesadas le han querido dar, a menudo de buena fe pero a veces también motivadas por el sólo interés de encubrir la existencia de una verdadera relación de trabajo.

Frente a estas nuevas (y no tan nuevas) formas de relación jurídica en torno a la prestación de trabajo, la reacción del derecho del trabajo ha sido de desconcierto. Durante mucho tiempo se aceptaba sin mayores problemas que el trabajo sólo podía ser subordinado o independiente, y el Derecho del trabajo sólo se ocupaba del primero. Por trabajo subordinado se entendía aquél en donde el empleador ejercía sobre el trabajador los poderes de dirección, de control de la actividad y disciplinario, al que se agregaban algunos elementos como la continuidad y el pago regular de una remuneración, generalmente en función del tiempo de trabajo y sólo en menor medida de la producción o los resultados. Todo lo que no encajaba dentro de esos parámetros era trabajo independiente, el que según los casos caía dentro del ámbito de aplicación de la legislación civil o la comercial, pero no en el del Derecho del Trabajo.

Simple, coherente y ajustado al entorno social en el que se formuló, este enfoque se revela sin embargo simplista e insuficiente, además de injusto cuando la realidad actual nos muestra que un número creciente de trabajadores prestan servicios en condiciones reales de dependencia sin que por ello se les reconozca calidad de trabajadores empleados o asalariados. Quizás no *subordinados*, pero en todo caso *dependientes*, estos trabajadores se encuentran en una situación mucho más vulnerable que la de quienes se benefician de la protección dimanante del derecho del trabajo. Como lo ha destacado desde hace años la OIT, se ha producido un fenómeno de *desenfoque* de la relación de trabajo, término que se utilizó por primera vez con motivo de la elaboración de un documento técnico sometido a una Reunión de expertos sobre *trabajadores en situaciones que necesitan protección*[16], caracterizada por el hecho de que la legislación del trabajo por así decirlo *apunta* en una dirección, pero los trabajadores que necesitan su protección se encuentran en otra.

---

16 El documento se puede consultar en línea, en inglés, en la dirección siguiente: http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/publ/mewnp/ch3.htm#32 .

Este *desenfoque* puede presentar diferentes variables, que responden a tres tipologías principales. Una de ellas es la relación de trabajo objetivamente ambigua, que existe por ejemplo cuando un prestador de servicios aparentemente autónomo trabaja exclusivamente para un solo cliente y además lo hace en condiciones de cuasi subordinación. Otra, quizás la más fácil de resolver, es la relación de trabajo encubierta bajo la forma de un contrato de prestación de servicios de tipo civil y comercial; en este caso el fraude laboral es más o menos evidente y su sanción es la sumisión de dicha relación al derecho del trabajo. A ellas se añaden ciertas relaciones de trabajo triangulares en donde la dificultad consiste en identificar quién es el verdadero empleador de un trabajador.

El denominador común de todas estas situaciones es la desprotección del trabajador. Sin embargo, su variedad hace que no sea posible ofrecer a las mismas una solución común. La propia OIT hizo la experiencia de pretender abarcarlas a todas en un solo proyecto de instrumento, sobre el *Trabajo en régimen de subcontratación*, el que luego de dos discusiones en las reuniones de la Conferencia de 1997 y 1998 tuvo que ser dejado de lado. En la actualidad los trabajos de la OIT se orientan hacia la elaboración de un instrumento que debería estar centrado en las relaciones de trabajo encubiertas, y la Conferencia deberá discutir sobre el mismo en oportunidad de su 95.a reunión, de 2006. En el ámbito nacional ya comienza a haber un desarrollo interesante de la legislación y la jurisprudencia, que paulatinamente van ampliando la definición de *trabajador* de manera de poder abarcar situaciones en donde la naturaleza de la prestación del trabajo, o el tipo de relaciones entre prestadores de trabajo y empresas sitúan a éstas en una zona gris pues el trabajador no está totalmente subordinado a la empresa ni tampoco es totalmente autónomo. En este punto es interesante constatar que el principio de la primacía de la realidad se ha transformado en un criterio preponderante para determinar la naturaleza laboral o civil de una prestación de trabajo o de servicios, y ello en países tan diferentes como Canadá[17], Nueva Zelandia[18], Sudáfrica o una mayoría de países de América Latina, mientras que en Irlanda los propios interlocutores sociales han identificado un grupo de *indicios*[19] cuya presencia permitiría determinar si se está o no en

17 Así, la Ley de Relaciones de Trabajo de la provincia de Ontario, considera como empleado subordinado al llamado « contratista dependiente» que es definido como *una persona, empleada o no en virtud de un contrato de trabajo, y aportando o no herramientas, vehículos, equipo, maquinaria u otros bienes de su propiedad, ejecuta trabajos o presta servicios para otra persona mediante compensación o retribución, en términos tales que se encuentra en posición de dependencia económica y bajo obligación de ejecutar tareas para la otra persona en condiciones más próximas a una relación de trabajo que a la de un contratista independiente*.

18 V. la definición de *empleado* del art. 6 de la Ley de Relaciones de Trabajo, 2000, disponible en el sitio web del Departamento de Trabajo : http://www.ers.dol.govt.nz/

19Estos indicios serían, entre otros: la forma de determinar el trabajo, el cumplimiento o no de un

presencia de una relación de trabajo.

Pero además se insinúa una tendencia hacia la extensión de ciertas formas de protección laboral a situaciones jurídicas fronterizas entre la relación de trabajo y la prestación de trabajo o servicios dentro del marco de un contrato civil o comercial. Así, la Directiva de la Comunidad Europea 86/652/EEC sobre los agentes comerciales independientes[20] exige que éstos tengan una remuneración mínima y demanda que la terminación de su relación con la empresa esté sujeta a un período de preaviso. De la misma manera, la ley inglesa de 1998, sobre salario mínimo, se aplica no sólo a los trabajadores asalariados sino también a otros trabajadores que prestan servicios personales aún cuando no tienen formalmente la condición jurídica de empleados. La ley sudafricana sobre condiciones básicas de empleo permite que la autoridad pública decida su extensión total o parcial a trabajadores cuya relación jurídica ha sido definida como de "contratistas dependientes". No menos conocidos son los casos de las personas que en derecho alemán se definen como en situación semejante a la del empleado (Arbeitnehmerähnliche personnen), a quienes en razón de su dependencia económica se reconoce ciertos derechos propios de los asalariados (por ejemplo vacaciones, seguridad e higiene, negociación colectiva, acceso a los tribunales de trabajo), pero no todos ellos, o los gerentes de fondos de comercio en el derecho francés, a quiénes se consideran como trabajadores independientes en sus relaciones con terceros pero asalariados en sus relaciones con el proveedor. Aún más allá ha ido el Código de Trabajo francés, que expresamente confiere la condición de asalariados a trabajadores de ciertas categorías profesionales, como los trabajadores a domicilio, asistentes de maternidad, periodistas free lance y artistas de espectáculo, que en razón de las condiciones en que desempeñan su actividad podrían haber sido considerados como trabajadores autónomos. Y finalmente, pero no en último lugar, se debe citar al tratamiento que hace en Italia la reforma Biagi, de la llamada *collaborazione coordinata e continuativa*, la que reconoce una condición jurídica cuasi laboral a ciertos trabajadores *parasubordinados*. Todos estos problemas son motivo de creciente atención por parte de la Unión Europea, que patrocinó el estudio sobre Transformación del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa, de 1999, conocido como *Informe Supiot*, por el nombre de su

---

horario, las modalidades del pago del servicio, la naturaleza personal o no de la prestación del trabajo o del servicio, el ejercicio o no de un poder de supervisión por el «cliente», el suministro de herramientas, útiles, equipo o *software* por el prestador del servicio o el cliente, la asunción de ganancias, regularidad del trabajo, acceso directo a la clientela, exclusividad del servicio, etc.

20 Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, Diario Oficial núm. L 382 de 31-12-1986 p. 17-21.

coordinador[21], el que junto con el informe de la OIT sobre el ámbito de la relación de trabajo, sometido a la reunión de la Conferencia de 2003[22], constituyen referencias ineludibles en el estudio de esta problemática. Más recientemente en el ámbito de la UE se ha comenzado a utilizar la expresión *trabajadores económicamente dependientes* para referirse a aquellos trabajadores que son jurídicamente autónomos pero en los hechos dependen de una sola fuente de trabajo[23].

En suma, el reto con el que hoy nos enfrentamos es ni manos ni menos el *reenfoque* de la legislación del trabajo, o quizás con mayor propiedad el reto de *dotarla de un objetivo gran angular* de suerte que pueda *enfocar* no sólo al trabajo subordinado en sentido estricto del término sino también a los trabajadores que se encuentran en su periferia, de quienes hoy se puede decir que son objetivamente dependientes pero no jurídicamente subordinados.

3.- ¿Cómo se define al empleador?

Tradicionalmente el derecho del trabajo no había tenido grandes dificultades para definir al empleador, pues se trataba simplemente de la persona física o jurídica en favor de la cual un trabajador ejecutaba su trabajo o prestaba un servicio en condiciones de dependencia o subordinación. Se trataba de un concepto sencillo y bien adecuado a la empresa *taylorista-fordista.* Si acaso había algunos problemas de *tercerización* estos se resolvían mediante la distinción entre *contratista* e *intermediario*. El primero era un empresario que asumía riesgos propios, disponía de capital, equipo, tecnología, clientela, etc. y dirigía el trabajo de sus asalariados dentro del marco de un contrato de obra o de prestación de servicios a una empresa principal. Así definido, un contratista era empleador de sus propios trabajadores, quiénes no tenían relación jurídica con el empresario principal. Cuando mucho, pero no siempre, como lo hace el art. 42 LET la ley exigía que éste último cumpliese determinados deberes de

---

21 A. Supiot (director), Cambios en el trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa, Valencia, España, edit. Tirant Lo Blanch, 1999. Su versión en inglés está disponible en línea: http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/supiotreport_en.pdf

22 Véase, El ámbito de la relación de trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 91.a reunión 2003, Informe V. Se encuentra disponible en línea en http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-v.pdfEl También se puede consultar el primer informe de la OIT para la reunión de la Conferencia de 2006, en la que se procurará adoptar un instrumento internacional : http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf

23 Adalberto Perulli, Travail économiquement dépendant / parasubordination: les aspects juridiques, sociales et économiques. Estudio solicitado por la Comisión Europea. Su texto está disponible en línea en: http://www.social-law.net/IMG/pdf/parasubordination_report_fr.pdf

diligencia, como verificar que su contratista tenía a sus trabajadores regularmente registrados y cumplía sus demás obligaciones laborales. En contraste con el primero, el intermediario no se ocupaba más que del reclutamiento y a veces la organización del suministro de trabajo a la empresa principal. La ley en esos casos consideraba que existía una relación de trabajo directa entre esta última y el asalariado, siendo irrelevante la interposición de un intermediario, cuando no era lisa y llanamente un delito, como el *marchandage* del derecho francés.

Este razonamiento enfrenta problemas en una lógica de descentralización productiva como la que tenemos hoy, y ello porque quien es jurídicamente el empleador de un trabajador no es siempre la persona que toma las decisiones de las que dependen el trabajo y las condiciones de empleo de este último. La situación de los asalariados que las empresas de trabajo temporal ponen a disposición de una empresa usuaria – y la determinación de las obligaciones respectivas de la ETT y la usuaria frente al trabajador – ya son materia de buen tratamiento legislativo y jurisprudencial, e inclusive la OIT le ha consagrado buena parte de su convenio sobre Agencias de empleo privadas, 1997 (Núm. 181), que entre otras disposiciones exige que los Estaados Miembros adopten medidas para delimitar las obligaciones respectivas de la ETT y la empresa usuaria con relación a los trabajadores que la primera pone a disposición de la segunda. Más difícil es en cambio el abordaje de las relaciones entre trabajadores y empleadores en el seno de un grupo de empresas, en donde la empresa dominante, o empresa matriz, se sirve de la filialización o el trabajo en red para transferir a las empresas subsidiarias los riesgos que un empleador debe normalmente asumir frente a sus empleados como consecuencia de la subordinación o dependencia de estos últimos. Más aún, a menudo las decisiones que afectan a los trabajadores, como pueden ser una fusión o el cierre de una planta o su deslocalización a un tercer país, provienen de centros de poder muy alejados del lugar de trabajo, frecuentemente situados en otros países o continentes.

Si bien el derecho del trabajo, como el derecho en general, tienen grandes dificultades para aprehender esta realidad, ya comienza a ofrecer algunas pistas interesantes. Por ejemplo, la negociación de grupo es una realidad en el derecho francés, en donde a tenor de la ley de 4 de mayo 2004 es posible concluir un convenio o acuerdo de grupo entre, por una parte *el empleador de la empresa dominante o uno o varios representantes de los empleadores de las empresas comprendidas en el ámbito del convenio o el acuerdo y por otra las organizaciones sindicales de trabajadores asalariados representativas en el grupo o en el conjunto de las empresas comprendidas en dicho ámbito.* En el mismo sentido se orienta el derecho comunitario europeo, a través por ejemplo de la directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de

septiembre de 1994[24], sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Esta directiva define como "grupo de empresas" a *un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas*[25]. Resta que aún queda mucho camino para recorrer antes de que estas soluciones tengan universalidad.

4.- Comercio internacional y normas laborales

La relación entre el comercio internacional y las normas laborales no es por supuesto un tema nuevo, pero ha despertado una preocupación creciente con la apertura de la economía y la multiplicación de los intercambios comerciales entre países con normas y costos laborales muy diferentes. No es nuevo pues ya estaba subyacente en las preocupaciones que condujeron en 1919 a la creación de la Organización Internacional del Trabajo, cuya Constitución recuerda en su preámbulo que *si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países*. Este texto lleva implícito el mensaje de que la internacionalización de la norma laboral es una condición muy deseable, cuando no indispensable si en el marco de una economía internacionalmente abierta un país se compromete en una política de progreso social. La misma idea se encuentra implícita en el Tratado de la Comunidad Europea, cuyo artículo 94 (antiguo artículo 100) confiere competencia a la Comunidad para adoptar directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros *que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común.* Este texto ha sido utilizado como fundamento jurídico para la adopción de buena parte de la legislación comunitaria en materia laboral.

También vale la pena recordar que el artículo 141 (antiguo artículo 119) del Tratado de la Comunidad Europea (CE), que establece la regla de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor tiene un fundamento económico, pues durante la negociación del Tratado de Roma un país como Francia, que había ratificado el convenio de la OIT sobre igualdad de remuneración, 1951 (No. 100) temía la competencia de

---

24 Diario Oficial n° L 254 de 30/09/1994 p. 0064 - 0072

25 Como antecedente vale la pena señalar que esta solución ya existía en el derecho brasileño desde 1943 y en el colombiano desde 1965.

sus interlocutores comunitarios que todavía no lo habían hecho, y por consiguiente no estaban obligados a garantizar el pago de los mismos salarios a hombres y mujeres[26]. Casi no parece necesario acotar que desde entonces se ha reconocido, como lo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que el artículo 141 CE (antiguo 119 CE) tiene fundamentos que son a la vez económicos y sociales[27].

La novedad no viene tanto de las ideas, sino de los cambios materiales, políticos, económicos y sobre todo institucionales que ha venido conociendo el mundo a partir de los dos últimos decenios del siglo pasado, y sobre todo desde que las negociaciones de la Ronda Uruguay del antiguo GATT (1986-1994) abrieron el camino a la apertura del comercio internacional y la intensificación de los intercambios entre países del mundo con niveles muy distintos de reglamentación social y costos laborales. Si estos intercambios siempre existieron jamás habían tenido la amplitud que alcanzaron en los últimos decenios. Aún mucho más importante que la intensificación cuantitativa de los intercambios fue la diversificación de lo que pasó a comerciarse entre países de alto y bajo costo laboral. En efecto, durante decenios el mundo había conocido por un lado flujos de intercambio de productos competitivos entre países con reglamentación y costos laborales comparables, y por el otro lado flujos de intercambio de productos complementarios (es decir que no estaban en competencia entre ellos) entre países con reglamentación y costos laborales diferentes. Tradicionalmente los países con fuerte reglamentación y altos costos laborales intercambiaban entre ellos productos y servicios de alto valor añadido, mientras que se abastecían de materias primas y productos de bajo valor añadido en países con reglamentación y costos laborales bajos, quiénes a su vez eran sus clientes para los productos de mayor sofisticación. El comercio con estos últimos no afectaba por lo tanto los niveles de empleo ni las condiciones de trabajo de los primeros pues las transacciones entre unos y otros rara vez eran sobre productos o servicios concurrentes y menos aún sustitutivos, y cuando sí lo eran no dejaban de

---

26 Ya entonces el problema se agudizaba en la industria textil, que contaba con una muy alta participación femenina en la fuerza de trabajo.

27 En el caso 43-75, llamado *Defrenne II* (Recueil de jurisprudence 1976 pag. 00455) el TJCE recordó que el art. 119 CE (actual artículo 141 CE) tiene por objeto evitar que en el marco de la competencia intra-comunitaria las empresas establecidas en estados que han realizado el principio de la igualdad de remuneración no estén en desventaja con relación a las empresas establecidas en países que aún no han eliminado la discriminación salarial en perjuicio de las trabajadoras. Pero también esta disposición *forma parte de los objetivos sociales de la Comunidad, que no se limitan a una unión económica, sino que al mismo tiempo deben por una acción común asegurar el progreso social y propender al mejoramiento constante de las condiciones de vida y de empleo de los pueblos europeos, como lo subraya el Preámbulo del Tratado de la Comunidad Europea ... Debido a esta doble finalidad, económica y social, el principio de la igualdad de remuneración forma parte de los fundamentos de la Comunidad.*

establecerse protecciones en favor de la producción nacional. Ahora bien, la situación conoció un cambio drástico en los últimos treinta años, puesto que al tiempo que se abolían las restricciones proteccionistas los países con reglamentación y costos laborales bajos comenzaron también a producir bienes y servicios competitivos, y ya no solamente complementarios, de la producción de los países con alto costo laboral y social. La competencia de los países con bajos costos de mano de obra comenzó entonces a ser vista como una amenaza para el empleo y las condiciones de trabajo de los países de alto costo laboral, y ello de dos maneras: en primer lugar, por la sustitución de la producción nacional por la importada, y en segundo por la deslocalización de industrias enteras o de partes de producción hacia países de bajo costo laboral. Fue en este contexto que el movimiento sindical internacional, primero, al que luego siguieron numerosos gobiernos, consideraron que era indispensable establecer reglas de juego para el comercio internacional. Si bien no pusieron en tela de juicio la legitimidad de que los países tuvieran reglas y costos laborales diferentes sí cuestionaron que dichas reglas y costos fueran mantenidos artificialmente bajos en algunos de ellos mediante el expediente de desconocer los derechos fundamentales de los trabajadores, y que esta política formara parte de una estrategia comercial a la hora de ganar mercados internacionales.

Distintas estrategias se pueden imaginar con ese objeto. Todas persiguen el propósito de internacionalizar al derecho del trabajo, o algunas de sus instituciones. La primera, y más conocida, es la estrategia tradicional de la OIT; consiste en la elaboración de normas internacionales del trabajo que imponen a los Estados Miembros la obligación de asegurar derechos y condiciones mínimas de trabajo a sus trabajadores. Su lógica reposa en el hecho de que si todos los Estados respetan dichas normas ninguno de ellos podrá mejorar su competitividad comercial frente a los demás como consecuencia de la inexistencia o el desconocimiento de esos derechos en su propio país. Su debilidad estriba en que las obligaciones internacionales dimanantes de un convenio internacional del trabajo no existen sino en la medida en que un Estado ha ratificado el convenio en cuestión, lo que obviamente es potestativo de este último. Además, el incumplimiento por un Estado Miembro de las obligaciones internacionales dimanantes de la ratificación de un convenio de la OIT solamente son susceptibles de una sanción de tipo moral[28].

28 Excepcionalmente, a tenor del artículo 33 de la Constitución de la OIT la Conferencia puede pedir a la comunidad internacional que adopte « medidas adecuadas » para exigir que un país dé cumplimiento a las recomendaciones de una Comisión de Encuesta o a una decisión de la Corte Internacional de Justicia consecutivas al incumplimiento por un país de un convenio que ha ratificado. Esta disposición hasta ahora se utilizó sólo una vez, en el caso abierto con motivo del incumplimiento por Myanmar del convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (No. 29).

La segunda estrategia es la armonización de la legislación laboral. Su finalidad apunta a que todos los Estados que participan en un mercado común tengan una legislación laboral comparable, de modo que ninguno de ellos pueda obtener ventajas comparativas que pudieran resultar de una legislación laboral más desfavorable para los trabajadores que la legislación de sus competidores. Ha sido intentada en el marco de algunos acuerdos regionales, como la Comunidad Andina y el MERCOSUR. Una variante es el proyecto de código de trabajo uniforme de la Organización para la Armonización del Derecho de los Negocios en Africa (OHADA) que agrupa a dieciseis países africanos de lengua oficial francesa y Guinea Ecuatorial. Sin embargo, ninguna de estas iniciativas ha llevado a resultados concretos.

La tercera estrategia es la *supranacionalidad* de la norma internacional laboral, es decir el establecimiento por una autoridad internacional de reglas jurídicas que se aplicarían directamente en cada Estado, sin necesidad de ratificación por el mismo, y cuyos jueces estarían obligados a aplicarlas como si se tratara de normas de derecho interno. La supranacionalidad es una característica esencial del derecho comunitario europeo y su eficacia está demostrada. Su inconveniente es que exige un nivel de voluntad política que hasta ahora solamente se ha encontrado en el marco de la Unión Europea.

La cuarta estrategia es la *cláusula social*, la que puede ser de fuente multilateral o unilateral. En el primer caso la *cláusula social* se incorpora a un Tratado o Acuerdo internacional en materia de comercio, y tiene por objeto permitir la investigación y eventualmente sancionar pecuniariamente a los Estados Partes en el acuerdo que deniegan o violan derechos laborales fundamentales con el fin o el efecto de mantener o mejorar su competitividad internacional. La cláusula social fue materia de intenso debate durante las negociaciones que dieron origen a la Organización Mundial del Comercio. No obstante la insistencia de los Estados Unidos y algunos países de la Unión Europea, y la movilización de las centrales sindicales internacionales, no figuró en el Acta Final de Marrakech, de 1994 y fue nuevamente rechazada en la Conferencia Ministerial de la OMC en Singapur en 1996, en donde se declaró enfáticamente que la OMC se ocupa del comercio mientras que las cuestiones laborales son de competencia de la OIT[29].

---

29 Extractos de la Declaración de Singapur *: Renovamos nuestro compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas, y afirmamos nuestro apoyo a su labor de promoción de las mismas. Consideramos que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas. Rechazamos la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y convenimos en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios. A este respecto, tomamos nota de que las Secretarías de la OMC y la OIT proseguirán su actual colaboración.*

Mayor eficacia ha tenido en cambio la *cláusula social* de tipo unilateral, es decir la que un Estado incorpora a una ley nacional de comercio exterior. Su ejemplo más conocido es el Sistema Generalizado de Preferencias de los Estados Unidos (SGP). Así, desde 1986 la ley faculta al gobierno de los Estados Unidos a retirar exenciones arancelarias a importaciones provenientes de países que *no toman medidas para respetar los derechos internacionalmente reconocidos a los trabajadores*, y quedan pocas dudas de que el riesgo de ser sancionado mediante la privación de beneficios comerciales por un país como los Estados Unidos no es algo que se pueda tomar a la ligera. Todo hace pensar que la amenaza de esas sanciones fue un factor determinante en la revisión de la legislación laboral en países como Costa Rica (1993), El Salvador (1994) y la República Dominicana (1992), y algunos años después Guatemala, que corrían el riesgo de perder sus privilegios arancelarios si no mejoraban la protección de los derechos sindicales. Hace unos pocos años, en 2001, la perspectiva de obtener un aumento en la cuota de exportación textil hacia los Estados Unidos fue también un argumento mayor para la reforma de la legislación sindical en Cambodia. La Unión Europea tiene un programa similar al SGP estadounidense, y lo ha aplicado con respecto a Myanmar.

A las estrategias antedichas se puede agregar la incorporación de la temática laboral en acuerdos de libre comercio, cuyo ejemplo más conocido es el protocolo de cooperación laboral anexo al Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México, de 1993, en el que se ha establecido un mecanismo bastante sofisticado de seguimiento y aplicación[30]. Otros tratados de libre comercio suscritos por los Estados Unidos con Chile y con Centroamérica y la República Dominicana también tienen un capítulo relativo a las cuestiones laborales, como también lo hacen los acuerdos de cooperación laboral anexos a los tratados de libre comercio de Canadá con Chile y con Costa Rica. La Declaración Sociolaboral de MERCOSUR suscrita en 1998 por los Presidentes de la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y la Declaración del CARICOM de principios laborales y relaciones de trabajo (*CARICOM Declaration of Labour and Industrial Relations Principles*) también responden a la inquietud de integrar la temática laboral en los acuerdos de libre comercio. La eficacia de esta estrategia queda aún por demostrar.

Una última estrategia se caracteriza por su naturaleza privada, ya que se centra en la acción de la sociedad civil sobre los grandes actores económicos, en especial las empresas transnacionales. Esta estrategia contempla la formulación de *códigos de conducta*, la

30 Véase la página WEB de la Comisión para la cooperación laboral, establecida en virtud de este acuerdo paralelo : http://www.naalc.org/index_spanish.html

celebración de *acuerdos mundiales* o la elaboración de *normas* de *responsabilidad social* que las empresas transnacionales se comprometen a respetar, y más importante aún, a imponer su cumplimiento por parte de sus contratistas y proveedores diseminados por el mundo. Tres tipos de instrumentos expresan esta tendencia. En primer lugar corresponde identificar a los llamados *códigos de conducta*, que son por lo general instrumentos unilaterales dimanantes de la propia empresa, o a veces también de una asociación de empleadores, en los que se proclama la intención de la empresa no sólo de respetar la ley del país por sus filiales en el exterior, sino también de imponer su respeto por parte de sus contratistas y proveedores; la sanción implícita o (más raramente) explícita es la exclusión de los proveedores o contratistas que en contravención al código de conducta no se avienen a respetar los derechos fundamentales de los trabajadores. Este tipo de instrumento se ha difundido predominantemente entre las empresas multinacionales estadounidenses.

En segundo lugar se tiene a los llamados *Acuerdos Mundiales*; a diferencia de los códigos de conducta estos instrumentos son de naturaleza bilateral y por regla general se suscriben entre la dirección mundial de una empresa multinacional y un sindicato internacional. A principio de 2005, alrededor de 35 empresas multinacionales habían celebrado acuerdos mundiales con sindicatos internacionales, los que cubrían a aproximadamente 3 millones de trabajadores en todo el mundo, pero principalmente de países en desarrollo. En general estos acuerdos incluyen el compromiso de la empresa y el sindicato de respetar y hacer respetar los derechos de los trabajadores consagrados en los convenios fundamentales de la OIT, en todos los países donde la empresa tiene operaciones. Buen número de ellos incluyen algún mecanismo para su seguimiento y algunos prevén también un procedimiento de monitoreo. Casi todos conciernen a empresas multinacionales con sede en Europa Occidental[31].

El tercer tipo de instrumento son las llamadas *normas de responsabilidad social.* Más cerca de los códigos voluntarios que de los acuerdos globales, las normas de responsabilidad social ofrecen la particularidad de ser voluntariamente aceptadas por las empresas, pero han sido desarrolladas por ONGs militantes en materia de derechos humanos, generalmente sobre la base de los convenios fundamentales de la OIT, y a veces también de otros convenios relativos a condiciones de trabajo e higiene y seguridad. Estas normas aspiran a devenir *estándares* de responsabilidad social de las empresas, que funcionarían de manera comparable a los *estándares* de calidad de

31 Un número importante de códigos voluntarios como de acuerdos mundiales han sido repertoriados en la base de datos BASI de la OIT : http://www.ilo.org/dyn/basi/VpiSearch.Main

las bien conocidas normas ISO, hoy casi indispensables para que una empresa adquiera respetabilidad internacional. Por ejemplo, la norma SA (Social Accountability) 8000, desarrollada por Social Accountability International, ya es muy conocida, pero no es la única pues bastantes ONGs han desarrollado otras normas y ofrecen monitoreo y certificación conforme a ellas[32]; al tiempo que otras ONGs ofrecen monitorear la aplicación de códigos de conducta unilaterales de algunas empresas transnacionales[33].

En suma, estamos en presencia de diversas pistas, algunas de las cuales ofrecen perspectivas más interesantes que otras, pero ninguna por ahora está en condiciones de proponer una solución verdaderamente eficaz. Una cosa es sin embargo cierta: el tema está planteado y nadie cuestiona que es de una importancia capital para la política social y por consiguiente para la evolución del derecho del trabajo en el siglo XXI[34].

5.- La Unión Europea y la construcción de un derecho del trabajo supranacional

El muy probable rechazo popular de la Constitución de la Unión Europea, en gran medida porque a juicio de los electores no es lo suficientemente social, no debería llevar a desconocer la importancia que ha tenido la construcción de la Comunidad Europea en la formación de un derecho laboral que por primera vez en la historia superó los límites políticos de las fronteras nacionales. No menos importante es el hecho de que, dentro de la tendencia general a la erosión de los derechos laborales en el ámbito mundial, ésta fue mucho menor entre los miembros de la Unión Europea y los candidatos a la adhesión que en otras regiones del mundo. Lo mismo puede decirse de la negociación colectiva, que ha conocido retrocesos en casi todas partes del mundo, en gran medida como resultado del descenso casi

---

32 Véase la página WEB de Social Accountability International http://www.cepaa.org , que ha desarrollado la norma SA 8000. Otra ONG muy activa en el terreno de la certificación social de empresas multinacionales es Fair Labor: http://www.fairlabor.org . Fair Labor tiene su propio código de conducta y ha acreditado inspectores en un número importante de países, incluyendo en América Central.

33 Por ejemplo, en Guatemala se ha creado una Comisión para la Verificación de Códigos de Conducta (COVERCO) <http://www.coverco.org/esp/>, organización sin fines de lucro que ofrece monitoreo independiente sobre la conformidad de lugares de trabajo con estándares laborales en las industrias de exportación más importantes de Guatemala, incluyendo las de ropa, bananos, café, y electricidad, para compañías multinacionales y organizaciones internacionales. COVERCO está conformado por profesionales de diferentes disciplinas: derecho, sociología, comunicación social, administración de empresas, educación y teología pastoral.

34 La relación entre el comercio internacional y el derecho del trabajo ha sido inscripta en el temario del XVIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que se celebrará en París en septiembre de 2006.

generalizado de las tasas de sindicación. Sin embargo en Europa Occidental la erosión de la negociación colectiva ha sido menor, pues se ha beneficiado de un fuerte apoyo institucional y político[35], el que tiene su propio reconocimiento en el Tratado de la Comunidad Europea (CE). En efecto, el Tratado dispone en su artículo 137 (antiguo art. 118 CE) que los Estados Miembros podrán confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de ellos, la aplicación de directivas comunitarias adoptadas en virtud de los apartados 2 y 3 de dicho artículo[36]. Más aún, el artículo 138 CE (antiguo art. 118 B, CE) otorga una base jurídica para la negociación colectiva de acuerdos-marco de ámbito comunitario, que luego podrán ser transpuestos por el Consejo bajo forma de directivas dirigidas a los Estados Miembros. Este procedimiento ya ha dado origen a tres directivas comunitarias de carácter general y dos de alcance sectorial[37]. A ellos conviene agregar el acuerdo marco sobre el teletrabajo, de mayo 2002[38], el que a diferencia de los anteriores no ha sido transpuesto mediante una directiva, sino que se dirige a las organizaciones de empleadores y de trabajadores de cada Estado Miembro de la UE, con objeto de que las mismas le den efecto mediante convenios colectivos de nivel nacional.

No fue evidente llegar a esta situación, y es muy probable que los padres fundadores de la Unión Europea no habían pensado en la dimensión social comunitaria cuando suscribieron el Tratado de Roma en 1957, el que era esencialmente un acuerdo sobre la creación de un mercado común. En efecto, si en su formulación originaria algunas de sus disposiciones, como las relativas a la libre circulación de los

---

35 Véase Niklas Bruun, La Autonomía del Convenio Colectivo, Informe sometido al VII Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Estocolmo 2002. Está disponible en internet en la dirección siguiente: http://www.juridicum.su.se/stockholmcongress2002/bruun_spanish.pdf

36 Se trata de las siguientes materias: (a) temas en que la directiva se puede adoptar por mayoría cualificada: salud y seguridad de los trabajadores; condiciones de trabajo, información y consulta de los trabajadores, integración de las personas excluidas del mercado laboral, igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. (b) temas en que se requiere la unanimidad: seguridad social y protección social de los trabajadores; protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato de trabajo, representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad; contribuciones financieras dirigidas al fomento del empleo y a la creación de empleo, sin perjuicio de las disposiciones relativas al Fondo Social Europeo.

37 A saber: la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental (Diario Oficial n° L 145 de 19/06/1996), la Directiva 97/81/CE relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, (Diario Oficial n° L 014 de 20/01/1998), la Directiva 1999/70/CE relativa al acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (Diario Oficial n°L 175 , 10/07/1999), la Directiva 1999/63/CE relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar (Diario Oficial n° L 167 de 02/07/1999) , y la Directiva 2000/79/CE relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil (Diario Oficial n° L 302 de 01/12/2000).

38 Su texto se puede consultar en: http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/oct/teleworking_agreement_en.pdf

trabajadores y el principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor tenían impacto en materia laboral su inserción en el Tratado respondía a la necesidad de fomentar y preservar el buen funcionamiento del mercado común antes que la de proteger a los trabajadores. Sin embargo, a partir de los años setenta la Comunidad Europea comenzó a adoptar legislación en materias como igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor (1975), despidos colectivos (1975), igualdad de trato entre hombres y mujeres (1976), protección de los derechos de los trabajadores en caso de transferencia de empresas o parte de ellas (1977), y protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador (1980). Es cierto que todas estas directivas fueron adoptadas de conformidad con el artículo 94 CE (antiguo artículo 100 CE) al que ya hemos hecho referencia y estaban por tanto inspiradas en preocupaciones relacionadas con la buena gobernanza del mercado común. Sin embargo, también lo es que, cualesquiera hayan sido sus motivaciones, en la práctica tuvieron sino la finalidad al menos el efecto de ofrecer una protección jurídica a los trabajadores, que en muchos casos éstos no tenían en el marco de su propio derecho nacional.

En cualquier caso ya no quedan dudas que a partir de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, suscrita el 9 de diciembre de 1989 en la cumbre de Estrasburgo, la preocupación comunitaria por la protección de los trabajadores adquirió una identidad propia, distinta de la preocupación por el funcionamiento del mercado común. La Carta estableció grandes principios sobre los que se basaría lo que en adelante sería llamado el *modelo social europeo*, y con ese objeto enunció diecinueve derechos fundamentales de los trabajadores[39]. Aún cuando no tiene efectos jurídicos, expresa la voluntad política de desarrollar esos derechos, sea a escala nacional o a escala comunitaria según el principio de la subsidiariedad.

El paso siguiente fue en la Conferencia Intergubernamental de 1992 sobre la Unión política, en la que se adoptó un Acuerdo sobre política social, al que siguió en 1992 un protocolo anexo al Tratado de la Unión Europea, o Tratado de Maastricht. Esta construcción fue completada con el Tratado de Amsterdam, 1997, cuya innovación más importante fue el nuevo Título VIII, que preconiza una estrategia

39 La Carta contiene apartados relativos a la libre circulación, empleo y salario, mejora de las condiciones de vida y de trabajo, protección social, libertad de asociación y de negociación colectiva, formación profesional, igualdad de trato entre hombres y mujeres, información, consulta y participación de los trabajadores, protección de la salud y de la seguridad en el trabajo, protección de niños, protección de personas en edad avanzada y de personas con discapacidad. Los derechos que en ella se enuncian deben ser desarrollados, según cada caso, a escala nacional o a escala comunitaria, según el principio de la subsidiariedad

coordinada para el empleo, con objeto de fomentar una mano de obra calificada y capaz de adaptarse, y unos mercados de trabajo que puedan reaccionar con rapidez ante los cambios económicos. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, suscrita por los Miembros de la UE en Niza, en febrero 2001, también consagra un capítulo importante a los derechos de los trabajadores. Aún cuando debido a su carácter declarativo no es fuente de derecho sí pudiera ser una fuente interpretativa.

El aporte del derecho comunitario europeo al derecho del trabajo es a la vez político y jurídico. Político, en primer lugar porque lo que en su origen fue un espacio económico y comercial ahora tiene también una lógica social. Esto tiende a sugerir que es técnicamente posible – y probablemente indispensable – abrirse internacionalmente en el ámbito comercial y establecer al mismo tiempo reglas de juego razonables en materia laboral, aun cuando nadie pretenderá negar que es mucho más difícil hacerlo a una escala mundial que regional. También político, en segundo lugar, porque en el interior del espacio comunitario, como se ha dicho antes, la erosión de los derechos de los trabajadores ha sido menos fuerte que en otras regiones del mundo, y es muy probable que el diálogo social no hubiera jamás adquirido la dinámica que tiene ahora si no hubiera sido impulsado a través de la instancias comunitarias. En tercer lugar, y lo veremos en la sección siguiente, porque el modelo social europeo ha sido adoptado por los antiguos países comunistas de Europa Central, siendo así que éstos hubieran podido seguir una política mucho más inspirada en el modelo neoliberal. De hecho, fueron muy fuertemente instados a hacerlo por las instituciones financieras internacionales; sin embargo, la reformulación de su legislación laboral se inspiró mucho más en el modelo de la legislación prevaleciente en Europa Occidental (en particular Alemania) que en América del Norte.

El aporte jurídico viene tanto del contenido de las normas comunitarias como de su naturaleza supranacional, al que por supuesto se debe agregar la excepcional labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Es cierto que, con excepción de los temas de higiene y seguridad, el Derecho Laboral Comunitario no ofrece un catálogo tan rico como el de la OIT- A ello se añade que ciertas materias como las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y de cierre patronal no son de competencia comunitaria, ni tampoco existen normas comunitarias en materia de derecho de negociación colectiva ni menos aún de huelga. En contrapartida, las normas comunitarias cubren una amplia gama de tópicos en materia de relaciones individuales, como el contrato de trabajo, igualdad de remuneración y de trato en materia de empleo y ocupación, duración del trabajo, protección de menores y de mujeres embarazadas o que han dado a luz, despidos colectivos, protección de los créditos laborales en casos de insolvencia del

empleador, lo mismo que en el terreno de la higiene y seguridad industriales, y finalmente en el campo de la información y consulta de los representantes de los trabajadores, en donde es indiscutiblemente más rico en disposiciones que la OIT.

Pero aún mucho más interesante es el efecto de la norma comunitaria en el derecho de cada uno de los Estados Miembros. De cara al derecho comunitario no existen sistemas jurídicos nacionales monistas ni dualistas pues la norma comunitaria siempre se impone al derecho nacional, haya sido o no transpuesta por el legislador, y en esto tiene una gran ventaja sobre los convenios de la OIT cuya aplicación directa sólo es posible en un sistema monista. Así, las normas comunitarias poseen tanto efectos horizontales como verticales; un juez nacional estará siempre obligado a apartar la norma nacional si la misma contraviene una norma de derecho comunitario, y en caso de duda puede (y debe hacerlo si es un tribunal de última instancia) plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cuya interpretación del Tratado estará obligado a acatar. La jurisprudencia del TJCE ha sido de gran creatividad, e inclusive de excepcional importancia para hacer progresar el derecho de los Estados Miembros de la UE en temas tan sensibles como libertad de trabajo y de circulación en el territorio comunitario, igualdad de remuneración entre hombres y mujeres e igualdad de trato en matera de empleo y ocupación[40]. Más, aún, fue precisamente en un tema laboral – la aplicación de la directiva comunitaria 80/987/CEE sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, que el TJCE estableció el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables[41].

6.- El nuevo derecho del trabajo de los antiguos países comunistas

Sin duda los cambios de mayor trascendencia en el derecho del trabajo fueron los que tuvieron lugar en la antigua Unión Soviética y los países de Europa Central y Oriental como consecuencia del fin

---

40 Sobre la jurisprudencia del TJCE en materia de igualdad de trato y de remuneración v. por ejemplo, Tamara Hervey, Derecho Comunitario sobre las Justificaciones de la Discriminación por Razones de Sexo en la Vida Laboral, informe general sometido al VIII Congreso Regional Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Estocolmo 2002. Disponible en línea en: http://www.juridicum.su.se/stockholmcongress2002/hervey_spanish.pdf

41 Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991.Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana. Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Recopilación de Jurisprudencia 1991 página I-05357. Puede consultarse en línea en: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61990J0006&lg=es

del comunismo. En su calidad de miembros de la OIT todos estos países habían ratificado un número importante de convenios internacionales del trabajo y disponían de un derecho del trabajo harto desarrollado. Sin embargo éste partía de presupuestos bien diferentes del derecho del trabajo prevaleciente en las democracias con economía de mercado. Así:

a) La legislación laboral asumía que la inmensa mayoría del trabajo se prestaba en condiciones de subordinación jurídica, y lo que llamaríamos el *empleador tipo* era la gran empresa del Estado o una gran administración central, o el equivalente de lo que en una democracia con economía de mercado sería una administración local o paraestatal. Al propio tiempo reconocía muy pocas diferencias, si acaso alguna, entre los trabajadores de una administración y los de una empresa de producción y de servicios, quienes en una economía de mercado hubieran estado sometidos respectivamente a un régimen de derecho público y otro de derecho privado;

b) El empleo estaba garantizado por el Estado, pero la libertad de trabajo, tal como se concibe en una democracia liberal estaba limitada a la vez por el principio de la gestión centralizada de la mano de obra y por el hecho de que no había más que un solo empleador, el Estado, quien disponía de un poder coercitivo para decidir en qué empleos emplearía a un trabajador[42]. El reclutamiento como el despido de trabajadores, lo mismo que la movilidad funcional estaban sujetos a reglas rígidas;

c) Los conflictos individuales de trabajo eran resueltos en primera instancia por comisiones paritarias en el ámbito de la empresa, con una posibilidad de apelación ulterior ante la justicia;

Sin embargo, las diferencias más notables se encontraban en el terreno de las relaciones colectivas de trabajo, que estaban fundadas en el presupuesto de la inexistencia de la lucha de clases y el monolitismo de la ideología comunista, expresada a través de la definición del papel dominante del Partido como dirigente y conductor de la sociedad[43]. La unidad sindical era por supuesto la regla, aún

---

42 En la Unión Soviética la requisa forzosa *para la ejecución de tareas importantes para el Estado* fue recién derogada en 1971, pero el delito de *parasitismo social* (art. 209 del Código Penal) sólo desapareció en 1991, poco antes de la extinción de la propia URSS. El pasaporte interior, derogado durante la *perestroika,* también era otro instrumento limitativo de la libertad de trabajo.

43 Así, el art. 6 de la Constitución de la URSS, de 1977, proclama que «El Partido Comunista de la URSS es la fuerza que dirige y orienta la sociedad soviética, el núcleo de su sistema político, de los organismos de Estado y las orgnizaciones sociales». Más adelante dispone que «los sindicatos, la Unión de juventudes comunistas leninistas de la URSS, las organizaciones cooperativas y otras organizaciones sociales participan, en conformidad con sus objetivos estatutarios, en la gestión de los asuntos estatales y sociales y en la solución de las cuestiones políticas, económicas, sociales y culturales».

cuando no existía una prohibición formal de constituir otros sindicatos[44]. Estos eran una emanación del sistema político y ejercían a la vez una función de movilización de masas, un poder de control de los trabajadores y de defensa individual de ellos. El despido de un trabajador solo podía tener lugar con el consentimiento del sindicato, que por lo general era difícil de obtener. La inspección del trabajo era una función sindical. El bienestar social era dispensado a través de una vasta red de instituciones, como casas de cultura, hoteles, sanatorios, colonias de vacaciones, que en su gran mayoría eran administradas por los sindicatos, lo que explica en gran medida la altísima tasa de sindicación, cercana al 100 por ciento aún cuando no existía formalmente una obligación de afiliarse a un sindicato. Los dirigentes sindicales eran a menudo cuadros del partido comunista y su designación invariablemente se hacía a propuesta de la dirigencia del partido, que invariablemente las bases aprobaban por aclamación.

Tampoco la negociación colectiva podía compararse con la que se llevaba a cabo en las democracias con economía de mercado, que presume como base lógica e ideológica la existencia de diferencias cuando no de conflicto entre los intereses de los trabajadores y los de los empleadores. Como se ha dicho antes, en el sistema comunista la lucha de clases no existe y la negociación colectiva no puede por lo tanto tener un carácter reivindicativo. De ahí que su razón de ser estuviera estrechamente vinculada a la construcción de la sociedad socialista. Por lo tanto, la convención colectiva era esencialmente un acuerdo en virtud del cual se estipulaban las obligaciones recíprocas de la empresa y del sindicato con miras a la ejecución del plan de producción de la empresa, además de otras disposiciones como el desarrollo de la emulación socialista, el perfeccionamiento profesional, la disciplina laboral. El nivel de la negociación colectiva era exclusivamente la empresa (excepto en Polonia) y los temas de negociación eran fijados por decreto[45]. La asociación entre la negociación colectiva y la planificación centralizada era tan fuerte que en casi ningún país comunista se negociaban convenios colectivos en el sector no productivo, por ejemplo la administración, la salud o la enseñanza. Los salarios estaban excluidos de la negociación colectiva, pues en principio se fijaban centralizadamente a través del plan del

---

44 En esos casos el Estado simplemente perseguía a los organizadores de un movimiento sindical libre, argumentando, como lo hizo reiteradamente ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, que no eran sindicalistas sino personajes asociales, enfermos mentales, bandidos, etc. Véase el caso n° 905, queja contra el gobierno de la URSS presentada por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres y la Confederación Mundial del Trabajo el 9-05-1978. Los informes del CLS están disponibles en el Boletín Oficial de la OIT, Vol. LXII, 1979, Serie B, No. 1 informe (provisional) n° 190, par. 361 - 388 , Vol. LXII, 1979, Serie B, No. 3 informe provisional n° 197 (par. 592 - 640), Vol. LXIII, 1980, Serie B, No. 3, et Vol. LXIV, 1981, Serie B, No. 1 Informe (definitivo) n° 207 (par. 100 - 130).

45 Véase por ejemplo, para la URSS el decreto n° P-12/270 de 26 agosto 1977, publicado en la Serie Legislativa de la OIT, SL 1977-URSS.1.

Estado[46]. En fin, si bien no estaba prohibida formalmente, la huelga no tenía razón de existir, pues en la lógica del pensamiento comunista la ausencia de explotación capitalista hacía inútil el recurso a la huelga[47].

Algunos cambios ya habían tenido lugar durante los últimos años del régimen comunista, sobre todo en países como Hungría y Polonia, lo mismo que en la URSS a partir de la llegada de Gorbatchev al poder, en 1985[48]. Nada de ello fue sin embargo comparable a los cambios consecutivos a la caída de los regímenes comunistas en Europa Central a partir de 1989 y la desaparición de la URSS en diciembre de 1991. En general éstos tuvieron lugar en tres etapas. En la primera de ellas, a partir de 1989 se reemplazó al antiguo sistema de relaciones colectivas de trabajo por un marco regulatorio que se aproxima al de los sistemas políticos pluralistas de Europa Occidental. En una medida muy importante este nuevo marco regulatorio se inspiró en los convenios Nos. 87 y 98 de la OIT, respectivamente sobre libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva voluntaria, y en la doctrina desarrollada por los órganos de supervisión de la OIT en materia de libertad sindical y negociación colectiva. Así la antigua Checoslovaquia adoptó una ley sobre negociación colectiva en 1991 al tiempo que también derogó la antigua reglamentación sindical. En Estonia se adoptó una nueva ley sindical en 1989, a la que siguió en 1993 otra ley, sobre conflictos colectivos. En Hungría se adoptó una regulación de la huelga en 1989. En Lituania se adoptó una ley sobre convenios colectivos en abril 1991 y otra sobre huelgas en 1992. En Polonia sendas leyes de 1991 regularon respectivamente el derecho de asociación de trabajadores y de empleadores. En Eslovenia, una ley de 1993 estableció criterios para la determinación de la representatividad sindical. En la Federación de Rusia, a la ley sobre conflictos del trabajo de 1989 sucedió otra sobre la misma materia en 1991, a su vez modificada en 1995 y en 2001, por el nuevo Código de Trabajo. En 1992 se adoptó una ley sobre la negociación colectiva

---

46 Sobre todo en la Unión Soviética y los países que más se acercaban a su modelo, pero no en otros, por ejemplo Hungría o Yugoslavia, en donde existía mucha mayor descentralización. En la URSS las reformas de Gorbatchev alcanzaron a descentralizar la fijación de los salarios, pero la URSS desapareció antes de que llegaran a aplicarse efectivamente.

47 Nunca fue claro el alcance de una ley de la URSS de diciembre de 1958 en materia de responsabilidad penal por delitos contra el Estado, que consideraba como delito a todo hecho o abstención con el objeto de socavar la industria, los transportes o la agricultura con el fin de debilitar al Estado Soviético, si el interesado ha utilizado una institución, empresa u organización del Estado o pública, o ha impedido su funcionamiento normal. En todo caso a partir de la histórica huelga de los mineros, en 1989, fue evidente que la legislación soviética estaba inadecuada y ya entonces la URSS debió adoptar la ley de octubre 1989, sobre solución de conflictos del trabajo, en donde se reconoce explícitamente el derecho de huelga.

48 También era muy distinta la situación en Yugoslavia, en donde existía una fuerte centralización política pero bastante amplia descentralización administrativa, sobre todo en Croacia y Eslovenia.

(también modificada por el Código de Trabajo de 2001)[49].

La segunda etapa fue la de las enmiendas a los antiguos códigos de trabajo, que debido al cambio de régimen habían quedado desactualizados. Con la excepción de Yugoslavia todos los antiguos países comunistas tenían su legislación laboral codificada, aún cuando no pueda hablarse de una codificación en el sentido francés del término. Tan pronto como estos países decidieron adoptar la economía de mercado tuvieron obviamente que formular un marco jurídico en donde el principio de la gestión planificada de la mano de obra fue reemplazado por la libertad para contratar.

La tercera fase corresponde a la adopción de nuevos códigos o leyes del trabajo, como en Albania[50], Croacia[51], Eslovaquia[52], Eslovenia[53], Hungría[54], Letonia[55], Lituania[56], Moldavia[57], Rumania[58] o Rusia[59], con lo que se buscó consolidar los cambios intervenidos a partir de la caída del régimen comunista. Sin embargo, esta fase aún no ha sido completada en países como Bulgaria, la República Checa o Polonia, y aún en los países en donde se adoptaron nuevos códigos éstos fueron luego modificados, lo que denota un grado de inestabilidad legislativa aún bastante importante[60]. También refleja cierta puja ideolõgica lo mismo que las presiones del Banco Mundial para que la legislación adquiera un sesgo más favorable al mundo de los negocios. Las alternancias políticas en Hungría, Polonia o

---

49 V. Giuseppe Casale: Collective Bargaining and the Law in Central and Eastern Europe: Recent Trends and Issues; Informe sometido al VII Congreso Regional Europeo de la SIDTSS, Estocolmo, Septiembre 2002. Este documento está disponible en línea en: http://www.juridicum.su.se/stockholmcongress2002/casale_english.pdf.

50 Ley n° 7961 de 12 de julio 1995, varias veces modificada.

51 Ley del Trabajo de 1995, varias veces modificada.

52 Código de Trabajo de 2001 (varias enmiendas desde entonces)

53 Ley sobre relaciones de trabajo de 24 de abril 2002.

54 Ley No. 22 de 1992 de Código de Trabajo (varias enmiendas desde entonces).

55 Código del Trabajo de 1994 ; reemplazado en 2001 por la Ley del Trabajo, enmendada a su vez desde entonces.

56 Varias leyes adoptadas desde 1992, reemplazadas por el Código de Trabajo de 4 de junio 2002.

57 Código de Trabajo n° 154-XV de 28 marzo 2003.

58 Ley n° 53 de 24 enero de 2003 (Código del Trabajo)

59 Código de Trabajo de la Federación de Rusia de 30 de diciembre 2001 (entró en vigor el 1° de febrero 2002).

60 La base de datos NATLEX de la OIT < http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.home?p_lang=es > dispone de la mayor parte de estos textos en línea e informa sobre sus sucesivas enmiendas.

Eslovaquia se han traducido así en cambios legislativos de distinto signo, mientras que en Rumania, apenas adoptado el nuevo código de trabajo ya el gobierno anunció su intención de revisarlo con el objeto de *liberalizarlo* conforme a pautas propuestas por el Banco Mundial. Aún diferente fue la situación en la Federación de Rusia, en donde la elaboración del nuevo código de trabajo fue objeto de más de siete años de discusión, primero en las esferas gubernamentales y luego en el Parlamento, durante el cual compitieron varios proyectos hasta que finalmente un texto fue objeto de un compromiso político y pudo ser votado por la Duma y promulgado por el presidente Putin en diciembre 2001.

En sus grandes líneas los cambios introducidos en los sistemas legislativos y de relaciones de trabajo de los antiguos países comunistas han tenido las siguientes características: (1) el ámbito de aplicación de la ley laboral se ha reducido; (2) el contenido de la legislación laboral se ha enriquecido, y (3) el sistema de relaciones colectivas se ha liberalizado.

La contracción del ámbito de la ley laboral se debe esencialmente a la diversificación de los empleadores y la emergencia de nuevas formas de empleo, tanto autónomas como subordinadas. Como se dijo antes, en un sistema comunista el Estado es único empleador, la gestión de la mano de obra se ajusta al principio de la planificación central, no existe un *mercado* en el sentido estricto del término, ni tampoco necesidad práctica de establecer diferencias jurídicas entre el empleo en la administración pública y en la administración descentralizada o en el sector productivo. Sin embargo, una vez que se introdujo la economía de mercado fue necesario delimitar las esferas respectivas de la administración pública por un lado y el sector productivo por el otro, y dentro de este último de lo que quedaba en manos del Estado y lo que se transfería al sector privado. Por otra parte, la reestructuración económica que conllevó el paso a la economía de mercado se tradujo en el cierre de numerosas empresas y en reducciones masivas de personal en otras, al tiempo que también aumentó mucho la parte de la población auto-empleada. La cuota de empleo oculto también aumentó, así como también lo hizo la parte del empleo ocupado según estatutos considerados *precarios* en el derecho del trabajo tradicional, lo que era prácticamente inexistente durante el régimen comunista en el que no sólo había plena ocupación (harina de otro costal es si se trataba de empleo productivo y libremente elegido o no) y en realidad el mercado de trabajo tendía a estar en una situación de escasez crónica de mano de obra. Todo ello contribuyó a reducir aún más el colectivo de trabajadores a quienes se aplica la ley laboral.

Sin embargo, al tiempo que la cobertura cuantitativa disminuía el contenido de la legislación laboral se enriquecía cualitativamente,

debido a la introducción de conceptos desconocidos durante el régimen comunista. Algunos de ellos son del dominio de las relaciones colectivas de trabajo y guardan relación con la necesidad de definir reglas de juego en un sistema en donde, a diferencia de lo que sucede en un régimen comunista el pluralismo es posible, la representatividad sindical a menudo es puesta en tela de juicio, la negociación colectiva es bilateral y voluntaria, y los conflictos y huelgas son una realidad de la que es preciso hacerse cargo. Ningún país antiguamente comunista conocía estas situaciones y fue por lo tanto necesario reelaborar el derecho del trabajo para conferirles un marco regulatorio.

Otros cambios estuvieron enfocados en las relaciones individuales de trabajo, y tuvieron por objeto introducir conceptos que tampoco se conocían en el antiguo régimen o si se conocían tenían mucha menos importancia que en una economía de mercado. Así, las reformas legislativas introdujeron disposiciones antes desconocidas en materias como las diferentes modalidades del contrato de trabajo, procedimientos de reclutamiento y despido, transferencia de empresas, modificación del contrato de trabajo, protección del salario, protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. Por último, pero ciertamente no en último lugar, los ocho nuevos miembros que ingresaron en la Unión Europea en 2004[61], lo mismo que los que esperan poder ingresar en 2007 ó 2008[62] debieron integrar el acervo comunitario (*acquis* communautraire) en sus legislaciones laborales, pues ésta era una de las condiciones impuestas para su ingreso. Hacia finales de 2004 este proceso ya había sido completado o estaba próximo a serlo.

Resta que que el conjunto de todas estas reformas se dio en un espacio de tiempo sumamente corto, por lo que es razonable formularse preguntas sobre la capacidad de estos países para aplicar y administrar las nuevas reglas, y más aún sobre la asimilación de estas reglas por una cultura que se había formado en varias décadas de régimen comunista, y de la que sería ingenuo suponer que se puede disponer por decreto. Esto explica la subsistencia de bastantes resabios del pasado, que el legislador ha estimado conveniente guardar. Lo más notable es quizás el hecho de que la legislación laboral de los antiguos países comunistas sigue focalizada sobre las relaciones individuales y colectivas en las grandes empresas, por lo que deja muy poco espacio para reconocer los problemas específicos de las pequeñas y medianas. Esto se nota por ejemplo en materia de remedios en caso de despido, que casi invariablemente prevén el reintegro del trabajdor en su antiguo empleo, lo que es poco menos

---

61 Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y República Checa.

62 Bulgaria y Rumania. Croacia también ha iniciado negociaciones.

que impracticable en una pequeña empresa[63]. En algunos casos, como en Bulgaria, Estonia y Lituania, se incluyen disposiciones relativas al nombramiento o promoción de empleados por concurso, o por elección popular, que estarían mejor ubicadas en un estatuto del servicio civil. En otros se establecen reglas harto detallados sobre procedimientos y sanciones disciplinarias, y aún existen bastantes disposiciones en materia de responsabilidad contractual de los asalariados con motivo de daños ocasionados a la propiedad o los intereses del empleador, que eran muy características en la antigua legislación comunista.

7.- Subordinación jurídica y derechos fundamentales de la persona del trabajador: una cohabitación complicada

Por último, pero ciertamente no en último lugar, corresponde abordar el tema del ejercicio de los derechos fundamentales en el marco de la relación de trabajo. Ante todo se debe definir lo que se entenderá aquí como *derechos fundamentales*, pues los criterios para considerar que un derecho es *fundamental* o no lo es, no son siempre coincidentes aún cuando sí parece haber acuerdo en torno de dos conceptos básicos: (a) los derechos fundamentales son aquellos que reflejan los valores esenciales de una sociedad, y (b) son inalienables e irrenunciables. Una buena parte de ellos han sido reconocidos en virtud de instrumentos internacionales, incluyendo tratados vinculantes como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conocido también como *Convención Europea de Derechos Humanos* (CEDH)[64] , la Convención americana sobre derechos humanos (llamada también *Pacto de San José)* y su protocolo adicional sobre derechos económicos, sociales y culturales (*Protocolo de San Salvador*)[65] así como numerosos pactos adoptados dentro del marco de las Naciones Unidas[66] . A menudo se les acuerda un reconocimiento explícito en la Constitución, pero la ausencia de ese reconocimiento no significa que el derecho nacional los desconozca. En realidad, son los valores sociales y culturales de una sociedad, tanto o quizás más que el Derecho, quiénes reconocen

---

63 Como manera de escapar a esta regla, los códigos de trabajo de Eslovaquia y la Federación de Rusia permiten a las PME tener a toda su mano de obra bajo contrato de trabajo de duración determinada, lo cual es también una disposición insólita en derecho comparado.

64 Texto disponible en http://www.echr.coe.int/Convention/webConvenESP.pdf

65 Disponibles en línea, respectivamente en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html y http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html

66 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminacion Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminacion contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

como *fundamental* a un derecho o una libertad en particular, y esto casi invariablemente se refleja en la jurisprudencia.

Nos preguntaremos en este punto si existe un catálogo de derechos que pudiéramos considerar como *fundamentales* en materia laboral, y en caso afirmativo qué contenido tiene el mismo. La respuesta hoy día es afirmativa y casi siempre se ofrece como referencia a la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el Trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1998. Este instrumento, que contrariamente a los convenios de la OIT no tiene efectos jurídicos vinculantes, define como derechos fundamentales a los que guardan relación con: (a) a libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La posición de la Declaración de la OIT es minimalista, pues define un zócalo de derechos que cualquier país del mundo debería respetar, cualesquiera fueran su grado de desarrollo económico y social, o sus valores sociales y culturales. Se puede asumir que dentro de un ámbito regional será posible encontrar convergencias que lleven a definir como fundamentales a un número mayor de derechos y libertades que los que se reconocen como tales a un nivel mundial. Así la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[67] considera que éstos incluyen la prohibición del trabajo forzoso (art. 5), protección de la privacidad (art. 8), libertad de asociación (art. 12), derecho a trabajar en cualquier Estado miembro (art. 15), no-discriminación (art. 21), igualdad entre hombres y mujeres (art. 23), información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27), negociación y acción colectiva, incluyendo la huelga (art. 28), acceso a un servicio gratuito de colocación (art. 29), protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales (art. 30), condiciones de trabajo justas y equitativas, que respeten la salud, seguridad y dignidad del trabajo, incluyendo la limitación de la duración máxima del trabajo y los períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas (art. 31), y prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32). Se trata por cierto de una lista muy extensa y no faltará quién discutirá la naturaleza verdaderamente *fundamental* de algunos de estos derechos, pero admitamos que sí lo son dentro de los límites de la Unión Europea aún cuando es muy poco probable que lo sean también en otras regiones del mundo.

---

67 Publicada en *Diario Oficial n° C 364 de 18/12/2000 p. 0001 – 0022.*

De cara a esta diversidad aquí tomaremos el partido de ocuparnos, como lo hizo el XVII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Montevideo, 2003)[68], solamente de los derechos llamados *no específicos*, es decir de aquellos que se reconocen a toda *persona*, y no solamente a los trabajadores, pero que pueden sufrir menoscabo en el ámbito del trabajo como consecuencia de la subordinación jurídica del trabajador. Como cualquier persona humana un trabajador tiene derecho a la igualdad de trato, a la libertad ideológica y religiosa, a la libertad de conciencia, a la intimidad, a su propia imagen y derecho de expresión e información, y hoy existe acuerdo para considerar que todos ellos forman parte de la categoría de derechos fundamentales. Estos derechos se pueden ejercer tanto dentro como fuera del trabajo, y en ese sentido son diferentes de otros derechos fundamentales que, como el de sindicación, de negociación colectiva o de huelga, son específicos de quienes trabajan dentro del ámbito de una relación laboral.

La problemática que se plantea cuando los derechos y libertades fundamentales de las personas se ejercen en el ámbito del trabajo es la posibilidad de que entren en colisión con las libertades y prerrogativas que el orden jurídico reconoce a los empleadores. Así, la libertad de trabajo es un derecho fundamental del trabajador, pero no lo es menos que la libertad de comercio, derivada del derecho de propiedad, es un derecho fundamental del empleador, como también lo es la libertad contractual. Una de sus consecuencias es que el empleador tiene libertad para no contratar a un trabajador. La pregunta es si puede, en ejercicio de esa libertad, hacer indagaciones sobre la vida privada de un postulante a un empleo, o negarse a contratarlo por motivos inherentes a la persona del trabajador pero ajenos a la naturaleza y exigencias del empleo en cuestión, como pudieran ser el sexo, la raza, la apariencia física, la religión, la opinión política, la orientación sexual, etc. De la misma manera, si la ley garantiza a una persona la libertad religiosa y de conciencia correspondería examinar si un trabajador puede negarse a acatar instrucciones de un empleador cuando considera que éstas afectan esas libertades. También se pueden plantear cuestiones con motivo del ejercicio del poder de control del empleador sobre el desempeño del trabajador en la empresa, y a veces fuera de ella. Así el control que se puede ejercer sobre el uso del correo privado por el trabajador o el uso que éste hace del internet son temas muy controvertidos. No lo es menos la cuestión de los controles sobre la persona del trabajador; no sólo la utilización de controles físicos sino también el uso de la televigilancia en los lugares de trabajo y a veces fuera de

68 Véase Fernando Valdés dal Ré, Los derechos fundamentales de la persona del trabajador, en XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 2005. Libro de Informes Generales, pp. 37-160.

ellos. ¿Y qué decir del derecho a la imagen? ¿Puede un empleador – y en caso afirmativo, dentro de qué límites - exigir una apariencia física determinada o imponer un código vestimentario determinado a un trabajador? En fin, la libertad de expresión y la libertad de información también suelen plantear numerosos problemas, como lo atestigua la abundante litigiosidad consecutiva a despidos originados en circunstancias en que según los ángulos de enfoque se ha hecho uso de esa libertad o se ha hecho abuso de ella.

Al margen de algunos antecedentes de valor histórico[69] el tema del respeto de los derechos fundamentales de la persona en el lugar de trabajo ha sido objeto de desarrollo solamente en el último cuarto de siglo. Hasta entonces todo concurría a dar la impresión de que la empresa era una ciudadela cerrada en donde el trabajador era súbdito antes que ciudadano, y abandonaba sus derechos fundamentales durante el tiempo en que estaba a la disposición de su empleador. El convenio 111 de la OIT sobre discriminación (empleo y ocupación) recién data de 1958. Sin embargo en una primera época su desarrollo se limitaba a la adopción de normas legales en las que no se hacía mucho más que reproducir su texto. Sólo bastante más adelante su impacto comenzó a hacerse perceptible, cuando la jurisprudencia y luego la ley desarrollaron la noción de *discriminación indirecta*, a la que sólo bastante más tarde se añadió el principio de la inversión de la carga de la prueba, de ello hace menos de diez años. La ley de Derechos Civiles de los Estados Unidos, que se considera como un hito en materia de lucha contra la discriminación es de 1964, y es difícil encontrar normas o decisiones judiciales relevantes en esta materia que le sean anteriores. En el ámbito de la Unión Europea, la primera Directiva Comunitaria en materia de igualdad de trato es de 1976[70], y hubo que esperar casi un cuarto de siglo para que las instancias comunitarias volvieran a legislar sobre este tema[71], lo que

---

69 Así el Artículo VI, párrafo 3 de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 dispone que *nunca se exigirá una declaración religiosa como condición para ocupar ningún empleo o mandato público de los Estados Unidos*.

70 Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo *Diario Oficial n° L 039 de 14/02/1976 p. 0040 –0042.*

71 En 1997 se adoptó la Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 (Diario Oficial n° L 014 de 20/01/1998), relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; en ella se estableció el principio de la inversión de la carga de la prueba cuando el reclamante establece los elementos a partir de los cuales puede presumirse prima facie que ha sido víctima de discriminación por motivos de sexo. A ella siguió la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (Diario Oficial n° L 180 de 19/07/2000), y luego la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre 2000 (Diario Oficial n° L 303 de 02/12/2000) mediante la cual se establece un marco general con miras a combatir la discriminación por motivos de religión o credo, discapacidad, edad o preferencia sexual en materia de empleo y ocupación. Finalmente, en septiembre 2002 se procedió a una modificación muy profunda de la Directiva de 1976 sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (Diario Oficial n° L 269 de 05/10/ 2002).

por cierto no impidió el desarrollo de una jurisprudencia de excepcional riqueza por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. En Francia, que es una referencia ineludible cuando se habla de derechos humanos, fue recién en 1992 que se introdujo en el Código de Trabajo una disposición en virtud de la cual las restricciones que un empleador puede imponer a los derechos de las personas y a sus libertades individuales y colectivas deben siempre (a) ser justificadas por la naturaleza de la tarea a ejecutar y (b) ser adecuadas al fin perseguido. En el Reino Unido el reconocimiento formal de los derechos fundamentales recién se produce con la adopción de la Ley de Derechos Humanos (Human Rights Act) de 1998, que tuvo el propósito de incorporar al CEDH en el sistema jurídico inglés, aún cuando con anterioridad a la misma o inmediatamente después de ésta se habían sancionado otros estatutos que consagraban otros derechos igualmente considerados fundamentales[72].

La construcción jurídica de la ley francesa de 1992, que tiende a ser crecientemente compartida, implica un cambio profundo en la manera como se intenta ahora redistribuir el equilibrio entre, por un lado el respeto de los derechos y libertades fundamentales de la persona del trabajador dentro de la empresa, y por el otro los poderes de dirección, de control y disciplinarios del empleador. La regla es ahora que los derechos fundamentales del trabajador deben ser respetados y la excepción es que el empleador puede restringir su ejercicio sólo por motivos justificados y adecuados al fin perseguido. Esto implicaría también que el peso de la carga de la prueba recaerá sobre el empleador, quien debe demostrar que las restricciones que impone a las libertades del trabajador son justificadas y adecuadas al objeto perseguido. Ahora bien, si este criterio parece simple su interpretación lo es mucho menos, y puede y de hecho ha dado lugar a posiciones muy divergentes, ya que en la determinación de lo que se considera como *justificado* o *adecuado* entra mucho la subjetividad del juzgador. La jurisprudencia ya ha avanzado mucho en materia de discriminación por motivos de sexo, pero no tanto cuando se plantean cuestiones relacionadas con la libertad de conciencia, la de profesar una religión, o de ajustar su vida privada o profesional a los principios morales o religiosos del empleador. Así en el famoso asunto EEOC v. Townley Engineering and Manufacturing Corporation un tribunal norteamericano consideró que la obligación impuesta a un empleado agnóstico de asistir a un servicio religioso era incompatible con la libertad religiosa consagrada por la Ley de Derechos Civiles, aún cuando dicho servicio fuese no confesional. La misma orientación – favorable al respeto de las convicciones de la persona – es perceptible en una decisión de la Corte Suprema de Canadá, de 1994, que

72 A saber la leyes sobre discriminación sexual, 1975, discriminación racial, 1976, discriminación por motivos de discapacidad, 1995, sobre protección de datos personales, 1998, y sobre libertad de expresión en circunstancias determinadas (*Public Interest Disclosure Act),* 1998.

consideró que el empleador, una escuela, debía pagar a sus educadores de confesión israelita el salario correspondiente al día en que éstos no habían trabajado con objeto de observar el reposo del Yom Kippur[73]. Pero, en un sentido contrario la jurisprudencia española ha dado prioridad al interés del empleador cuando han considerado que es admisible su negativa a cambiar el turno de trabajo de un trabajador con el sólo objeto de permitir que este último asista a su servicio religioso. De la misma manera, la Corte de Casación francesa consideró que un empleador no estaba obligado a cambiar el puesto de trabajo de un carnicero musulmán originariamente afectado a la manipulación de carne bovina cuando éste se negó a cortar carne de cerdo[74], pero es muy posible que el caso se hubiera resuelto de manera diferente en otra jurisdicción.

No menos espinosos son los casos que se plantean con motivo del despido de personas divorciadas empleadas en escuelas católicas, que la Corte de Casación francesa consideró admisible en una célebre decisión de 1978[75]. La Corte de Casación en pleno calificó al despido como justificado por entender que en el momento de la conclusión del contrato las partes habían tomado implícitamente en consideración las convicciones religiosas de la trabajadora y éste elemento, que habitualmente permanece extramuros de la relación laboral, había sido incorporado en el caso concreto al contrato de trabajo. La jurisprudencia alemana también ha mantenido la licitud de los despidos motivados por actos de la vida privada del trabajador, contrarios a la ideología o tendencia difundida por la organización (*tendenzbetrieb*), lo que también es admitido en el derecho comunitario europeo[76]. Distinta fue, sin embargo, la respuesta de la jurisprudencia belga que, con apoyo en el art. 9º de la CEDH, tuvo oportunidad, en esa misma época, de calificar como injustificados los despidos de docentes de un colegio confesional por contravenir normas de la moral católica[77].

---

73 Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin, http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1994/vol2/html/1994scr2_0525.html.

74 Cas. Soc. 24 de marzo 1998, núm. 2056 PB, asunto *Azad c. Chamsidine*. Droit Social 1998, p. 614.

75 Asunto *Dame Roy c. Association pour l´education populaire Sainte-Marthe*. La Sra. Roy, profesora de un colegio católico subvencionado por el Estado, fue despedida a raíz de su divorcio, valorado como contrario a la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio profesada por su empleadora. La Corte de Casación en pleno calificaó al despido como justificado por entender que, en el momento de la conclusión del contrato, las partes habían tomado implícitamente en consideración las convicciones religiosas de la trabajadora y éste elemento, que habitualmente permanece extramuros de la relación laboral, había sido incorporado en el caso concreto al contrato de trabajo. La jurisprudencia alemana también ha mantenido la licitud de los despidos motivados por actos de la vida privada del trabajador, contrarios a la ideología difundida por la organización (v. Valdés dal Ré, op. cit. p. 84).

76 Véase el art. 4 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación Diario Oficial n° L 303 de 02/12/2000 p. 0016 - 0022.

77 Los motivos alegados del despido fueron el mantener una relación adúltera y el contraer matrimonio sin tener disuelto un previo vínculo matrimonial celebrado según el rito católico.

Ultimamente la atención se ha venido focalizando en torno al uso del pañuelo islámico, tema que ha sido abordado en dos decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En una de ellas, de 15 de febrero 2001[78], el Tribunal consideró que la exigencia de abandonar el uso del pañuelo islámico, que el Departamento de instrucción pública de la República y Cantón de Ginebra había impuesto a una educadora de religión musulmana que ejercía su actividad en una clase de niños de un establecimiento público, no era incompatible con la libertad de manifestar su religión garantizada por el CEDH (art. 9). El TEDH opinó que esta libertad puede ser objeto de restricciones cuando el propósito de las mismas es asegurar la seguridad pública, la protección del orden o de los derechos y libertades de terceros. El TEDH consideró que el pañuelo islámico es un símbolo religioso ostensible, cuyo uso por una educadora puede afectar los sentimientos religiosos de sus alumnos, de otros alumnos de la escuela y de los padres de alumnos. Un razonamiento similar fue seguido por el TEDH en otra decisión por la que rechazó un recurso presentado por una estudiante en medicina de la Universidad de Estambul que había sido excluída de la Universidad por su insistencia en usar el velo islámico, prohibido por motivos de laicismo[79]. Sin embargo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT parece sostener un punto de vista diferente. En efecto, en una observación dirigida en 2004 al Gobierno de Turquía, relacionada con la aplicación del Convenio sobre la disciminación (empleo y profesión), 1958 (No. 111) la CEACR reiteró *su preocupación de que la amplia prohibición actual que se impone a los funcionarios públicos y estudiantes de mantener la cabeza descubierta puede llevar a situaciones incompatibles con el principio de igualdad previsto en el Convenio. Como se ha indicado con anterioridad, esta práctica afectará desproporcionadamente a las musulmanas, y probablemente menoscabará o constituirá una prohibición total del derecho de la igualdad de acceso a la educación y al empleo, debido a sus prácticas religiosas*[80].

De desarrollo también muy reciente son las cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad del trabajador en relación con su empleo. Aquí los problemas ya se pueden plantear antes del reclutamiento del trabajador, con motivo de su selección, proceso durante el cual es posible que deba suministrar informaciones sobre su propia persona y someterse a controles médicos y exámenes

---

78 Asunto *Dahlab contra Suiza* (caso 42393/98).

79 Decisión de 29 de junio 2004, *Leyla ªahin c. Turquía* (caso no 44774/98).

80 Véase, CIT, 75.a reunión, 2004. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observaciones sobre el Convenio No. 111 (Turquía).

de aptitud. Si nadie niega que el empleador tiene derecho a informarse sobre las calificaciones y la aptitud de un postulante a un empleo tampoco se puede desconocer que el ejercicio de ese derecho puede conllevar el riesgo de que el empleador rehuse emplear a un trabajador por motivos inherentes a su persona que no guarden relación con las calificaciones requeridas para su empleo, lo que pudiera implicar una discriminación por motivos prohibidos por la ley. De ahí que una consecuencia lógica del desarrollo del derecho a no ser discriminado haya sido el desarrollo de una legislación paralela destinada a limitar el tipo de información que un empleador puede solicitar a un postulante a un empleo; la que también incluye garantías relativas al tratamiento de esa información. El artículo 6 del Convenio de la OIT sobre Agencias de Empleo Privadas, 1997 (No. 181)[81], lo mismo que los párrafos 11 y 12 de la Recomendaciónm (No. 188)[82] que completa el convenio son bien ilustrativos de este enfoque. Los tests genéticos, lo mismo que de detección del embarazo o del virus VIH también forman parte de las prácticas prohibidas o severamente limitadas; por ejemplo serían admisibles cuando el puesto conlleva riesgos específicos pero no en otros casos. La misma vigilancia se extiende sobre los datos personales que un empledor puede reunir y conservar durante el transcurso de una relación laboral. El tema ha sido tratado entre otros por una directiva comunitaria de alcance general[83], lo mismo

---

81 Artículo 6, convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (No. 181)
El tratamiento de los datos personales de los trabajadores por las agencias de empleo privadas deberá:

> *a) efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales;*
>
> *b) limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente*

82 Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (No. 188)

> *11. Se debería prohibir a las agencias de empleo privadas que consignen en ficheros o en registros datos personales que no sean necesarios para juzgar la aptitud de los candidatos respecto de los empleos para los que est n siendo o podrían ser tomados en consideración.*
>
> *12. 1) Las agencias de empleo privadas deberían conservar los datos personales de un trabajador £nicamente mientras esté justificado por los fines concretos para los cuales hayan sido recabados, o £nicamente mientras el trabajador desee figurar en una lista de candidatos a un puesto de trabajo.*
>
> *2) Se deberían adoptar medidas para asegurar el acceso de los trabajadores a todos sus datos personales, tal y como se conservan en los sistemas de tratamiento automático o electrónico o en ficheros manuales. Estas medidas deberían contemplar el derecho de los trabajadores a examinar y obtener copia de estos datos así como el derecho a solicitar que se supriman o rectifiquen los datos inexactos o incompletos.*
>
> *3) Excepto cuando guarden relación directa con los requisitos de una profesión determinada, y cuenten con el permiso explícito del trabajador afectado, las agencias de empleo privadas no deberían pedir, conservar ni utilizar los datos sobre las condiciones de salud de un trabajador, ni tampoco utilizar esos datos para determinar la aptitud de un trabajador para el empleo.*

83 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos Diario Oficial n° L 281 de 23/11/1995 p. 0031 – 0050

que por una profusa legislación que en casi todos los casos es muy reciente.

Muy delicada es la cuestión de la vigilancia del trabajador durante las horas de trabajo, y a veces también fuera de ellas. Indiscutiblemente el empleador tiene el derecho y a veces también la obligación de establecer sistemas de control y vigilancia en su empresa, con objeto de evitar perjuicios a sus intereses, lo mismo que por motivos de seguridad. Sin embargo, la protección de la dignidad y la vida privada del trabajador exige que estos controles sean limitados. Quince o veinte años atrás eran típicas las disposiciones que, como el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores español, se referían a los registros personales sobre la persona del trabajador, o en su taquilla o sus efectos particulares y exigían que se respeten la persona y la dignidad e intimidad del trabajador. Sin embargo, no se iba mucho más allá de esta regla, ni tampoco era necesario hacerlo. La situación cambió con la irrupción de las nuevas tecnologías de la información, que hacen posible la televigilancia dentro y fuera del lugar de trabajo, y desde entonces se ha asistido a una impresionante producción legislativa y no menos impresionante elaboración jurisprudencial tendente a establecer los límites dentro los cuales ésta vigilancia es admisible. En 1997, en el caso *Halford c. Reino Unido* el TEDH consideró que el monitoreo de las conversaciones telefónicas privadas hechas desde su lugar de trabajo por una oficial de policía inglés, sin su consentimiento, era violatorio del art. 8 del CEDH[84]. En 2001 en el célebre asunto *Nikon* la Corte de Casación francesa anuló un fallo de un tribunal inferior que había considerado probado el despido por falta grave de un empleado, sobre la base de pruebas obtenidas mediante el acceso por el empleador a la mensajería electrónica del empleado, aún cuando este último se había servido del ordenador suministrado por el primero y hecho sus mensajes durante sus horas de trabajo[85]. Sin embargo, el tema no es pacífico: en 1985 un tribunal de trabajo de Liège, en Bélgica reconoció el derecho del empleador a monitorear todas las llamadas telefónicas entrantes y salientes en su empresa si no había dado permiso a sus empleados para utilizar el teléfono de la empresa para pasar llamadas personales; criterio que fue mantenido cinco años más tarde por un tribunal de Bruselas[86]. No obstante, en un caso diferente, la jurisprudencia belga se pronunció negativamente acerca de la utilización de cámeras video con el fin de vigilar a los trabajadores, estimando que con ello se violaba la

---

84 Fallo disponible en http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Halford%20%7C%20v.%20%7C%20United%20%7C%20Kingdom&sessionid=3057739&skin=hudoc-en

85 Decisión n° 4164 de 2 de octubre 2001 http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-42942arr.htm

86 Véase Franck Hendrickx, Belgian Law, in On-line Rights for Employees in the Information Society, Bulletin of Comparative Labour Relations No. 40-2002, p. 67.

privacidad a la que el trabajador tenía derecho inclusive durante sus horas de trabajo[87]. Un criterio similar fue seguido por la justicia en los Países Bajos, que consideró que la instalación de cámaras de televigilancia es en principio violatoria del derecho de los trabajadores a su privacidad, por lo que sólo puede ser justificada por una *necesidad imperiosa*[88]. En Canadá, en 2003 una decisión arbitral consideró como ilegal el despido de un trabajador que durante una ausencia pretendida por motivos de efermedad (una lesión en la espalda) había sido filmado en oportunidad de cargar muebles sobre una camioneta; el árbitro consideró que el medio de prueba de la deslealtad del trabajador era ilegal, pues el trabajador había sido filmado sin su consentimiento en violación de la ley sobre protección de datos personales[89]. Pero también una decisión de la Corte de Casación de Bélgica consideró que el artículo 8 del CEDH no impide a un empleador instalar una cámara secreta de video cuando existen sospechas de robos en su establecimiento. Agreguemos que en Bélgica el tema de la vigilancia por medio de cámaras ha sido reglamentado por una convención colectiva nacional, que establece una lista limitativa de casos en los que la misma está autorizada, entre los que precisamente figura la protección de los bienes de la empresa[90].

En fin, también se registran avances en materia de protección de la libertad de expresión. Si es un derecho fundamental -y nadie lo niega- su ejercicio por el trabajador, dentro o fuera del lugar de trabajo, puede entrar en conflicto con el deber de lealtad hacia su empleador, implícito en todo contrato de trabajo. Los problemas mayores se plantean cuando el trabajador hace uso de ese derecho para criticar a su empresa, o cuando denuncia hechos ilícitos o prácticas reprobables de la empresa de los que ha tomado conocimiento en virtud de su empleo. Conocido como *whistleblowing* (literalmente "soplar el silbato") la protección jurídica de este derecho ha sido materia de desarrollo legal, por ejemplo en Australia[91] o el Reino Unido[92].

---

87 Decisión del tribunal de trabajo de Bruselas de 26 de marzo 1990, as. Soc. Kron, también citado por Hendrickx, op cit. p. 68.

88 Asunto Koma, véase T. Homan, Dutch Law, in On-line Rights for Employees in the Information Society, cit. p. 103.

89 Ross v. Rosedale Tansport Ltd., v. Lancaster's Federal Labour and Employment Law Reporter. Vol. 3, No. 78, Julio-Agosto 2003.

90 Convención colectiva de trabajo No. 68 de 16 de junio 1998 relativa a la protección de la vida privada de los trabajadores con relación a la vigilancia por medio de cámaras en el lugar de trabajo.Disponible en el sitio WEB del Consejo Nacional del Trabajo: http://www.cnt-nar.be/F1I.htm

91 *Protected Disclosures Act 1994* (Nueva Gales del Sur); *Whistleblowers Protection Act 1994* (Queensland); *Whistleblowers Protection Act 1993* (South Australia;).

92 Public Interest Disclosure Act 1998 disponible en línea: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/19980023.htm

No parece prestarse a controversia el hecho de que las declaraciones públicas de tipo calumnioso en perjuicio del empleador pueden ser sancionadas inclusive con el despido aún cuando hayan sido formuladas fuera del ámbito del trabajo, pues como lo recordó la Corte de Casación Francesa, la libertad de expresión fuera de la empresa se ejerce en toda su plenitud, *excepto cuando se abusa de ella*[93]. Algo más difícil es el tema de la libertad de expresión dentro de la empresa, lo que explica que algunos países como Francia hayan considerado protegerla mediante un texto legal, como la ley *Auroux* de 4 de agosto de 1982, que confiere una inmunidad a los asalariados por sus expresiones, formuladas el cuadro de sus reuniones, relativas a las condiciones de ejercidio del trabajo.

IV. Observaciones finales.

Cada época conlleva cambios y éstos traen consigo sus cuotas de promesas y de esperanzas, de riesgos y de angustias, de retos y de respuestas. El comienzo del siglo XXI no escapa a esta regla, y si nos dejamos llevar por el pesimismo podríamos tener bastantes razones para pensar que en materia de derecho del trabajo la cuota de riesgos y angustias es hoy mayor que la de promesas y esperanzas, y la cuota de retos es aún mayor que la de respuestas.

Sin embargo, con una visión que a mi juicio no es sólo más optimista sino también más ajustada a la realidad deberíamos también convenir que en este fin de siglo XX y comienzos del XXI el derecho del trabajo no ha conocido únicamente retrocesos. También ha tenido logros, pues ha ganado mayores espacios de libertad para los trabajadores, y pienso en primer lugar pero no únicamente en los avances de la libertad sindical en los antiguos países comunistas.

De la misma manera se han ampliados los temas de debate. Si las respuestas no son siempre claras ni en algunos casos tampoco eficaces, ya estamos cuando menos en presencia de pistas para tratar los problemas que plantea la descentralización productiva, como pueden ser el desenfoque de la relación de trabajo o la difuminación de los contornos de la empresa. A veces ya son más que pistas

También comienzan a abrirse algunas pistas interesantes para abordar las cuestiones de las relaciones entre el comercio y las normas del trabajo ¿Nos llevan esas pistas a las buenas respuestas? Pienso que aún es prematuro para saberlo.

---

93 Casación Social, fallo de 28 de abril 1988, Droit Social, 1988 p. 428.

Si en un terreno se han logrado progresos indiscutibles éste es el del reconocimiento de las libertades y derechos fundamentales en el ámbito del trabajo. En este punto.se deberá convenir que nos encontramos hoy ante una temática que se desarrolla a pasos acelerados. Si antes se asumía que la relación de trabajo conllevaba la alienación de la libertad del trabajador durante todo el tiempo en que se mantenía subordinado al empleador hoy debemos reconocer que la regla está cambiando, pues se considera que los derechos y libertades fundamentales son inalienables. El reto que aquí enfrenta el derecho del trabajo consiste en garantizar el respeto y ejercicio de los derechos y fundamentales de los trabjadores dentro del entorno jerarquizado de la empresa. Temas como la protección de la vida privada, el respeto por las convicciones religiosas de la persona, la libertad de expresión o la lucha contra todas las formas de discriminación en el ámbito del trabajo son hoy moneda corriente en el derecho laboral de muchos países, cuando antes se desconocía o apenas se sospechaba su enorme importancia para uno de los aspectos fundamentales de nuestra materia: el respeto de la dignidad del trabajador

Hace unos meses escuchaba una conferencia magistral del eminente jurista brasileño Wagner Giglio a quien se había pedido que expusiera su visión sobre el futuro del derecho del trabajo. Su mensaje se podía resumir en dos ideas: la primera, es que a la hora actual ese futuro es incierto y no puede pronosticar hacia donde irá. La segunda es que mientras existan los trabajadores deberá existir un derecho del trabajo.

Pocas dudas tenemos, como se acaba de ver, que los parámetros sociales, políticos, tecnológicos, económicos, organizacionales, etc en que se basó el derecho del trabajo en el siglo XX se encuentran hoy en profunda mutación. Sin embargo de ahí no se debería deducir que todas las soluciones que ofreció el derecho del trabajo a los problemas que encontró en el siglo XX han dejado de ser válidas en el siglo XXI. El trabajo dependiente sigue existiendo y la vulnerabilidad del trabajador, subordinado o no, sigue siendo una realidad y sigue creando una necesidad de protección por lo menos igual sino mayor que aquélla que se reconoció cuando se dio nacimiento al derecho del trabajo. A mi juicio la esencia de los problemas no ha cambiado, pero estos problemas se han vuelto más complejos. La cuestión no consiste tanto en saber si se debe desmantelar al derecho del trabajo, por considerarlo desfasado frente a los cambios que ha conocido el mundo, sino más bien en encontrar la manera de adaptarlo, o quizás con más propiedad, de revitalizarlo para que pueda seguir protegiendo a quienes tienen necesidad de su protección.

En otras palabras, frente a quienes argumentan que el derecho del trabajo es un concepto del siglo XX, pero anacrónico en el

siglo XXI la respuesta vendría a ser que el gran reto del derecho del trabajo es reformularse de cara al siglo XXI, precisamente para evitar que el mundo retorne a injusticias sociales que fueron propias del siglo XIX.

Ginebra, primero de julio 2005.

El género en las relaciones de trabajo en España

María José Nevado Fernández

Profesora titular de Derecho del Trabajo de la
Universidad de Salamanca (España)

Sumario:

I. El principio de igualdad y no discriminación por género.
II. Las acciones positivas: medidas a favor de la mujer.
i) La contratación
ii) La retribución
iii) La conciliación de la vida familiar y laboral
III. Bibliografía.

Resumen:

Para el caso que nos ocupa en tanto que sujetos de un contrato de trabajo, la igualdad ante la ley, que a la postre es la que determina que se proscriba la discriminación entre hombres y mujeres, nos lleva necesariamente a que ante la subordinación estructural de las mujeres no se puede permanecer inmóviles, siendo precisas políticas de igualdad que atiendan al grupo infravalorado, pues esa forma de diferenciación que se produce con la acción positiva no es sino la propia esencia de la igualdad.

Un hecho es que, todavía hoy se da preferencia por la contratación de trabajadores de sexo masculino, por lo oneroso que supone para el empresario el hecho de la maternidad y la asunción prioritaria por parte de las mujeres de las responsabilidades del cuidado de menores y mayores.

Las tasas de temporalidad son mayores en el sexo femenino, así como de la existencia de sistemas de clasificación profesional y de valoración de puestos de trabajo encubridoras de discriminaciones varias que tienen su sede en el sexo de los trabajadores, siendo también una realidad el hecho de que las mujeres reciben salarios inferiores a los de los hombres, y que, así las cosas, las acciones positivas tienen en este ámbito un papel importante que desempeñar, entendidas éstas, como las medidas que pueden y deben adoptarse para acabar con la situación histórica de inferioridad que asiste en materia de empleo y condiciones de trabajo a la trabajadora.

En nuestro caso, en tanto que trabajadores, la sociedad ha demostrado que el cambio va a ser lento, al legislador le compete *prima facie* adelantarse a dicha demora, sin perder de vista que a los sujetos negociadores, les corresponde especialmente remover cuantos cimientos hagan persistir la desigualdad social estructural en que se encuentra la mujer trabajadora.

Recibido: 12-04-2005 Aceptado: 21-06-2005

Abstract:

This case is about the equality before the law in a work contract, that in the end is what determines that the discrimination between men and women be outlawed, this necessarily takes us to the point that before the structural subordination of women we cannot remain still, being necessary equality policies that pay attention to the undervalued group, since that form of differentiation that is produced with the positive action is the own essence of equality.

A fact is that still today there is a preference about the hiring of male workers, because of the cost of maternity aspects and the female prioritizing assumption of the responsibility of taking care of minor children.

The rate of temporality is higher in females, in the same way the existence of professional classification systems and the valuation of the work positions, that hide various discriminations regarding the gender of the workers, it is a reality that women receive lower salary that men and that the positive action have in this scope an important role, that is to finish with the historic situation of inferiority in the matter of employment and working conditions for female workers. In our case, the society has proven that change is going to be slow, it is the legislator's task to go ahead of such delay, without loosing sight that it is on the negotiator's sides to remove all the foundations that helps inequality persist in the social structure where the working woman is.

Palabras claves/key words:

i. Principio de igualdad.
ii. No discriminación por sexo.
iii. Derechos de la mujer en el trabajo
iv. Las acciones positivas: medidas a favor de la mujer.

I. El principio de igualdad y no discriminación por género.

El sistema constitucional español cuenta con un compromiso de igualdad, *ex* arts. 1,1 y 9,2 [amén de la igualdad formal sobre la que reza el art. 14] que se ve en la actualidad concretado en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (en adelante TCUE), pues con la misma se legitima de modo claro la necesidad de remover las desigualdades, en todos los ámbitos, entre hombres y mujeres ["La igualdad entre hombres y mujeres debe garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución", art. II-83], una vez reconocido como valor identificador de los Estados Miembros la igualdad entre los mismos ["La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombre y mujeres", art. I-2][1].

La realidad no deja de mostrar empero cómo la mujer sigue estando en unas condiciones desiguales con respecto al hombre, tanto a la hora de ser contratada, como de prestar sus servicios [con todo lo que ello conlleva de cara no sólo a su retribución sino a su propio prestigio profesional cuando se la ubica en determinados puestos], como de ver terminada su relación laboral con más frecuencia que los trabajadores. Es por ello que entra en juego cuestionarse qué papel le corresponde jugar a un Derecho cuya razón de ser estuvo, precisamente, en la corrección de desigualdades, bien que entre las dos partes del contrato: empresario-trabajador.

La preocupación por estas cuestiones queda plasmada recientemente en el nuevo texto de la Unión [pendiente de aprobación] al comprometer a los Estados a apoyar la acción en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, art. III-210, así como en materia retributiva, art. III-214, con una consideración especial de la maternidad en aras de conciliar la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que no sólo de las mujeres ["Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental por motivo de nacimiento o de adopción de un niño, art. II-93]. Todo ello, además,

---

1 Oportuno es anotar, no obstante, que ya desde el Tratado de Ámsterdam y la sucesión de Directivas sobre la materia, así como la práctica del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, se ha ido contribuyendo al futuro de una Unión claramente comprometida con al igualdad de géneros.

con el telón de fondo de la también legitimación de las medidas de acción positiva sobre las que se pronuncia el art. III-214.4.

En este orden de cosas, obligado es ordenar algunos conceptos para evitar contaminaciones varias en el lenguaje jurídico, sobre todo porque en ocasiones nos encontramos con la esencia de la igualdad un tanto desfigurada. Así, la acción positiva, que no protectora[2], en la expresión traducida en Europa por lo que en Estados Unidos se conoció como la *affirmative action*, en el más genuino significado de política activa en un contexto de reacción social y de protesta en que tiene su origen el Derecho antidiscriminatorio, bien que basado en la discriminación racial, se revela por el momento como mecanismo corrector de las desigualdades imperantes.

La aparición del concepto se produce implícitamente en la Directiva del Consejo 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres por lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo[3], si bien no es hasta el Tratado de Ámsterdam cuando podamos en puridad afirmar que la acción positiva se consagra, al menos de forma menos confusa, una vez instadas las instituciones comunitarias a adoptar medidas a favor de las mujeres, y, sobre todo, una vez consagrado el principio de igualdad de oportunidades, que no sólo el de igualdad de trato. El porqué ello es determinante tiene su razón de ser en la esencia misma de la discriminación, que en las más de las veces quedaría ocultada cuando se presenta desde la óptica de la ruptura de la igualdad de trato que no de oportunidades. Precisamente, en la medida en que la citada Directiva lo presentaba en tales términos [mucho más clara fue la Recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de las mujeres, si bien carece de fuerza vinculante] es hoy ya oportuno depurar tales equívocos como paso previo a la consecución inmediata de una correcta construcción jurídica, en la que además se pueda evitar la carga ideológica en esta materia instalada.

---

2 Típico caso de la pensión de viudedad discutida en la STC 103/83, de 22 de noviembre, cuando se exigía a los viudos que querían cobrar la pensión estar a cargo de la mujer a la hora de la muerte, exigencia que no se tenía en cuenta cuando se trataba de las viudas, por su condición de amas de casa. En otro pronunciamiento del TC, Sentencia 128/87, de 16 de julio (conocida como caso Guarderías infantiles), vuelve a distinguirlas de las acciones positivas, a las que define como constitucionalmente deseables.

3 Hoy modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del consejo, de 23 de septiembre de 2002. No obstante, habría que matizar que con anterioridad a la Directiva en texto citada se contaba con la consagración del principio de igualdad de trato, bien que en normas referidas a aspectos más concretos; así la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. Igualmente, por lo que a la acción positiva, poner de manifiesto que lo que se hace en la nueva Directiva es remitir al Tratado de Ámsterdam, no llevando por tanto a cabo ninguna nueva formulación

Luego de lo explicado, se revela necesario insistir sobre conceptos tales como acción positiva o discriminación positiva, acción inversa o discriminación inversa, diferenciación o discriminación, toda vez que siendo éstos muchos, las situaciones que se describen son bien dispares. De entrada, referirse a discriminación y diferenciación conlleva pensar que en el primero de los casos se está ante una acepción negativa, por lo que es posible que se presente una *contradictio in terminis* cuando se adjetiva a la misma de positiva. Por el contrario, en aras de mantener el término, a veces se pone el acento en la igualdad de resultados, que no de oportunidades, siendo así que la discriminación positiva tendería a conseguir un resultado igualitario a través de las medidas que privilegian a determinados colectivos; esto es, para conseguir el beneficio pretendido se "puede" perjudicar a quien no está infrarrepresentado (actuaciones en el punto de llegada, más que en el de partida).

En todo caso, lo que no se cuestiona es que ante grupos con distintos status [ahí entraría de lleno el concepto discriminación] es necesario arbitrar medidas destinadas a eliminar las desigualdades [en donde tendría su razón de ser la acción positiva], operando el concepto de igualdad/desigualdad en sede de análisis de las estructuras sociales, motivo por el que la igualdad de trato *supra* indicada no es en puridad el correlativo de la acción positiva.

Además, la discriminación puede ser directa, cuando la conducta propiamente rompe con el sentido de igualdad [un buen ejemplo sería el vincular imperativamente la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de un hijo a la madre], o indirecta, cuando se rompe con la igualdad a través de las consecuencias de la medida, siendo ésta aparentemente neutra [típico es el caso del trabajo a tiempo parcial y la discriminación salarial]. De imaginar es que este tipo de conductas es la más frecuente y, lo que es más complicado, la más difícil de remediar.

Ahora bien, no son en exclusiva éstos los conceptos con lo que la doctrina científica se maneja, y con menos suerte los medios de comunicación, siendo así que para hacer referencia a demandas de individuos que no pertenecen al grupo a cuya igualdad se destina la acción positiva, como acción positiva ilegítima se ha llegado a catalogar, se refieren en concreto a la discriminación inversa (STC 269/94, de 3 de octubre, en donde el colectivo beneficiario eran los discapacitados),[4] de la que a su vez se predica el ser más efectiva y

4 Como especie del género –acción positiva- en GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 79. A propósito de todas estas formulaciones, BARRERE UNZUETA, Mª A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1997.

eficaz por adoptar la forma de cuota o trato preferente.

Revisados tales conceptos baste hacer una breve exégesis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, comenzando para ello con la polémica sentencia Kalanke (C-450/93, de 17 de octubre de 1995) en la que se plantea si la Directiva 76/207/CEE admitía en exclusiva la acción positiva del tipo remedio de situaciones de desventaja en el mercado de trabajo (a través de incidir en la formación y orientación profesional) o, por el contrario, daba cabida a la discriminación inversa[5] en la contratación y promoción. La Comisión, en una interpretación restrictiva, sostuvo que a través de la sentencia se excluía la posibilidad de preferencia absoluta de las candidatas mujeres (cuotas rígidas). Años mas tarde, y sobre la base siempre de una situación de infrarrepresentación de la mujer[6], la sentencia Marschall (C-409/95, de 11 de noviembre de 1997) no va sino a continuar con la línea de la anterior jurisprudencia, en el sentido de que sólo las medidas de acción positiva que no impongan una prioridad absoluta son compatibles con el Derecho, con el matiz de esclarecer el criterio de la "cláusula de apertura", es decir, de apreciar motivos o criterios que hagan inclinar la balanza hacia el candidato masculino. Dicho de otro modo, cláusula que decida la preferencia por razones en puridad distintas al sexo. Lo que ocurre, y ello es lo criticable, es que no se detiene, por ejemplo, en que predicar sobre las bondades del criterio "mérito" oculta el dato de que la objetivación es variable, pudiendo incluso plantear situaciones de discriminación indirecta contra las mujeres, por no decir de si con su doctrina el Tribunal está apostando también por otro momento de la relación laboral distinto al de la contratación [piénsese en un sistema de preferencia en determinados despidos colectivos].[7]

---

5 Acepción traducida en Europa por discriminación positiva. Su origen se encuentra en la jurisprudencia estadounidense (caso Bakke, 1978) cuando una normativa universitaria prevé la reserva de plazas para minorías con puntuación inferior al resto de alumnos no perteneciente al grupo minoritario. Bakke es un estudiante blanco, que rechazado y con mayor puntuación, se siente víctima de discriminación.

6 Criticable es que ninguna de las sentencias se detenga en la necesidad de acciones positivas que incidan directamente en la igualdad inicial de oportunidades (piénsese en el reparto de cargas familiares, ello determina que aunque dos candidatos tengan la misma capacitación, siendo de sexos opuestos, no significa que tengan igualdad de oportunidades); sobre el particular, MARTÍN VIDA, Mª A., "Medidas de trato preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la Sentencia Marschall", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1998, núm. 53, pág. 327. Para el examen del concepto de ación positiva emanada de los pronunciamientos Kalanke y Marschall, por todos, BARNARD, S., "The principle of equality in the community context: P., Grant, Kalanke and Marschall: tour unesy bedfellows", *Cambridge Law Journal*, 57(2), July (1998), pp.352-73.

7 Incluso, podría ser discutida la propia cláusula, en tanto no está definida ni doctrinal ni jurisprudencialmente, *vid*., GARCÍA AÑÓN, José, "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo", en htpp://www.uv.es/~afd/CEFD/2/garcia.html. Poniendo el acento en que la utilización de conceptos tan abstractos puede poner en duda la propia acción positiva, SASTRE IBARRECHE, R., "La acción positiva de las mujeres en el Derecho Comunitario", *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, 2004, núm. 6,

Otras sentencias recogerán los argumentos anteriores, bien que llegando a una interpretación bastante avanzada del mérito en el ámbito laboral (casos Badeck, C-158/97, de 28 de marzo de 2000 y Abrahamsson, C-407/98, de 6 de julio de 2000). Y, finalmente, no discutiendo un modelo concreto de acceso al empleo, sino de trato preferente hacia mujeres en orden a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, el caso Lommers, de gran similitud con la STC 128/87[8]. No obstante, la jurisprudencia del TJCE adolece de una innecesaria rigidez en materia de acciones positivas, quizá por no haber sido capaz de modificar los términos del primero de sus dictámenes equivocados[9].

Varios son desde el Tribunal Constitucional español los pronunciamientos a la hora de abordar la acción positiva (128/87, de 16 de julio, 19/89, de 30 de enero, 28/92, de 9 de marzo, 3/93, de 14 de enero, 269/94, de 3 de octubre), aunque bien es cierto que en ocasiones se puede observar una confusión entre la que verdaderamente es instrumento para el logro de la igualdad, acción positiva, y la que lleva a una solución no siempre igualitaria, acción protectora (STC 28/1992, al abordar el plus de transporte nocturno sólo para las mujeres)[10].

En suma, la igualdad ante la ley, que a la postre es la que determina que se proscriba la discriminación entre hombres y mujeres, para el caso que nos ocupa en tanto que sujetos de un contrato de trabajo, nos lleva necesariamente a que ante la subordinación estructural de las mujeres no se puede permanecer inmóviles[11], siendo precisas políticas de igualdad que atiendan al grupo infravalorado, pues a la postre esa forma de diferenciación que se produce con la acción positiva no es sino la propia esencia de la igualdad. Y precisamente es en relación con ello, que se hace precisa la voluntad política del Estado, con la implicación de los agentes sociales para

---

8 Por todos, MANGAS MARTÍN, A. "Jurisprudencia europea en materia de no discriminación por razón de sexo: discriminaciones directas", en AA.VV, *La igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Ámsterdam*, MTAS, Madrid, 2001.

9 Esclarecedor, a propósito de la falta de acierto del TJCE, RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. *"Discriminación, igualdad de trato y acción positiva*, pp.109-10, en AA. VV., *La igualdad de Trato en el Derecho Social Comunitario*, Aranzadi, Madrid, 1997

10 Poco tiempo después, decía rotundamente el TC, a propósito del trabajo en las minas que "La prohibición de no discriminación por razón de sexo exige eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieron a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar un división sexista de los trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo", STC 229/1992, de 14 de diciembre.

11 Subordinación que dificulta el concepto de igualdad, concepto éste que se pliega incluso cuando en la propia legitimación del Derecho moderno se excluye a las mujeres; por todos, PATEMAN, C, *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995.

promover cuantas medidas sean necesarias en esta tarea, teniendo especialmente en cuenta que las relaciones de género operan en particular en las trabajo, siendo hoy el día en que el acceso al mismo, la remuneración, la asignación de tipos de trabajo [incluso entre la esfera pública y privada], o las posibilidades de promoción así como la resolución del contrato, sigue haciendo evidente que el género opera tanto en la esfera de la producción como en la de la reproducción[12].

Igualmente importante se revela que las medidas de acción positiva se desarrollan en sede del derecho de igualdad en la vertiente derecho de los sujetos laborales [en este caso de la mujer trabajadora], esto es, de la igualdad en el trato dado por la ley, tanto en la actuación normativa del Estado como de la autonomía colectiva, como en la de la trabajadora a no ser discriminada por su empresario en el seno del contrato que les une[13]. De tal modo esto es así que en el punto de mira se sitúa ahora a quién compete poner en práctica las medidas a que nos referimos, pues si bien los Poderes Públicos se presentan como los actores principales para ello (al recoger *v. gr.* una bonificación del 60% de las cuotas empresariales cuando se contrate a mujeres desempleadas deficientemente representadas según sectores, o en más novedosa regulación, por Ley 53/2002, de 30 de diciembre, cuando se establece la bonificación en la cotización por contingencias comunes, como aminoración de los costes empresariales, cuando la trabajadora haya sido reincorporada efectivamente en los dos años siguientes al parto, tras la suspensión del contrato por maternidad o por excedencia de cuidado de hijos), no parecen los únicos, toda vez que en esta tarea los compromisos para llevar a cabo dichas políticas, aunque se trate de Acuerdos adoptados por la Administración del tipo declaración de principios, han de ser muy tenidos en cuenta para la consecución de una correcta cultura de igualdad.

En este orden de cosas, el papel que cumple en la génesis del género la negociación colectiva es de una importancia extraordinaria, habida cuenta de la reproducción de elementos normativos que han venido implicando discriminación, o lo que es lo mismo, por no haber hecho uso de los elementos normativos que resultaran favorables al respecto. Plausible es, no obstante, que en los últimos años se haya hecho un esfuerzo por fijar cláusulas declarativas de no discriminación, encontrándose incluso algunos ejemplos de establecimiento de

---

12 Un análisis exhaustivo sobre el particular en V. BEECHEY; "Género y trabajo. Replanteamiento de la definición de trabajo", en AA. VV., *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*, Icaria: Fuhem, D. L., Barcelona, 1994, pp. 427-447.

13 Como derechos subjetivos a la igualdad, público y privado, en M.C. PALOMEQUE LOPEZ y M. ALVAREZ DE LA ROSA; *Derecho del Trabajo*, Ed. CERA, Madrid, 12ª ed. 2004, p. 106.

comisiones de igualdad para llevar a cabo el seguimiento de la declaración de intenciones antes referida, si bien otros convenios asignan el encargo a los representantes de los trabajadores o, sin reflejarlo, son las secciones sindicales quienes actúan en esta dirección.

Asimismo se formulan cláusulas sobre criterios de preferencia, tanto en el ingreso como en la permanencia en la empresa, tomando a su vez en consideración cuestiones tales como la promoción y formación, aunque puede en ocasiones darse la paradoja de que lo que se presenta como acción positiva se convierte justamente en lo contrario [típico es el caso de dar preferencia a la utilización de modalidades contractuales estables para quienes estén vinculados con carácter interino, eventual o a tiempo parcial, pues esta regla olvida que para la mujer la continuidad en el mundo del trabajo se presenta más complicada]. Cuando el trabajo a tiempo parcial es una opción personal deben arbitrarse todas cuantas medidas sean necesarias para conseguir conciliar la vida laboral y familiar, pero la realidad no puede ser ocultada, y ésta no es otra que la vinculación involuntaria de la mujer con sectores estructurados por el trabajo a tiempo parcial. Con todo, el punto álgido en la llamada a la negociación colectiva se sitúa en el olvido de las buenas prácticas cuando nos encontramos ante la necesidad de revisar la clasificación profesional dada, toda vez que los puestos ocupados por mujeres son estadísticamente de inferior categoría y, ello es así, no sólo por el coste económico que supondría la revalorización, sino por la más preocupante dificultad de llevar a cabo cambios culturales en profundidad

II. Las acciones positivas: medidas a favor de la mujer.

A través de formulaciones del tipo “medidas singulares a favor de la mujer” se ha referido el Tribunal Constitucional (STC 28/1992) a las medidas que pueden y deben adoptarse para acabar con la situación histórica de inferioridad que asiste en materia de empleo y condiciones de trabajo a la trabajadora.

Una primera discusión a este respecto ha girado en torno a las soluciones normativas que en forma de acción positiva habrían de contribuir a corregir tal desigualdad, y es en este sentido que se revela pieza estelar el convenio colectivo, cuerpo normativo en cuyos genes están presentes las diferenciadas regulaciones de las condiciones de trabajo, en razón por ejemplo del ámbito territorial y funcional. Piénsese a este respecto que no son sin más contrarias al derecho de igualdad las diferencias salariales en función de la fecha de contratación, lo que se conoce como la doble escala salarial, cuando exista una causa o justificación de carácter objetivo [del tipo compromiso

empresarial de realizar nuevas inversiones, STS 10-2-1995].

Para alcanzar resultados de futuro quizá el primer paso sea el de utilizar un lenguaje adecuado, en el sentido no tanto de reflejar las reglas que estructuran a la sociedad, que es lo pretendido, sino más bien en el de crear un caldo de cultivo propiciador de un sistema cultural diferente. A este respecto, llama la atención, desde luego que lo haga el Estatuto de los Trabajadores, pero en mayor medida que sean los convenios colectivos quienes sigan refiriéndose por ejemplo en la concesión de la reducción de jornada por lactancia a las mujeres trabajadoras, como si el legislador tuviera que posicionarse en qué tipo de lactancia es la que se le va a dar al menor. Piénsese a este respecto que menos grave resultan las referencias al trabajador en sentido neutro, como referencia indistinta a personas sean hombres o mujeres [adviértase que a ello se dedica toda una operación lingüística en los últimos tiempos], mientras que cuando se especifica a la mujer trabajadora como titular de un determinado derecho todo indica que se está ante una medida para el caso indicado protectora e indirectamente discriminatoria, o ante medidas claramente discriminatorias [tal sería el caso de clasificar los puestos de forma que los de menor categoría tuvieran un sexo, el femenino].

i) La contratación

Dos serían las cuestiones de mayor interés al respecto, superada desde luego la anterior exclusión de la mujer del acceso a determinados trabajos por razón de esfuerzo físico (STC 229/1992); una primera, si se contrata igualmente a hombres y mujeres, y una segunda, a propósito de la tipología contractual, si estas figuras también se utilizan por igual.

Un hecho es que todavía hoy se da preferencia a la hora de contratar a trabajadores de sexo masculino, por lo más oneroso que supone para el empresario el hecho de la maternidad y la asunción prioritaria por parte de las mujeres de las responsabilidades del cuidado de menores y mayores. Ambas, me gustaría poner ya de manifiesto, son circunstancias de carácter no biológico, piénsese que no he dicho embarazo sino maternidad, y ésta tiene un carácter más marcado a efectos de suspensión del contrato después del embarazo que durante el mismo; quiero decir, que más allá de ser más proclive, la mujer se entiende, a causar baja durante dicho período, el problema de la inejecución del contrato no tendría porqué ser una cuestión de sexos si culturalmente la mujer no encarnase el más tradicional de los roles de ser la “perfecta cuidadora”. Es cierto, por tanto, que es más oneroso para el empresario la doble carga de no disponer de los servicios de la trabajadora que ha dado a luz, y de tener que cotizar a la Seguridad Social por la misma durante la suspensión, pero a este respecto las

medidas que pueden adoptarse son dobles, por una parte, avanzar en la supresión de la cotización empresarial haciendo que el coste lo asuma la sociedad en su conjunto, así como desarrollar una red de servicios, que pública, apoyase al cuidado de quienes necesitan de un tercero para satisfacer las necesidades más básicas [éstas seguirían, a buen seguro, imputando la titularidad del "derecho" al cuidado a la mujer], y por otra, y aquí hay que incidir especialmente, favorecer el cambio cultural y educacional necesario para que desde el Derecho [a quien le competa en otro ámbito le es igualmente exigible] se produzca un salto estadístico que revele que los mecanismos que jurídicamente están a disposición de los trabajadores para hacer efectiva la conciliación de la vida laboral y familiar, son ejercidos indistintamente por trabajadores de uno y otro sexo, siendo en esa tarea la negociación colectiva, valga reiterar, quien tiene un cometido importante que cumplir. La clave pasa por combinar las políticas públicas, todas cuantas sean necesarias [en ámbitos de la seguridad social, de la fiscalidad, etc.], pero que solas son incapaces de facilitar ese cambio pretendido [como son incapaces de crear empleo, ni por ende de facilitar el acceso de la mujer al mercado de trabajo], con los mecanismos más cercanos para que el cambio social en orden a la corresponsabilidad familiar sea posible.

En este orden de cosas, pocas son las buenas prácticas utilizadas por los convenios colectivos vinculadas al ingreso y contratación de mujeres, además, en las pocas ocasiones en que se hace, se da la paradoja de valorar la menor representación del sexo sin tener en cuenta la necesidad de fomento de empleo en el femenino, esto es, que antes de atacar la segregación ocupacional se hace necesaria la aproximación en las proporciones de desempleo.

Es preciso, incidiendo en la preocupación por el cambio de roles, llamar la atención sobre la particular y sin duda criticable manera de introducir cláusulas de fomento del empleo de mujeres, cuando por ejemplo se desarrollan fórmulas del tipo: "en caso de baja por maternidad, la sustitución se hará por otra mujer", cuando de lo que se trataría es de que justamente se fomente la asunción del permiso por parte de los hombres, o cuando en sede de selección de personal se llegue a limitar para determinadas categorías [justamente las de menor confianza o responsabilidad] la aplicación de los criterios de selección que pasen por principios de mérito, capacidad, objetividad, que por difusos que se presenten siempre tendrán su valor [el paso siguiente será el de hacer más determinados y concretos dichos criterios evaluadores].

Por lo que se refiere a la tipología contractual, es sabido que los empleos a tiempo parcial y temporales son los más frecuentados por el sexo femenino, y ello no precisamente, o no en todos los casos, por una opción voluntaria, sino como mal menor frente a la amenaza

del desempleo. Siendo esto así se presentan las cuestiones de género en la regulación de este tipo de contratos como materia casi prioritaria para la negociación, toda vez que la directa relación entre el cuidado de hijos y familiares con la utilización de estos contratos hace que se confundan políticas activas de empleo para mujeres con las mal llamadas de conciliación de la vida familiar y laboral. Los convenios colectivos debieran por ejemplo prever como preferente en la conversión de un contrato temporal a fijo tanto la antigüedad total en la empresa como el nivel de temporalidad que afecta a las mujeres, o si del parcial en concreto se trata, la preferencia en la conversión de tiempo parcial a completo, pues también de advertir es que un contrato de esta naturaleza determina por lo general un descenso importante en las posibilidades de promoción[14].

ii) La retribución

Derivado de la anterior, esto es, de que las tasas de temporalidad son mayores en el sexo femenino, así como de la existencia de sistemas de clasificación profesional y de valoración de puestos de trabajo encubridoras de discriminaciones varias que tienen su sede en el sexo de los trabajadores, es también una realidad el hecho de que las mujeres reciben salarios inferiores a los de los hombres, y que, así las cosas, las acciones positivas tienen en este ámbito un papel importante que desempeñar.

Valga recordar al respecto, que el primer reconocimiento del principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres en el Derecho comunitario se produce por razones estrictamente económicas, esto es, con la idea de evitar la competencia desleal que venía a suponer la contratación de mujeres con salarios inferiores a los de los hombres para la misma actividad, produciéndose, así las cosas, una evidente distorsión en el mercado [dumping social]. Sin embargo, a pesar de su expresa regulación y carácter vinculante, los Estados miembros no pusieron el empeño necesario para la aplicación del mismo, siendo así que no es hasta 1976 cuando en la sentencia conocida como Defrenne se estime que el Art. 119 TCEE (hoy 141 TCE) es una norma de efecto directo, exigible por los individuos que se encuentren bajo su ámbito subjetivo de aplicación, poniéndose a su vez de manifiesto

14 Es paradigmático el ejemplo de los Países Bajos, cuyos gobiernos han promovido especialmente el trabajo a tiempo parcial, contando con una regulación normativa de las más avanzada ya en la década de los 90, pero donde la segregación sexual de este tipo de trabajo es una evidencia en contraste incluso con el resto de los países de la Unión Europea, en los que no se llega ni a la mitad del porcentaje del 71% de trabajo femenino a tiempo parcial allí existente. Se está también en este caso ante un claro ejemplo de reparto no equitativo de las responsabilidades familiares, siendo las mujeres las que optan por compatibilizar trabajo y familia, con la consiguiente merma en su renta o en sus oportunidades de promoción profesional.

que se está ante un principio general del derecho comunitario.

Dicho esto, y en sede ya del ordenamiento jurídico español, sirva en primer término la insistencia en que nunca son pocos los esfuerzos por eliminar del lenguaje convencional las referencias al sexo para formular categorías profesionales, aunque la cuestión más controvertida en la remoción de cuantos obstáculos dificulten la debida igualdad salarial no está preferentemente en este fenómeno. Sirva recordar a este respecto el caso resuelto en STC 58/1994, sobre mayor complemento de trabajo a ciertas categorías de trabajadores, justamente las ocupadas mayoritariamente por hombres, en donde nuestro Tribunal Constitucional se maneja con la doctrina emanada del Tribunal de Luxemburgo sobre que el principio de no discriminación se aplica tanto a los trabajos de igual valor como a los trabajos iguales[15], para concluir con que la diferenciación de categorías no puede ocultar una infravaloración de los trabajos de igual valor desarrollados por mujeres. No obstante, y a pesar de importantes sentencias en esta materia, el actual art. 28 del Estatuto de los Trabajadores podría, lejos ya la reforma operada en 1994 por la que se incorpora la obligación del pago de igual salario por el mismo trabajo, y vigente la modificación operada por Ley 33/2002, de 5 de julio, mediante la que se reconoce el principio de igualdad de remuneración tanto para retribuciones salariales como no salariales, haber concretado los criterios a tener en cuenta parar llevar a cabo la valoración de los trabajos, ya que lo que complica el juicio del juzgador no es el hecho de encontrarse con retribuciones diferentes para trabajos iguales, sino con éstas diferentes ante trabajos también diferentes pero de igual valor. Al menos, debiera reconocer la exigencia de los recursos a criterios neutros de valoración, toda vez que cuando son tomados en consideración a efectos salariales rasgos inherentes más a un sexo que a otro también se está incurriendo en la prohibición discriminatoria, si bien, en nuestra práctica judicial ya es un hecho que de ser impugnado un sistema salarial y al juzgador le resultara poco transparente, se modificará, a tenor de lo dispuesto en el art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral, la carga de la prueba, siendo así

---

15 Como casos tipo respecto de la necesidad de utilizar criterios no discriminatorios en la valoración de los puestos de trabajo, por todas, sentencia Rummler (C-237/85, de 1 de julio de 1986) y Danfoss (C-109/8, de 17 de octubre de 1989), de los que se deriva, entre otros, que el empresario no debe justificar especialmente la aplicación de criterios como la antigüedad, o que la no adopción de criterios correspondientes a puestos femeninos (velocidad o precisión, *v. gr*.) puede ser tendencialmente discriminatorio. Por su parte, a propósito del trabajo de igual valor, sirva anotar siquiera el Asunto Royal Conpehagen, (C-400/93, de 31 de mayo de 1995) , en donde se señala que la igualdad de retribuciones ha de ser asegurada tanto en un sistema de salario a tiempo, como en aquél otro que tome en consideración el rendimiento obtenido por cada trabajador o trabajadora. Insiste el Tribunal en que la simple constatación de diferencias retributivas en la media de un grupo de trabajadores hombres, en relación con otro de mujeres con trabajos de igual valor, no debe entenderse discriminatoria, si bien, cuando el empresario aplique un criterio de evaluación que no justifique la diferencia, debe recaer sobre éste la carga de la prueba de ausencia de discriminación.

que el empresario tendrá que probar la razonabilidad del criterio aplicado. Ahora bien, esta doctrina mantenida por nuestro TC, que tuvo su origen en el control de los actos del empresario, se presenta más complicada cuando es la propia regulación convencional la que incurre en esta responsabilidad.

A partir de lo anterior, la reflexión principal nos lleva a la necesidad de que los convenios colectivos abran cuantos procesos de reclasificación sean necesarios para incorporar la perspectiva de género, sin olvidar, en la tarea de determinar los factores para el encuadramiento profesional, no sólo la prohibición de discriminación en la valoración de los puestos de trabajo, sino la necesidad de incorporar las medidas que de acción positiva hagan posible que si el modelo de empleabilidad está basado en la dedicación plena y disponibilidad en iguales términos [con la consiguiente traducción en la determinación por ejemplo de complementos salariales], éste no tenga un patrón preferentemente masculino.

Pero además, no son estas las únicas situaciones en que la igualdad retributiva puede verse afectada, por lo común de forma indirecta, sino que más allá de la situación descrita, se producen vicisitudes a lo largo de la vida del contrato que pueden generar una minoración en conceptos retributivos que ponen en entredicho nuevamente el principio de igualdad aquí estudiado, motivo por el que el concepto de retribución manejado ha de ser ampliado en los términos fijados por el TJCEE[16], siendo de este modo que las indemnizaciones como consecuencia del despido o, por ejemplificar, los pagos con cargo a Planes de pensiones de empresa quedarían integrados en el concepto. Incluso, pensando en algunos de los permisos acordes con la conciliación de la vida laboral y familiar [piénsese aquél que para la lactancia hace posicionarse al propio legislador sobre que ésta sea natural, como si a él le competiera] lo normal es que se perciban las mismas cantidades que si se estuviera trabajando, pero, sin embargo, será la negociación colectiva quien llene de contenido la enumeración de los conceptos salariales a percibir, no siendo extraño que se excluyan algunos emolumentos. Así, mientras éste sea típicamente femenino, los efectos del disfrute debieran ser revisados, si bien, lo correcto es desde luego hacer de éste un permiso para conciliar la vida familiar y laboral de los sujetos trabajadores, que no de las trabajadoras, a salvo, son las únicas excepciones, que la lactancia sea natural, o que, siendo artificial, quien tenga el derecho originario, la mujer trabajadora, decida ser la beneficiaria del mismo.

Igualmente de interés se presenta la repercusión que la suspensión del contrato tiene sobre la retribución, habida cuenta de

16 Por todas, Brunnhofer, asunto C-381/99, de 26 de junio de 2001(aclaratoria de concepto de retribución).

que incluso un tiempo de tal interrupción es imputable a la madre; ¿acaso queda claro cual es el cómputo de estos períodos a efectos de ascensos, de consolidación de nivel retributivo, o de tiempo de servicios prestados? De advertir es que el Estatuto de los Trabajadores no se refiere en ningún momento a la determinación del tiempo de prestación de servicios durante la suspensión por esta causa, motivo por el que se puede incurrir en una suerte de discriminación indirecta por ser la trabajadora quien en la mayor parte de las ocasiones frecuenta este tipo de descansos[17].

iii) La conciliación de la vida laboral y familiar

He aquí el núcleo más duro a propósito de la reflexión que se presenta sobre las cuestiones de género en las relaciones de trabajo. A través del título vamos a tratar de dar respuesta a la configuración legal y utilización de figuras tales como la suspensión, excedencias o permisos que por razones familiares [entendiendo las de cuidados de menores, mayores o familiares necesitados de protección por parte de la familia], tomando en especial consideración la imputación de responsabilidades que hace la sociedad en su conjunto a la mujer, trabajadora o no, para llevar a cabo tal tipo de tareas, de tal forma que cuando ésta sea trabajadora, la conciliación estará en ella especialmente pensada y la igualdad de oportunidades laborales, así las cosas, especialmente mermada[18].

Comenzando por los permisos, y sin ánimo de ser exhaustivos, valga al menos llevar a cabo las siguientes consideraciones desde la perspectiva de género:

> Art. 37, 4 LET: "Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrá dividirse en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en el caso de que ambos trabajen".
>
> Art. 37, 3 f) LET: El trabajador, previo aviso y justificación, podrá

17 Extensamente, MARTINEZ MORENO, C. "Suspensión del contrato por maternidad y riesgo durante el embarazo", en AA.VV., *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares, Estudios de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)*, CES, Madrid, 2004, pp. 248-253.

18 Los índices de empleo de las mujeres entre los 20 y 44 años, según el Anexo de La comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones *Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2000-2005),* son reveladores de quien se ocupa efectivamente de los hijos, en COM (2000) 335 final. Por lo que al cuidado de mayores, apuntando en la misma dirección, por todos, CASADO MARÍN y LÓPEZ I CASASNOVAS, *Vejez, dependencia y cuidados de larga duración. Situación actual y perspectivas de futuro*, Colección Estudios Sociales, Fundación La Caixa, 2001, núm. 6, pp. 123-126.

> ausentarse del trabajo (…) "Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo"

Primera: hablar de las trabajadoras como titulares del derecho a ausentarse del trabajo para lactar al menor supone, amén de un posicionamiento del legislador que no debe producirse por la que se lleve a cabo de forma natural, estar ante una medida protectora potencialmente perjudicial, al menos mientras la retribución de este tipo de permisos sea asumida por el empresario, que no por la sociedad a través de una prestación de Seguridad Social.

Segunda: resulta cuando menos paradójico que sólo sea posible su concesión al padre cuando ambos trabajen, pero no así cuando es la mujer quien lo solicita.

Tercera: no sería, por el contrario, una medida protectora [en el sentido de contraposición a las positivas, por cuanto que puedan ser discriminatorias] la consideración de la misma a los efectos de suspenderse el contrato por riesgo durante el embarazo, y, para el caso, el legislador no hace mención alguna.

Cuarta: no parece que los permisos relativos a la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, incorporados ya al Estatuto de los Trabajadores, hayan de tener otro titular que la trabajadora, si bien en el art. 37, 3 LET parece dejarse abierta la posibilidad a que sea también el trabajador quien disponga del derecho [sólo dice el precepto que serán por tiempo indispensable y dentro de la jornada, sin especificar titular]. Desde luego, en tanto que al primero de los mencionados, los exámenes prenatales, tienen como único titular a la trabajadora embarazada, en el segundo vienen a ampliarse por los convenios colectivos al trabajador, apelando a que caso contrario se produce un efecto disuasorio en la contratación de las mujeres. Pues bien, a propósito de este tipo de cuestiones, me parece que el legislador laboral cumple sobradamente con el propósito de cuidar la situación de embarazo mediante dos derechos de contenido diferente y disfrute no coincidente, siendo las cuestiones de acompañamiento resueltas a través de los permisos convencionales, que de haberse fijado, como el de acompañamiento a familiar a consulta médica, tendrá el alcance que los negociadores hayan querido darle[19].

Continuando en este momento por la causa de suspensión

19 Lo que sería no sólo criticable sino seguramente de dudosa legalidad, es que el convenio limitara para los permisos en general del número 3 del art. 37 LET los términos en el mismo fijados, pues el único límite posible, y desde luego no para el que nos ocupa, es el que tenga su causa en necesidades organizativas de la empresa.

del contrato de trabajo que tiene su razón de ser en el nacimiento o adopción de un hijo, habría que comenzar desde luego por la denominación que le da el legislador, la maternidad, que no se ajusta con el contenido que llena el derecho/deber contemplado en el precepto que lo sanciona. Dice el art. 45, 1, d) LET que la maternidad, el riesgo durante el embarazo y la adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente de menores de seis años, son causa de suspensión del contrato, para configurar el art. 48, 4 LET el siguiente régimen jurídico en caso de parto:

-seis semanas de obligado descanso para la madre tras el parto, a salvo del fallecimiento de la misma, en que serían disponibles por el padre.

-diez semanas ininterrumpidas, tras las seis anteriores, para que indistintamente sea satisfecho el cuidado del menor, de forma sucesiva o simultánea, exigiendo siempre que tanto el padre como la madre trabajen, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación de la madre suponga un riesgo para su salud.

Así sancionado, varias son las cuestiones que habría que plantear y que sucintamente indico: ¿realmente se cumple con la corresponsabilidad en el cuidado del menor haciendo posible la simultaneidad en los períodos de descanso?, ¿porqué ha de presumirse que efectivamente se cumple con el cuidado del menor por la madre cuando ésta no trabaja?, ¿cómo puede negarse la utilización por parte del padre ante la imposibilidad de incorporación de la madre por motivos de salud?, por no decir, finalmente, y teniendo en mente que en todas estas políticas el descenso de los índices de natalidad también es una variable tenida en cuenta por nuestro legislador, de la duda que se presenta cuando la edad en que la mujer tiene su primer hijo se ha visto ampliada hasta el punto de que pudiera plantearse la situación siguiente: no contar con tiempo cotizado suficiente para tener derecho a la prestación y el imperativo de plazo irrenunciable para ésta de seis semanas, que en tanto recuperación física de la misma haría surgir otra duda, la de si no debiera ser reconducida a la incapacidad temporal [o a situación similar a la del riesgo durante el embarazo] por el tiempo necesario para satisfacer ese concreto interés jurídico, siendo el del cuidado del menor protegible indistintamente por cualquiera de los progenitores[20]. Queriendo en este mismo orden de cosas pensar que cuando el legislador se refiere a que el padre "podrá hacer uso" de las semanas irrenunciables para la madre en caso de fallecimiento de ésta, no

20 A lo más acudiremos al art. 4, 1, *in fine*, RD 1251/2001, "en caso de parto, si la madre trabajadora no reúne el periodo mínimo de cotización requerido, el padre, a opción de la madre, podrá percibir el subsidio durante la totalidad del permiso de descanso que corresponda, descontando un periodo de seis semanas, siempre que aquél acredite el mencionado requisito".

está sino manteniendo, bien que de forma un tanto peculiar, los términos de la misma obligatoriedad que mantuvo para la mujer caso de no fallecer ésta.

Quizá es este el momento, en la vía de conseguir esa corresponsabilidad paritaria entre hombres y mujeres en el cuidado de intereses jurídicos que ambos han de satisfacer, de aceptar finalmente que la sociedad quiere dilatar el cambio cultural en el tiempo, por cuanto el legislador ha de adelantarse al mismo con todo su empeño, a menos que la realidad se encargue de demostrar que tanto las interrupciones en la prestación de trabajo como las demoras e incorporaciones parciales en un sistema marcado por la competitividad no son factores de exclusión y desempleo.

Bien es cierto que los últimos pronunciamientos del TJCE dan muestra de "nuevos aires" al respecto; así, se plantea la posible vulneración del derecho a vacaciones cuando es coincidente con el permiso por maternidad [Sentencia de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, C-342/01]. Desde la misma, a buen seguro, la postura interpretativa que considera éste un hecho fortuito que no debe afectar al empresario, máxime fijado el plan de vacaciones con anterioridad, se abrirán las puertas al criterio de acomodación de la fecha de disfrute de las vacaciones cuando sea coincidente con el descanso maternal, aunque, todo hay que decirlo, plausible se presentan en España las medidas ya reguladas en algunos convenios colectivos a propósito de tal coincidencia [*v. gr.* Cc de Milupa 2002, Cc Estatal para los Centros de enseñanza de peluquería y estética, de enseñanza musical y de artes aplicadas y oficios artísticos 2002], por más que se presenten problemas añadidos a la fijación de esta suerte de medidas, del tipo de si la negociación colectiva puede disponer de la regla de derecho necesario por la que las vacaciones serán disfrutadas en el año natural en que se produce su devengo [ello para el caso que el aplazamiento de las vacaciones superen el límite temporal del año]. Con todo, desde luego, se observa que no es éste de los países menos preocupados por conciliar en los términos deseables, pues aún son muchos los que en la Unión Europea cuentan por ejemplo con un descanso remunerado sólo en una cuota parte, o que no dan posibilidad de disfrute al padre[21] .

El plano de las excedencias por motivos familiares se presenta también como frente de especial importancia para la mujer, pues siendo éste un supuesto previsto con alguna novedad en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para Conciliar la Vida Laboral y Familiar, no deja de

21 Destacable positivamente se presenta el caso del descanso parental a tiempo completo o parcial presente en Alemania desde el de "maternidad", por un tiempo de 3 años hasta los 8 del niño, con una prestación variable en función de la renta. O, como contraposición a los 10 meses previos de cotización requeridos en Francia, la inexistencia de requisito alguno para ser beneficiaria, como ocurre en los Países Bajos.

estar pensado para que sea ella quien concilie ambas situaciones, al menos después de manejar los datos estadísticos que revelan quién soporta el cuidado de mayores y familiares, pues por lo que a la Exposición de Motivos de la Ley parece deducirse que emerge su actual consagración del propio ámbito de igualdad de oportunidades, al precisar que se pretende "un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la vida privada". Podría en este sentido ser la negociación colectiva quien reconociera fórmulas de fomento del empleo, por ejemplo para la sustitución de trabajadores en disfrute de un derecho de esta naturaleza, sin renunciar por ello a la mejora de los términos del Estatuto por aumento del tiempo de excedencia o del período de reserva del puesto de trabajo. Sin embargo, la realidad no deja de ser preocupante, pues de la lectura de algunos convenios no se advierte, como era de esperar, una mejora de las previsiones del Estatuto, ¿acaso pueden fijarse excedencias por maternidad? Siempre queda pensar que lo que quisieron los sujetos negociadores no fue limitar la titularidad del derecho, pero está claro que ante redacciones de este tipo es más deseable que se produzcan remisiones al artículo que en cuestión regule la materia en la Ley de referencia.

Para finalizar, retomando la premisa de partida, esto es, que la Constitución Española recoge de forma expresa la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva ["Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra han de ser reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social", art. 9, 2 CE], valga poner de manifiesto que la batería de medidas que se adoptan al respecto, con bloques temáticos diferentes [del tipo de las recientemente aprobadas por ORDEN PRE/525/2005, de 7 de marzo, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre hombre y mujeres], amén de tener una digamos buena prensa y acogida, no puede quedar en una simple declaración de intenciones, pues no es de ocultar que la igualdad social entre sexos no es aún una realidad, y lo que prima, *para no hacer de los esfuerzos normativos un persistente fracaso*, es remover cuantos obstáculos se encuentren en el cambio cultural de reparto de roles y funciones entre hombres y mujeres, en nuestro caso en tanto que trabajadores, de forma que si, como es el caso, la sociedad ha demostrado que el cambio va a ser lento, al legislador le compete *prima facie* adelantarse a dicha demora, sin perder de vista que a los sujetos negociadores les corresponde especialmente remover cuantos cimientos hagan persistir la desigualdad social estructural en que se encuentra la mujer trabajadora.

III. Bibliografía.

BARNARD, S., *The principle of equality in the community context: P., Grant, Kalanke and Marschall: tour unesy bedfellows*, *Cambridge Law Journal*, 57(2), July (1998).

BARRERE UNZUETA, Mª A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1997.

BEECHEY, V.; *Género y trabajo. Replanteamiento de la definición de trabajo.* En AA. VV., *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*, Icaria: Fuhem, D. L., Barcelona, 1994.

CASADO MARÍN y LÓPEZ I CASASNOVAS, *Vejez, dependencia y cuidados de larga duración. Situación actual y perspectivas de futuro*, Colección Estudios Sociales, Fundación La Caixa, núm. 6, 2001.

GARCÍA AÑÓN, José, *El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo*. En htpp://www.uv.es/~afd/CEFD/2/garcia.html.

GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MANGAS MARTÍN, A. *Jurisprudencia europea en materia de no discriminación por razón de sexo: discriminaciones directas.* En AA.VV, *La igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Ámsterdam*, MTAS, Madrid, 2001.

MARTÍN VIDA, Mª A., *Medidas de trato preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la Sentencia Marschall*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998.

MARTINEZ MORENO, C. *Suspensión del contrato por maternidad y riesgo durante el embarazo.* En AA.VV., *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares, Estudios de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)*, CES, Madrid, 2004.

SASTRE IBARRECHE, R.; *La acción positiva de las mujeres en el Derecho Comunitario.* En *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6, Iustel, 2004.

PALOMEQUE LOPEZ, M.C. y ALVAREZ DE LA ROSA, M.; *Derecho del Trabajo*, Ed. CERA, Madrid, 12ª ed. 2004.

PATEMAN, C, *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. *Discriminación, igualdad de trato y acción positiva*. En AA. VV., *La igualdad de Trato en el Derecho Social Comunitario*, Aranzadi, Madrid, 1997.

La presunción de laboralidad: ¿un anacronismo jurídico?

Wilfredo Sanguineti Raymond

Profesor titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca (España)

Sumario:

I. Orígenes y fundamento de la presunción de laboralidad.
II. El retroceso de la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo y la revalorización del trabajo autónomo como condicionantes de la permanencia de la presunción de laboralidad.
III. ¿Tiene futuro la presunción de laboralidad?.
IV. Bibliografía

Resumen:

El presente trabajo aborda la crisis de la presunción de laboralidad, institución de naturaleza eminentemente procesal con una clara e indiscutible proyección en el plano sustantivo. Para el estudio del tema se empieza señalando su origen y fundamento, indicándose como fin último el afirmar la efectividad de las normas laborales en todas aquellas situaciones en que, ante el pretendido intento fraudulento de esquivar su aplicación, sus presupuestos sustantivos resultan difíciles de acreditar. Continúa el tema tratando los condicionantes de la permanencia de esta presunción legal en los ordenamientos laborales, siendo éstos el retroceso de la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo y la revalorización del trabajo autónomo ante la opción legislativa de neutralizar la mencionada presunción y la introducción de presunciones legales de signo inverso que favorecen al trabajo autónomo.

Lo que no parece que pueda ponerse en duda es que, a pesar de las múltiples transformaciones experimentadas en las últimas décadas por las formas de organización del trabajo, el presupuesto fáctico sobre el que ha venido descansando la presunción de laboralidad se mantiene plenamente vigente. En la actualidad, a pesar de la tan ponderada expansión del trabajo autónomo y las modalidades flexibles de desarrollo de la actividad productiva, el trabajo subordinado sigue instalado en el corazón mismo del sistema de producción, representando la forma paradigmática de aprovechamiento de los frutos del esfuerzo ajeno, sin que existan además, al menos por el momento, indicios de que este rol pueda verse alterado de forma significativa en un futuro mediato.

Recibido: 01-03-2005 Aceptado: 20-05-2005

Abstract:

This part is about the crisis of the labor presumption, an institution of eminent legal nature with a clear and unquestionable projection in the substantive level. For this study we begin pointing out its origin and foundation, indicating as ultimate end the affirmation of the effectiveness of all the labor norms.

In those situations in which in front of a pretended fraudulent intent of eluding its application, its substantives budgets are hard to accredit. It is also about the conditioning of the permanence of this legal presumption in the labor summons, being these the falling back of the expansive tendency of the Work Law and the revaluation of the autonomous work before the legislative option of neutralizing the presumption and the introduction of legal presumptions of inverse sign that favors the independent work. It concludes that the presumption of the existence of a work relation is a juridical anachronism destined to disappear from most of the labor summons and the need of its application will depend on the degree of maturity reached by the Work Law in a determined country.

Palabras claves/key words:

1. Presunción de laboralidad.
2. Prestación personal de servicio.
3. Institución procesal.
4. Revalorización del trabajo autónomo.
5. Anacronismo jurídico.

I. Orígenes y fundamento de la presunción de laboralidad.

La inclusión de mecanismos dirigidos a garantizar la aplicación de las normas laborales, haciendo frente a los intentos de evasivos que en este ámbito pueden producirse, ha corrido paralela a la afirmación del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica. Expresión de este afán garantista han sido, desde antiguo, tanto la atribución de carácter imperativo e irrenunciable a los derechos reconocidos a los trabajadores por las normas laborales, que permite negar validez a los acuerdos suscritos con un mero propósito defraudatorio, aún cuando éstos cuenten su consentimiento expreso, como la afirmación de la prevalencia, a la hora de determinar la existencia de un contrato de trabajo, de la concurrencia en los hechos de sus presupuestos sustantivos sobre la formal y sólo aparente suscripción de un contrato de índole civil o mercantil.

Rápidamente, sin embargo, se advertiría la insuficiencia de la aplicación de estos dos mecanismos defensivos para hacer frente de forma exitosa al fenómeno del fraude en la contratación laboral. La razón de ello no es difícil de discernir. Para hacerlo basta con tomar conciencia de que los mismos sólo resultan aplicables en la medida en que el sujeto que demanda su inclusión en el ámbito de la laboralidad consiga demostrar que se ha producido una renuncia indebida a la tutela ofrecida por las normas laborales o un incumplimiento de los mandatos en ellas contenidas, por reunir su prestación con todas las condiciones exigidas para su aplicación imperativa. Con ello se termina por dejar intacto el problema de fondo, que no suele ser en estos casos otro que, precisamente, el de la prueba por parte del afectado de la concurrencia de los presupuestos sustantivos del contrato de trabajo. Esta es una dificultad que, si ya tratándose de situaciones no afectadas por ningún tipo de maniobra elusiva puede resultar harto difícil de superar, se torna aún más ardua cuando tales elementos –y en especial la subordinación– han sido artificiosamente encubiertos con el deliberado propósito de dificultar su apreciación. Se abre así la posibilidad de que verdaderos trabajadores permanezcan extramuros del Derecho del Trabajo, con la consiguiente frustración de su finalidad protectora, debido a la imposibilidad de demostrar la existencia de un contrato de trabajo.

La denominada presunción de laboralidad constituye, precisamente, el instrumento diseñado por los ordenamientos laborales, desde su etapa germinal, para solventar este tipo de inconvenientes, facilitando a quienes alegan su exclusión ilícita del terreno laboral la acreditación de la subsistencia de un vínculo de este tipo. Su origen se encuentra en la Ley de Tribunales Industriales de España, aprobada el 19 de mayo de 1908, cuyo artículo 5.2 dispuso que “el contrato de trabajo se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo y el que lo presta”. Una formulación que pasará

con más o menos variaciones formales, en especial en lo atinente a la sustitución de la genérica referencia a la prestación de trabajo por una más específica a la prestación de servicios, tanto al Código de Trabajo de 1926 y a las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944, como a las legislaciones laborales de numerosos países americanos y europeos, hasta llegar a convertirse en uno de los componentes característicos de esta disciplina jurídica[1].

Es indudable que, con semejante configuración, la presunción de laboralidad instaurada por distintas legislaciones laborales nacionales a partir de los inicios del siglo anterior no puede ser considerada sino como una manifestación más del carácter tutelar del Derecho del Trabajo. Una orientación que, aplicada al plano de la prueba de la existencia del contrato que abre las puertas a su aplicación, aconseja, en garantía de la consecución de los fines equilibradores que informan la configuración de esta disciplina, aligerar al trabajador, en tanto parte débil de la relación y potencial sujeto pasivo de presiones dirigidas a apartarlo del terreno de la laboralidad, la demostración de su presencia. El fin último de la presunción de laboralidad es, de este modo, el de afirmar la efectividad de las normas laborales en todas aquellos situaciones en que, debido al intento malicioso de esquivar su aplicación, sus presupuestos sustantivos resultan difíciles de acreditar[2].

Naturalmente, el hecho de que lo que se encuentre en discusión en estos casos sea precisamente la atribución al demandante de tutela de la condición de trabajador, determina que la presunción no pueda operar sino a partir de la aportación por parte del mismo de al menos un principio de prueba, que proporcione al intérprete indicios racionales del carácter laboral de la relación objeto de debate. Este principio de prueba ha estado constituido, desde la creación misma de la institución, por la demostración de la prestación del trabajo o los servicios en provecho del sujeto al que se pretende atribuir la condición de empleador. Esta opción no es arbitraria, sino que se apoya en una doble batería de consideraciones de orden fáctico. La primera de ellas está constituida por la constatación de la mayor dificultad que supone la demostración de la presencia del elemento subordinación

---

1 Sobre los orígenes de la presunción laboral en el Derecho del Trabajo español puede verse RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, 1994, p. 61-74. Referencias a la recepción de esta institución por parte de las legislaciones históricas de México, Venezuela, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Colombia, Costa Rica, Paraguay, República Dominicana, Argentina, Gran Bretaña, Bélgica y Grecia pueden consultarse en M. De la Cueva, "La presunción laboral", **Derecho del Trabajo**, Buenos Aires, 1959, T. XIX, pág. 622; W. Sanguineti Raymond, **El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo**, Lima, Cultural Cuzco, 1ª edic., 1988, pág. 344, nota 51; y J. Luján Alcaraz, **La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo**, Madrid, MTSS, 1994, págs. 269-269, nota 26.

2 Vid., con carácter general, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. op. cit., págs. 58-59, así como LUJÁN ALCARAZ, J. op. cit., pág. 271.

o dependencia, definitorio para la afirmación de la laboralidad del vínculo, frente a la sola prueba de la existencia de una prestación personal de servicios. A esta se añade, no obstante, la convicción del legislador en torno a la superior frecuencia con la que los servicios son prestados bajo el poder de disposición ajeno y no de forma autónoma. En la base de la presunción se sitúa, de esta forma, "una tabla de probabilidades derivada de la experiencia", que ha permitido poner de manifiesto que cuando las personas prestan sus servicios lo hacen en un elevado porcentaje de supuestos en condiciones de subordinación[3]. Lo que caracteriza a la presunción de laboralidad es, así pues, que en ella, lo mismo en cualquier otra, se da por cierta determinada afirmación (en este caso, la existencia de un contrato de trabajo), a partir de la demostración de otra distinta (la prestación de un servicio), de la que la primera puede ser deducida "en aplicación de las máximas de experiencia comunes" o "en virtud de las reglas del criterio humano"[4].

Al contar con este sostén, la presunción en cuestión no ha tenido nunca la virtualidad de generar una inversión de la carga de la prueba en sentido estricto, capaz de dispensar al sujeto que alega la laboralidad del vínculo de todo gravamen probatorio. Antes bien, su efecto ha sido siempre el de alterar el contenido de la misma, sustituyendo el deber del sujeto de probar todas las notas que permiten afirmar el carácter laboral de la prestación de servicios (hecho presunto), por la exclusiva demostración de la existencia de ésta última (hecho base de la presunción)[5]. Del mismo modo, dado que "el hecho presumido no es una necesidad sino tan solo una probabilidad"[6], esta presunción ha sido entendida invariablemente como una *juris tantum*, susceptible de ser enervada, mediante la acreditación por quien niega para sí la condición de empleador, bien de que el hecho que opera como base de la misma (la prestación de servicios) es falso o inexistente (contraprueba), o bien de que existen otros hechos concurrentes (como su gratuidad o la ausencia de subordinación) que impiden o anulan la producción del hecho presunto (prueba en contrario)[7].

---

3 DE LA CUEVA, op. cit., pág. 618. Con todo, aunque esta es la base sobre la que se ha apoyado la construcción de la presunción de laboralidad en la mayor parte de ordenamientos, no es ni mucho menos la única posible. De hecho, su aplicación puede ser sustentada también a partir de la afirmación de la existencia de una relación de mutua correspondencia entre los elementos prestación de servicios y subordinación, que impugna la posibilidad de que existan prestaciones de servicios que carezcan de este atributo, como he tenido la ocasión de destacar en la obra citada en la nota núm. 1, págs. 346-347 (págs. 231-232 de la 2ª edic.).

4 Según la doble afirmación de GONZÁLEZ ORTEGA, S. *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1990, pág. 795.

5 Como afirma LUJÁN ALCARAZ, J. op. cit., págs. 265, 280.

6 Dicho en palabras de DE LA CUEVA, op. cit., pág. 630.

7 Por todos, LUJÁN ALCARAZ, J. op. cit., pág. 290.

Ahora bien, aunque la presunción de laboralidad es una institución de naturaleza eminentemente procesal, cuya función es la de dar lugar a un medio alternativo o supletorio de prueba de la existencia de la relación de trabajo, posee también una clara e indiscutible proyección en el plano sustantivo. Esto es así en la medida en que, como no es difícil de suponer, su aplicación convierte a la pura y simple prestación de servicios, al margen de toda consideración sobre los caracteres que la adornan, en el único presupuesto sustantivo realmente indispensable para afirmar la presencia de un contrato de trabajo, con el consiguiente desplazamiento de los demás, y en especial de la subordinación, cuya prueba solamente resulta necesaria en caso de que el presunto empleador consiga aportar indicios de autonomía capaces de alterar el juego normal de la presunción. A fin de cuentas, como se ha afirmado, como consecuencia de su aplicación, es posible considerar que existe contrato de trabajo desde el momento en que se prestan servicios a otro, salvo que se pruebe que esa prestación de servicios no se hizo en las condiciones propias de la relación laboral[8].

Esta es una solución que fomenta la *vis* atractiva del Derecho del Trabajo, es decir su tendencia a abarcar una porción cada vez mayor de las relaciones jurídicas cuyo objeto está constituido por el trabajo humano, en desmedro de la aplicación de las normas civiles y mercantiles sobre la materia. De allí que la presunción de laboralidad haya sido considerada como una herramienta "al servicio de la fuerza expansiva del Derecho del Trabajo", a través de la cual se "consigna el cambio operado en las relaciones entre el Derecho Privado y el Derecho del Trabajo", que ha conducido a éste a asumir la condición de "derecho común de las prestaciones de servicios", relegando al primero al rol de mero "derecho de excepción"[9]. Esto es tan cierto como que, a partir de su incorporación a un ordenamiento dado, es posible afirmar que corresponde al sujeto que recibe o utiliza la energía de trabajo de otro, cuando crea que esa prestación no está gobernada por el Derecho del Trabajo, el deber de probar los presupuestos de su afirmación[10]. Reputándose, de no conseguirlo, que su naturaleza es laboral.

---

8 Nuevamente, LUJÁN ALCARAZ, J. op. cit., esta vez págs. 275-276.

9 En la ya clásica observación de DE LA CUEVA, "La presunción ...", cit., pág. 618.

10 Loc. cit.

II. El retroceso de la tendencia expansiva del Derecho del trabajo y la revalorización del trabajo autónomo como condicionantes de la permanencia de la presunción de laboralidad.

Con todo, transformaciones recientes en la realidad productiva y las estrategias empresariales vienen favoreciendo en numerosos países, especialmente europeos, una reacción en contra de la hasta el momento inexorable vocación expansiva del Derecho del Trabajo y, por ende, también de la presunción de laboralidad en la que ésta se ha venido apoyando[11].

Frente a la tendencia a la asalarización de la fuerza de trabajo imperante en las décadas pasadas, los últimos años han sido testigos de la expansión de formas hasta el momento desconocidas o poco utilizadas de trabajo autónomo, las cuales no tienen porqué ser consideradas, al menos de forma necesaria, como simples instrumentos al servicio de una política de elusión fraudulenta de la aplicación de las normas laborales, como venía ocurriendo en el pasado. Antes bien, son expresión del recurso lícito a formas de organización de la producción distintas de las basadas en el ejercicio del poder de dirección, que ha dejado de ser en la fase actual de la evolución de las formas de organización de los sistemas productivos el único instrumento a través del cual es posible garantizarse el resultado del trabajo ajeno[12].

La constatación de este fenómeno ha conducido plantearse en muchos ordenamientos la conveniencia de poner freno a esa suerte de "imperialismo" que se encuentra en la base de la vocación expansiva del Derecho del Trabajo. Frente a ello, se postula la necesidad de, preservando siempre dentro del ámbito de la laboralidad todas aquellas relaciones que reúnan los requisitos para ello, respetar también el deseo de las partes de vincularse a través de un contrato distinto del de trabajo, siempre que su voluntad –real y no sólo formal– sea precisamente esa. Esta propensión "a la revalorización de la calificación contractual hecha por las partes", con la consiguiente "autocontención en la apreciación fraudulenta"[13], no sólo se ha expresado a través de un cambio en la orientación de la jurisprudencia, que se muestra en muchos países más proclive ahora que en el pasado a admitir la validez de lo estipulado, al menos cuando ello no

---

11 Vid. SUPIOT, A. (Coordinador), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, págs. 40-41.

12 En general sobre este fenómeno, vid. SANGUINETI RAYMOND, W. *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, Lima, Ara, 1996, especialmente págs. 65 y sigs.

13 Sobre las cuales llama la atención PÉREZ DE LOS COBOS, F. *El trabajo subordinado como tipo contractual*, En *Documentación Laboral*, Madrid, 1993, núm. 39, pág. 47.

haya quedado claramente desmentido por la observación de sus comportamientos[14]. El afán de poner trabas al desarrollo del trabajo autónomo ha conducido en varios países europeos también al legislador a neutralizar la presunción de laboralidad e incluso a introducir mecanismos de signo opuesto, ya se trate de presunciones en favor del trabajo autónomo o de procedimientos dirigidos a aportar mayor certeza y estabilidad a la calificación como no laboral de la relación.

Donde el retroceso de la presunción de laboralidad ha sido más claro y evidente es precisamente en España, el país donde nació esta institución. Dejando de lado la formulación adoptada por sus precedentes, el Estatuto de los Trabajadores, aprobado en su versión original a través de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, ha optado por indicar en su artículo 8.1 que el contrato de trabajo "se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél". Como no es difícil de apreciar, a través de esta fórmula se deja de lado cualquier presunción de laboralidad, toda vez que lo que se exige para su aplicación es la prueba directa de todos los elementos que, de acuerdo con el texto del artículo 1.1 del mencionado cuerpo legal, son requeridos para la existencia de un contrato de trabajo. Nada hay, en consecuencia, que presumir aquí, como no sea la existencia del consentimiento de las partes para obligarse a través de un contrato de este tipo. De allí que se haya afirmado que la "lectura malévola e irónica" de este artículo lleva a la sorprendente conclusión de que "lo que se dice, más o menos, es que cuando existe un contrato de trabajo se presume que existe un contrato de trabajo"[15]. Firmado de este modo el certificado de defunción de la presunción de laboralidad[16], la virtualidad del precepto en cuestión se resumiría, de un lado, en la presunción de la existencia de consentimiento de las partes en los supuestos en que éstas no han tenido ocasión de manifestar su voluntad de obligarse laboralmente[17], y, del otro, en la preferencia legal del contrato de trabajo frente a las demás formas de articulación de la prestación de trabajo subordinado admitidas por el ordenamiento jurídico español[18].

---

14 Vid. A. Supiot, op. cit., pág. 41; y F. Pérez de los Cobos, loc. cit., con referencia a la jurisprudencia española e italiana.

15 ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G. *El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Civitas, 1991, 3ª edic., págs. 62-63.

16 Como apunta LUJÁN ALCARAZ, J. *La contratación privada* **...**, cit., pág. 271.

17 Como opina S. González Ortega, "La presunción ...", cit., especialmente pág. 808.

18 Según entiende, de modo complementario, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *La presunción ...,* cit., pág. 138, con la atención puesta en el empleo público en régimen de Derecho Administrativo.

Hay ordenamientos que han llegado incluso más lejos, al optar por introducir presunciones de signo inverso, en un claro intento de acabar con cualquier restricción que por vía interpretativa pudiera ser impuesta al recurso al trabajo autónomo. Este es el caso de Francia, donde la Ley 94/126, de 11 de febrero de 1994, relativa a la iniciativa y la empresa individual, conocida como Ley *Madelín*, introdujo una presunción *juris tantum* de no laboralidad de las prestaciones o actividades desarrolladas por personas físicas inscritas en el registro de comercio y sociedades, en el repertorio de oficios o de agentes comerciales o en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos. Una opción que ha sido valorada como una reacción "frente a lo que el legislador ha considerado calificaciones abusivas como laborales de relaciones fronterizas y dudosas, civiles y mercantiles, efectuadas por la jurisprudencia y por los órganos de la Seguridad Social"[19].

III. ¿Tiene futuro la presunción de laboralidad?.

¿Significa lo expuesto en el apartado anterior que la presunción de laboralidad constituye un auténtico anacronismo jurídico, destinado a ser borrado tarde o temprano de la faz de la mayor parte de los ordenamientos laborales?

Naturalmente, a pesar de su raigambre histórica, esta presunción no forma parte del selecto grupo de instituciones que integran lo que puede considerarse el "código genético" del Derecho del Trabajo. Como tal, puede estar o no presente en un ordenamiento concreto, como de hecho ha ocurrido en muchos casos, sin que ello tenga porqué afectar a la naturaleza, carácter o identidad del mismo. La decisión de introducir o mantener una presunción de este tipo responde, desde esta perspectiva, a una concreta opción de política legislativa[20], que puede ser adoptada a partir de la realización de un juicio de oportunidad acerca de la conveniencia de recurrir a ella con el objeto de reforzar la efectividad de las normas laborales[21].

Lo anterior supone que la inserción de la presunción de laboralidad en un sistema concreto, no siendo indispensable, resulta más o menos aconsejable dependiendo del grado de aplicación efectiva que dentro del mismo posean las normas laborales. Es por ello que,

---

19 LÓPEZ GANDÍA J., *Contrato de trabajo y figuras afines*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pág. 38. Vid también, A Supiot, op. cit., pág. 41.

20 LUJÁN ALCARAZ, J. *La contratación privada ...,* cit., pág. 292.

21 Así, desde una perspectiva general, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *La presunción ...,* cit., pág. 58-59.

aunque su presencia ha podido ser considerada innecesaria o incluso distorsionadora en algunos ordenamientos en los que se registra una tendencia, antes que a la elusión de la legislación laboral, a recurrir a formas no necesariamente simuladas de trabajo autónomo en sustitución del contrato de trabajo, su inclusión puede seguir siendo considerada como una necesidad en aquellos que se ven afectados por un volumen elevado de defraudación abierta de la misma[22].

La necesidad de recurrir o no a la presunción de laboralidad constituye, desde esta perspectiva, un claro índice del grado de madurez alcanzado por el Derecho del Trabajo en un país determinado. Puede decirse, en este sentido, que mientras que el hecho de que siga siendo preciso hacer uso de ella para asegurar la efectividad de las normas laborales puede ser considerado expresión de la falta de aceptación pacífica de su aplicación, así como de la falta de operatividad de los mecanismos tradicionales de exigencia del mismo para hacerle frente, la circunstancia de que en un momento dado se estime innecesario recurrir a ella constituye una manifestación de la fase de madurez alcanzada por esta disciplina, cuyas normas pueden aplicarse por sí mismas con fluidez y sin necesidad de recurrir a medidas de carácter extraordinario[23].

De todas formas, lo que no parece que pueda ponerse en duda es que, a pesar de las múltiples transformaciones experimentadas en las últimas décadas por las formas de organización del trabajo, el presupuesto fáctico sobre el que ha venido descansando la presunción de laboralidad se mantiene plenamente vigente. En la actualidad, a pesar de la tan ponderada expansión del trabajo autónomo y las modalidades flexibles de desarrollo de la actividad productiva, el trabajo subordinado sigue instalado en el corazón mismo del sistema de producción, representando la forma paradigmática de aprovechamiento de los frutos del esfuerzo ajeno, sin que existan además, al menos por el momento, indicios de que este rol pueda verse alterado de forma significativa en un futuro mediato. La posibilidad de recurrir a ella, por tanto, sigue en manos del legislador,

---

22 De allí que buena parte de los cuestionamientos formulados a nivel doctrinal a la pertinencia de la inclusión de presunciones de este tipo encuentren explicación, antes que en la dogmática de la institución, en la peculiar situación registrada en un ordenamiento concreto. Como muestra de ello pueden verse las observaciones de NOGLER, L. *Sull'unutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, En *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1997, I, págs. 311 y sigs. a una propuesta de ley formulada en 1995 por D'ANTONA, M. para establecer en Italia una presunción de existencia del contrato de trabajo, a través de la cual no se hacía más que recoger consolidados criterios jurisprudenciales sobre la manera de proceder en la práctica a determinar la existencia de subordinación (ajenos por tanto, al menos en opinión de quien escribe, al establecimiento de una verdadera presunción de laboralidad). Estas observaciones son indesligables de la realidad italiana y la propuesta mencionada.

23 M. Rodríguez-Piñero Royo, op. cit., pág. 233, aunque en relación al hecho en sí de la exclusión de la presunción y no al juicio de oportunidad sobre su pertinencia, como se postula en el texto.

que es quien debe llevar a cabo el juicio de oportunidad antes mencionado.

IV. Bibliografía.

ALONSO OLEA, Manuel y BARREIRO GONZÁLEZ, G.. *El Estatuto de los Trabajadores.* 3ª edic. Civitas, Madrid 1991.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho del Trabajo.* Tomo XIX Buenos Aires 1959.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1990.

LÓPEZ GANDÍA, J. *Contrato de trabajo y figuras afines.* Tirant lo blanch, Valencia 1999.

LUJÁN ALCARAZ, J. *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo.* MTSS, Madrid 1994.

NOGLER, L. *Sull'unutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, En *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 1997.

PÉREZ DE LOS COBOS, F. *El trabajo subordinado como tipo contractual*, en *Documentación Laboral*, núm. 39, Madrid 1993.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. *La presunción de existencia del contrato de trabajo*. Civitas, Madrid 1994.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos.* Ara, Lima 1996.

----------. *El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo.* 1ª edic. Cultural Cuzco, Lima 1988.

SUPIOT, Alain (Coordinador). *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Tirant lo blanch, Valencia 1999.

Zonas fronterizas del Derecho del Trabajo

Iván Alí Mirabal Rendón

Profesor de Derecho del Trabajo de la
Universidad Fermín Toro
Director-Editor de la Revista de Derecho del
Trabajo

Sumario:

I. Introducción.
II. Elementos del Contrato de Trabajo.
i) Prestación Personal del Servicio
ii) Ajenidad
ii).(i) Ajenidad en la titularidad de la producción
ii).(ii) Ajenidad en la Propiedad de los medios de producción
ii).(iii) Ajenidad en los riesgos de la producción
iii) Subordinación o Dependencia
iv) Remuneración
v) Principio de la Realidad sobre las Formas o Apariencias
vi) Exclusividad
vii) Técnica de haz de Indicios de laboralidad
III. Nuevas tendencias contractuales en el ámbito del Derecho del Trabajo.
i) Teletrabajo
ii) Outsourcing
iii) Simulación de Trabajo Autónomo o Independiente
IV. Bibliografía

Resumen:

Los elementos del contrato de trabajo, son esenciales calificadores para descifrar si en un caso en concreto de una *zona fronteriza del Derecho del Trabajo,* se trata de una vinculación jurídica laboral o si la disciplina aplicable es el Derecho Civil o el Derecho Mercantil, si por el grado de complejidad aún el obrador de justicia, no puede descifrar con exactitud la vinculación jurídica que une a las partes -que han planteado conflictos *intersubjetivos* de índole judicial- deberá aplicar la *técnica de haz de indicios* para determinar con convicción, si en el caso establecido, se trata de un trabajador autónomo o independiente, o, si en verdad se trata de un trabajador dependiente, sometido a la protección del Derecho del Trabajo.

Recibido: 12-04-2005 Aceptado: 21-06-2005

Abstract:

The elements of the work contract are essential qualifiers to decipher in a particular case of a border zone of the Work Law, it is about a labor and juridical entail or if the applicable discipline is the Civil Law or the Mercantile Law, if because the degree of complexity even the justice worker cannot accurately decipher the juridical entail that unites both parts- that have stated inter-subjective conflicts of judicial matters- should apply the indication ray technique to determine with conviction, if in the established case, it is about an autonomous or independent worker, or, if is really about a dependent worker submitted to the protection of the Work Law.

Palabras claves/key words:

i. Zonas grises o fronterizas del Derecho del Trabajo.
ii. Prestación personal del servicio.
iii. Ajenidad.
iv. Subordinación.
v. Remuneración.
vi. Principio de realidad sobre las formas o apariencias.
vii. Exclusividad.
viii. Técnica de haz de indicios de laboralidad.
ix. Teletrabajo.
x. Outsourcing.
xi. Simulación de trabajo autónomo o independiente.

Abreviaturas:

i. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (SCS-TSJ).
ii. Constitución del República Bolivariana de Venezuela (CRBV).
iii. Ley Orgánica del Trabajo (LOT).
iv. Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT).
v. Código Civil venezolano (CCV).

I. Introducción.

El Derecho del Trabajo es una rama jurídica novedosa, que está en constante cambio, surgiendo de la separación como apéndice del Derecho Civil, hasta adquirir su autonomía, pasando por la disputa doctrinal de las Teorías Relacionista y Contractualista (en la primera mitad del siglo XX), evolucionando con los distintos cambios de la ciencia y la tecnología, que ha ocasionado en ciertos casos la fuga, o como algunos doctrinarios lo han designado *la huída del Derecho del Trabajo* [1].

RIVERO y SAVATIER señalan que una de las consecuencias de ese carácter novedoso de esta rama del derecho es justamente la imprecisión de sus fronteras. Su campo de aplicación queda incierto[2].

Hoy en día, se producen cada vez mayores dificultades por el desarrollo tecnológico imperante, así como por el surgimiento de nuevas figuras jurídicas, que nublan la claridad, para establecer si en un caso concreto, se trata de una relación de trabajo o una relación civil o de comercio, que en definitiva vincula a las partes contratantes, tal como puede serlo el caso del *Teletrabajo*, los *Outsourcing*, las *Franquicias*, las *Cooperativas*, *Simulación de trabajo autónomo o independiente* o simplemente, aquellos casos que son de difícil apreciación, para calificarlo como una unión jurídico-laboral, que entre otros, hemos denominado, *las zonas fronterizas del Derecho del Trabajo*.

Ya en el año de 1963, lo venía vaticinando MANUEL ALONSO OLEA, cuando plasmó: “en ningún lado está dicho que se haya llegado a una fijación de las formas del trabajo humano que deba considerarse como definitiva. Lo más probable es que se siga evolucionando”.[3]

Así como también AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ en el año de 1977, lo había dejado claro, cuando señaló: “Naturalmente que las formas de trabajo son variadísimas y están en continua evolución. No puede decirse que se haya llegado a una forma de fijación definitiva

---

1 Entre ellos, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. *La huída del derecho del Trabajo.* Relaciones Laborales, 1996-II; BAYLOS GRAU, A. *La huída del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización,* en VV. AA., *El Trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar* (coord. ALARCÓN CARACUEL, M. R. y MIRÓN HERNÁNDEZ, Mª M.) Madrid 2002. A su vez citados por MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Fronteras y <<zonas grises>> del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001).* Publicado en la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 38. Editado por Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones español. Madrid-España 2002. p 21.

2 RIVERO, J. y SAVATIER J. *Droit du Travail.* Manuel Themis. Presses Universitaires de France, París 1956. p. 8. A su vez citado por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo *A propósito de las fronteras del Derecho del Trabajo.* Publicado en el libro *Estudios sobre Derecho Laboral. Homenaje a Rafael Caldera.* Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Sucre. Caracas 1977. p. 313.

3 ALONSO OLEA, Manuel. *Introducción al Derecho del Trabajo.* Editorial Civitas. Madrid 1963. p. 26.

de las formas del trabajo humano. Lo más probable es que se siga evolucionando hacia nuevas formas".[4]

Es totalmente cierto que en la actualidad, existen diferentes formas de trabajo, que no existían para esas fechas y asimismo, en el futuro, existirán otras formas de trabajo distintas de las que existen en la actualidad, por el mismo efecto cambiante y evolutivo del Derecho del Trabajo, el cual siempre deberá adecuarse a la tecnología avasallante.

Tras la modernización y globalización, son y serán, aún más las zonas fronterizas que el Derecho del Trabajo, tiene y tendrá que afrontar, para delimitar lo atinente a esta disciplina jurídica.

Y esa imprecisión o inseguridad en cuanto a la determinación de hasta donde llegan las fronteras del derecho del trabajo la palpamos frecuentemente, cuando nos encontramos con las diversas zonas grises de difícil determinación, en las que vacilamos sobre si se debe aplicarse o no nuestro derecho[5].

Así, JESÚS MONTES DE OCA, señala que, el Derecho del Trabajo en su evolución debe responder con mayor efectividad, para proteger el hecho social trabajo, al afirmar "Las normas que integran el Derecho del Trabajo, se han caracterizado por ser normas en constante evolución, que cada vez más y en la medida que transcurra el tiempo, tienen que responder con mayor efectividad a la realidad del hecho social trabajo".[6]

Evolución y zonas fronterizas, que debemos atender a través de los elementos del contrato de trabajo, para aplicarlos a un caso en concreto; producto de la activación de los mismos, surgirá la aplicación del Derecho del Trabajo.

Dicho brevemente, con lo cual se está procediendo a delimitar el ámbito de la disciplina y a fijar simultáneamente su concepto, el Derecho del Trabajo es el ordenamiento jurídico de las relaciones de trabajo personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena (y, en cuanto tal, retribuido).[7]

---

4 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *A propósito de las fronteras del Derecho del Trabajo.* Publicado en el libro *Estudios sobre Derecho Laboral. Homenaje a Rafael Caldera.* Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Sucre. Caracas 1977. p. 327.

5 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Ob. Cit. p. 313.

6 MONTES DE OCA ESCALONA, Jesús. *La Simulación en el Contrato o Relación de Trabajo.* Publicado en la obra *Estudios sobre Derecho del Trabajo. Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez.* Vol. II. Editado por Fernando Parra Aranguren, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas-Venezuela 2003. p. 199.

7 MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo.* Editorial Tecnos. Vigésima Tercera Edición. Madrid 2002. p. 35.

En este sentido, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado en cuanto a los elementos del contrato de trabajo, lo siguiente:

> "Ahora bien, la doctrina imperante en materia laboral ha señalado que el contrato de trabajo además de requerir para su existencia los mismos elementos que los contratos de derecho común, es decir, consentimiento, objeto y causa, *requiere para su existencia y validez de otros elementos especiales, que en principio son los siguientes: la prestación personal de servicio, la subordinación y el salario*, elementos éstos que han sido objeto de innumerables estudios y a los cuales se le han sumado otros, en vista de la transformación y adaptación del derecho del trabajo en la realidad social y económica cambiante".[8]
>
> (Cursivas propias)

Siendo así, los elementos del contrato de trabajo deben ser abordados desde su misma conceptualización, en tal sentido, definimos al **contrato de trabajo** como: El vínculo jurídico acordado entre dos partes contratantes (trabajador y empleador) mediante el cual, el trabajador asume la obligación de prestar sus servicios personales en un tiempo preestablecido, de forma continuada, en favor y por cuenta de su empleador, quien se apropia de los resultados producidos por la labor ejecutada y a su vez se obliga a cancelar una contraprestación económica por el servicio recibido.

En este sentido, la Ley Orgánica del Trabajo[9] venezolana (LOT) en el artículo 67 define al contrato de trabajo, destacando sus elementos, en los siguientes términos: "*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*".

Por otro lado, LUDOVICO BARASSI[10] parte de la base que en la relación de trabajo se dan los siguientes elementos fisonómicos:

a. Una organización de empresa intermediaria entre la

---

8 TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN SOCIAL, Sentencia de fecha 06-03-2003, caso Concetta Paletta De Scalise Vs. Repuestos Quinta Crespo, C.A., Exp. N° AA60-S-2002-000560, con ponencia del Magistrado ALFONSO VALBUENA CORDERO.

9 LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO (1997). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. N° 5.152. (Extraordinario).

10 BARASSI, Ludovico. Tratado de Derecho del Trabajo. Editorial Alfa. Buenos Aires 1953. Tomo I. p. 265. A su vez citado JAIME MARTÍNEZ, Héctor y OCHOA DE PATIÑO, Carmen Andrea, en su monografía. *Subordinación o Dependencia. Reflexiones al inicio del siglo XXI*. San Cristóbal-Venezuela. Universidad Católica del Táchira. p. 6-7.

prestación del trabajo y el consumidor:
b. La incorporación del trabajador en el organismo empresa;
c. La subordinación del trabajador al empresario;
d. La separación de los riesgos de la empresa;
e. La prestación de trabajo y su retribución.

La tarea inmediatamente procedente es la de identificar el sentido que, como definidoras del trabajo regulado por el Derecho del Trabajo, tienen esas notas de <<personal>>, <<voluntario>>, <<dependiente>> y << por cuenta ajena>>, no sin advertir previamente que dichas notas no son pura creación o atribución doctrinal, sino constante exigencia del legislador y, por supuesto, de los tribunales laborales, basada a su vez en la observación de la realidad socioeconómica del trabajo asalariado[11].

Normalmente, a la hora de abordar el tema de las <<fronteras>> del Derecho del Trabajo, se viene a incidir en los presupuestos materiales y dogmáticos a cuyo través se construye el prototipo de trabajador sujeto al campo de aplicación del ordenamiento jurídico-laboral. Los conceptos normativos y clasificatorios que sirven de base al mismo se suelen resumir en un razonamiento subjuntivo previo de tipo bipolar entre trabajo autónomo y trabajo subordinado o dependiente (por cuenta ajena entre nosotros).[12]

De modo que, para tratar el tema de las fronteras, podemos enumerar entre otros, los siguientes elementos e indicios de laboralidad, para poder aplicarlos como técnica de interpretación, en los casos de zonas grises entre el trabajo autónomo y el trabajo subordinado:

a) Prestación personal del servicio.
b) Ajenidad.
c) Subordinación o dependencia.
d) Remuneración.
e) Exclusividad.
f) Técnica de haz de indicios de laboralidad.
g) Y que por la importancia que representa, al tema bajo estudio, no podemos excluir al principio de la realidad sobre las formas o apariencias.

Elementos del contrato de trabajo que serán objeto de análisis, para aplicarlos como técnica de exégesis y así sirvan como *componentes definidores* al momento de presentarse alguna, *zona*

---

11 MONTOYA MELGAR, Alfredo. Ob. Cit. p. 35.
12 BAYLOS GRAU, Antonio. *Derecho del Trabajo: Modelo para Armar*. Editorial Trotta. Madrid 1991. p. 68.

fronteriza del Derecho del Trabajo para así poder afirmar o negar fundadamente, con buen raciocinio y hermenéutica jurídica, si se trata, o no, de un contrato laboral. Asimismo haremos referencia a algunas figuras jurídicas -que nublan la determinación, para establecer si en un caso concreto, se trata de una verdadera relación de trabajo-, que por su trascendencia *el teletrabajo y los outsourcing* son las figuras jurídicas que hemos escogido para referir, siendo que tratar todas las figuras jurídicas que están en una *zona gris del Derecho del Trabajo*, sería poco viable e incluso audaz, para ser analizados en esta sencilla monografía.

II. Elementos del Contrato de Trabajo.

i) Prestación personal del servicio:

La *prestación personal del servicio* es la obligación *intuito personae* que impone el Derecho del Trabajo, a una de las partes contratantes, siendo que quien debe prestar el servicio es el mismo trabajador y no otro individuo distinto. Por tal razón, el trabajador ha de desempeñar por sí y plenamente sus tareas, sin sustituto ni ayudantes.

En la contratación laboral, la prestación del servicio debe ser ejecutada directamente por el trabajador, por cuanto, el empleador contrata los servicios personales de un sujeto, para que sea éste quien realice la actividad, importando al Derecho del Trabajo, la incorporación del trabajador en el proceso productivo, no la acción que pudiera desplegar cualquiera en favor de la actividad.

Los artículos 65 y 67 de la Ley Orgánica del Trabajo, determinan que sólo podrán establecerse relaciones o contrataciones laborales conforme a la prestación personal del servicio y, tal prestación, al faltarle el elemento esencial de lo *personal* quedará excluida de la presunción de laboralidad que otorga la legislación del trabajo[13]. Por tanto, en todos los casos que de la prestación del servicio, desaparezca el carácter esencial de lo *personal*, su exclusión del ámbito del Derecho del Trabajo, será manifiesta.

---

13 **Artículo 65:** 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.

El catedrático español ALFREDO MONTOYA MELGAR, expresa:

> El trabajo regulado por el Derecho del Trabajo es, por lo pronto, *el trabajo personal,* esto es, el trabajo a cuya realización se comprometen de modo personalísimo seres humanos, personas físicas o naturales, sin que quepa posibilidad alguna de sustitución novatoria en la persona del trabajador. No interesan por tanto al Derecho del Trabajo ni las prestaciones a cargo de personas jurídicas ni aquéllas de carácter fungible en las que las personas del autor es intercambiable y por ello irrelevante jurídicamente. A diferencia de lo que ocurre en los contratos civiles de empresa, en los que el contratista de la obra no se obliga a trabajar personalmente, y a diferencia de lo que ocurre en el contrato de mandato, en el que normalmente el mandatario puede nombrar un sustituto que le reemplace (art. 1.721 CC), en el contrato de trabajo la condición personal del trabajador es absolutamente esencial: el trabajo es <<algo que fluye inseparablemente de la persona>>, como acertó a decir GIERKE.
> Esta inseparabilidad entre el trabajo y la persona de quien lo realiza es, finalmente, la que ha provocado la intensa actividad intervencionista del Estado; la implicación de la persona del trabajador en la actividad laboral determina una exigencia de tutela de su libertad y su personalidad.[14]

En este mismo orden de ideas, se ha pronunciado nuestra doctrina jurisprudencial del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA en SALA DE CASACIÓN SOCIAL, en la sentencia Nº 128 de fecha 06-03-2003 con ponencia del Magistrado ALFONSO RAFAEL VALBUENA CORDERO al señalar, lo siguiente:

> Sin embargo, para el caso que nos ocupa sólo se tocará lo concerniente al elemento de la prestación personal de servicio. Es así, que se ha señalado que el contrato de trabajo es esencialmente personal, es decir, del lado del que presta el servicio es *intuito personae*, en cambio, del lado del patrón, este puede cambiar, sin que se extinga la relación de trabajo.
>
> Esta prestación personal de servicio, deriva que el empleador u obrero no puede ser sustituido físicamente por otro (…). El trabajador tampoco está obligado a ofrecer un sustituto en caso de impedimento de su parte para

14 MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Ob. Cit. p. 36.

> prestar sus servicios. Este carácter personal del servicio suele dar a todo el contrato de trabajo el de *intuito personae*, es decir, el de ser celebrado en atención a las cualidades propias de quien ha de ejecutar la labor, profesión, destreza profesional, experiencia, etc. Asimismo, es infungible, carácter que explica que el servicio debe ser efectuado en forma personal, y no por un tercero, y que la muerte del trabajador extinga la obligación nacida del contrato, por no ser transmisible a los herederos. (Nueva didáctica del Derecho del Trabajo. Rafael J. Alfonzo-Guzmán. Pág. 76).[15]

De igual manera se ha expresado MANUEL ALONSO OLEA[16], cuando destacó:

> "La radical singularidad y las dificultades que entraña el trabajo como objeto de una relación jurídica radican en que, siendo algo distinto de la persona que lo ejecuta, es una emanación de ésta, con lo cual existe una unión estrecha entre el trabajo como objeto del contrato de trabajo y el trabajador como sujeto del mismo.
>
> La intimidad de la conexión entre su objeto y su sujeto hace que la prestación contractual de trabajo sea *personalísima* no ya en el sentido jurídico estricto de que sea debida por persona determinada sino en él, a la vez más amplio y sutil, jurídico también, de que empeña la persona del trabajador en su cumplimiento.
> (…)
> Los servicios que el trabajador compromete son *sus* servicios, lo que quiere decir que se obliga a trabajar personalmente. La posibilidad de sustitución, remunerada o no, contradice el carácter personalísimo de la prestación del trabajador y, con ella, el contrato de trabajo…
>
> La posibilidad misma de sustitución, en determinadas circunstancias (…) puede negar incluso el carácter laboral de la relación así del sustituido como del sustituto."

El ex-magistrado RAFAEL ALFONZO-GUZMÁN, señala que el

---

15 TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN SOCIAL, Sentencia de fecha 06-03-2003, caso Concetta Paletta De Scalise Vs. Repuestos Quinta Crespo, C.A., Exp. N° AA60-S-2002-000560

16 ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo.* Editorial Civitas. Décimo Sexta Edición. Madrid. p. 54.

contrato de trabajo es el contrato presencial por excelencia, cuando indica:

> El objeto del contrato de trabajo, no es, entonces, el trabajo, como una fuerza inerte, susceptible de desprenderse del ser humano que lo ejecuta y de transferirse en propiedad, o de arrendarse, como una cosa, sino el ser humano en su total integridad, *corpus et anima,* ya que la prestación deseada por el empleador no es propiamente la acción del hombre, sino el hombre mismo en acción. Ese poder de disposición del patrono de *toda la persona* de su trabajador, correlativo al deber de éste de permanecer físicamente sujeto a ese poder durante un espacio de tiempo, convierte el contrato de trabajo en el contrato *presencial* por excelencia.[17]

En este orden de ideas, se expresa el connotado profesor OSCAR HERNÁNDEZ ALVAREZ:

> 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 un servicio y quien lo recibe está regida por un contrato de esa 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. (...). 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 de que se trataba de un trabajo autónomo susceptible de configurar un contrato de trabajo.[18]

El Dr. RAFAEL CALDERA[19] en su obra “Derecho de Trabajo”

17ALFONSO-GUZMÁN, Rafael. *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo.* Décimo Primera Edición. Editorial Melvin. Caracas 2000. p. 69.

18 HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar y RICHTER, Raquel. *El Trabajo sin Tutela en Venezuela.* Publicado por la Universidad Central de Venezuela. Caracas-Venezuela 2002. p. 20.

19 CALDERA RODRÍGUEZ, Rafael. *Derecho del Trabajo.* Segunda Edición. Octava reimpresión. Editorial el Ateneo. Buenos Aires-Argentina 1984. p. 268.

muy acertadamente señala: “Poco interesa la naturaleza del servicio prestado para los fines de la existencia del contrato: lo que interesa es que sea de naturaleza personal”. Esto quiere significar, que no es relevante el trabajo que se va a realizar o el servicio que será ejecutado por medio del trabajo, sino, que lo importante es que exista el contrato de manera personal.

La SALA DE CASACIÓN SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA con relación a la prestación personal del servicio y la sustitución de tal actividad en otras personas, dictaminó que queda desnaturalizada la pretendida relación laboral, cuando en otra sentencia de fecha 23-11-2004, Nº 1.448, caso DIPOSA Y DIPOMESA, con ponencia del Magistrado JUAN RAFAEL PERDOMO, estableció lo siguiente:

> 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:
> (…omissis…)
> 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.
>
> (Cursivas propias)

La Ley Orgánica del Trabajo consagra en su Art. 65 una presunción *iuris tantum*, acerca de la existencia de la relación de trabajo, *pero siempre y cuando sea entre quien presta un servicio personal y quien lo reciba*, si no se cumple tal requisito de la *prestación personal del servicio* no opera la presunción legal de laboralidad, siendo que podría configurarse otra institución jurídica, como puede serlo la civil, o algún caso de derecho comercial, además el contrato de trabajo es *personal* por excelencia y atendiendo a la condición ineludible de *intuito personae,* debe concluirse que al no estar presente este elemento de *prestación personal del servicio* en una relación jurídica determinada, mal podría establecerse la existencia de una relación de trabajo, pero por el contrario, si este elemento es reinante, la nota de laboralidad será la imperante en la vinculación jurídica.

Esta presunción sin embargo, no es absoluta. Hay casos en los cuales la prestación de un servicio personal no envuelve la existencia de un contrato de trabajo. "La presunción del trabajo puede ser objeto no sólo del llamado contrato de trabajo, sino de los más variados contratos. Cuando se pueda, pues, demostrar que el trabajo ha sido prestado en virtud de un hecho jurídico, diferente, queda destruida la presunción. Tal es el caso, señalado entre otros por HUECK-NIPPERDEY y BARASSI, de las personas que trabajan por móviles de orden caritativo o religioso: así la Corte Suprema de Justicia del Ecuador decidió que no había lugar a una reclamación por prestaciones sociales hecha por una ex religiosa contra su congregación, en virtud de servicios prestados mientras perteneció a la misma. Hay quienes consideran que los familiares inmediatos del patrono no pueden considerarse ligados con él por un contrato de trabajo; nuestra legislación sí los considera trabajadores, aunque los califica como trabajadores de confianza[20].

ii) Ajenidad:

El elemento *ajenidad* del contrato de trabajo, está representado, por la prestación de servicios personales del trabajador, por cuenta del empleador quien es dueño y ordena los factores de la producción, se apropia de los frutos y asume los riesgos del proceso productivo, esto constituye para el trabajador, una obligación por actividad y no por resultado, en pocas palabras, el trabajador es ajeno a la producción.

La relación jurídico-laboral, siempre lleva impuesta una obligación de medio (Art. 1.270 CCV)[21] para el trabajador y no de resultado (Art. 1.271 CCV), siendo que, independientemente del efecto del producto final, el empleador siempre tendrá que pagar el salario -no puede excusarse-, aun cuando exista un resultado negativo en la producción, por cuanto éste asume los riesgos de la misma, esto es, la contratación laboral impone al empleador la obligación de pagar el salario, inmunizando al trabajador del éxito o fracaso de la suerte del negocio, por cuanto al existir una relación jurídico-laboral, el trabajador es ajeno a los riesgos de la producción del empleador.

La *ajenidad* constituye un elemento definitorio del contrato o

---

20 La información fue obtenida de CALDERA, Rafael. *Derecho del Trabajo. Ob. Cit.* p. 268-269. El caso ecuatoriano nombrado está decidido por Sent. de 3 de Diciembre de 1956, de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio Lida Dávalos vs. Sor Inés Jiménez, de la Congregación de los SS. CC. El asunto fue brillantemente ventilado por el doctor Julio Tobar Donoso.

21 CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO (1982). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela.* Nº 2.990 (Extraordinario)

relación de trabajo, por cuanto el trabajador siempre es ajeno a las herramientas de la producción, a la producción misma y a sus riesgos, de no serlo, se trataría de un trabajador autónomo o independiente, por lo tanto, no estaría sometido a la protección del Derecho del Trabajo (salvo las excepciones derivadas de la ley), por ello, la ajenidad simboliza un instrumento interesante para analizar un caso de *zona gris* del Derecho Laboral.

Con respecto a la ajenidad la SALA DE CASACIÓN SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA dictaminó en sentencia de fecha 23-11-2004, Nº 1.448, caso DIPOSA Y DIPOMESA, con ponencia del Magistrado JUAN RAFAEL PERDOMO, lo sucesivo:

> 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 adquiría 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. (…) Todo ello desdibuja (…) las condiciones de subordinación, dependencia y **ajenidad**.
>
> (Negritas propias)

El elemento a*jenidad* a su vez se subdivide en tres tipos: (i) *la ajenidad en la titularidad de la producción,* (ii) *la ajenidad en la propiedad de los medios de producción y* (iii) *la ajenidad en los riesgos de la producción.*

ii.(i) Ajenidad en la titularidad de la producción:

La ajenidad en la titularidad de la producción, no es otra cosa, sino como bien lo expresa MANUEL ALONSO OLEA, *los frutos del trabajo son atribuidos inicialmente a persona distinta de quien ejecuta la labor*. El autor sigue señalando: *Lo esencial y definitorio del trabajo por cuenta ajena está en la atribución originaria, en que los frutos desde el momento mismo de producción pertenecen a otra perso-*

na, nunca al trabajador.[22]

El trabajador es quien presta el servicio personal, éste se acopla dentro del sistema productivo (empresa), donde la organización de los bienes los realiza otro sujeto distinto (el empleador), teniendo este último, como obligación, el pago de una remuneración, así como el deber de asumir los pasivos laborales y un ambiente de trabajo seguro, de conformidad con las exigencias que el ordenamiento jurídico sustantivo laboral impone, a cambio de la detentación de plusvalía que dicha prestación de servicio agrega al fruto producido, lo cual, convierte al empleador en el dueño de la producción, asumiendo con dicha titularidad, los riesgos que del proceso productivo se originan, obligándose el trabajador a transferir los frutos obtenidos por el servicio prestado.

Constituyéndose así, *el poder de dirección* y el *ius variandi* del empleador sobre el proceso productivo, por ser éste el dueño de los medios de producción y fiel pagador por el esfuerzo del trabajador; originando con ello, la *ajenidad del trabajador en la titularidad de la producción*.

RAFAEL ALFONZO-GUZMÁN, destaca que:

> …la relación laboral se caracteriza porque en ella el trabajador cede a su patrono, *ad origine*, la titularidad de los frutos de su quehacer subordinado, a diferencia de lo que acaece en los demás contratos regulados por el derecho común, en que el artesano la conserva hasta el momento mismo en que la transfiere a un tercero mediante un acto voluntario de enajenación[23]. 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[24].

En esta ilación de ideas, AMERICO PLÁ RODRÍGUEZ ha

---

22 ALONSO OLEA, Manuel. *Introducción al Derecho del Trabajo.* Sexta Edición, Editorial Civitas, Madrid 2002. p. 75

23 Aquí el autor cita a MOLERO MANGLANO, Carlos y otros. *Manual de Derecho del Trabajo.* Madrid 2000. p. 29.

23 PORRAS RENGEL, Juan F. *Compendio práctico de jurisprudencia de la Ley del Trabajo*. Ediciones Jurisprudencia del Trabajo. Caracas 1988. T.II. p. 981.

24 ALFONZO-GUZMÁN, Rafael. *Ajenidad y Dependencia.* Publicado en el libro *Estudios sobre Derecho del Trabajo. Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez.* Vol. I. Editado por Fernando Parra Aranguren, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas-Venezuela 2003. p. 74.

señalado que: "Lo esencial y definitivo del Trabajo por cuenta ajena está en la atribución originaria, en que los frutos, desde el momento mismo de su producción, pertenecen a otra persona, nunca al trabajador"[25].

Asimismo, la doctrina española, en manos de MANUEL CARLOS PALOMEQUE y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA, señalan que:

> "El trabajador presta sus servicios para otro a quien pertenecen los frutos del trabajo (lo contrario produce la exclusión del contrato de trabajo: "el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente", disposición final primera LET). La atribución de los resultados es inicial, desde el momento mismo en que nace el trabajo. La ajenidad la ha entendido la jurisprudencia en el sentido de transmisión a un tercero de los frutos o del resultado del trabajo (ajenidad en los frutos, STS 29-10-1990, A. 7721); o más claramente aún, la ajenidad se manifiesta de forma inequívoca porque es el empresario quien incorpora los frutos del trabajo al mercado (ajenidad en el mercado) percibiendo directamente los beneficios (SSTS 29-1-1991, A. 190 y 16-3-1992, A. 1807)[26]"

Tal construcción teórica, la destaca muy bien la doctrina comparada, que de igual manera también es citada por la sentencia de la SALA DE CASACIÓN SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, caso FENAPRODO, en tal sentido señala:

> "(...) Siendo así, el ajeno que percibe y remunera los frutos tiene un derecho, derivado de la causa del pacto de cesión y enmarcado por ella, a impartir órdenes sobre el lugar, el tiempo y el modo de producción, y sobre la clase y cantidad de los frutos cuya titularidad le corresponde. Tiene, en suma, un poder de dirección, que se plasma en órdenes sobre el objeto del contrato, esto es, sobre el trabajo, del que es correlato la dependencia o subordinación del trabajador a la mismas.". (Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, Derecho del Trabajo, Decimoctava edición, Ediciones Civitas, Madrid-España, página 47).

---

25 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Ob. Cit. p. 324.

26 ALFONZO-GUZMÁN, Rafael. *Ajenidad y Dependencia.* Ob. Cit. p. 74-75 quien a su vez cita a PALOMEQUE, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo.* Madrid 2001. p. 652.

Incluso, el ilustre autor Ernesto Krotoschin recordaba:

> "Aunque ninguna norma legal lo establezca, la transferencia del derecho sobre el producto al empleador -o la falta de intención de apropiación (...) se presume como otra consecuencia de la relación de dependencia y de la incorporación del trabajador a una empresa ajena.". (Ernesto Krotoschin, Manual de Derecho del Trabajo, 4° edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, página 88).[27]

En este sentido, la doctrina española, pero esta vez en manos de MARÍA JOSÉ NEVADO FERNÁNDEZ, se expresa sobre el empleador y los frutos, en los siguientes términos:

> Hablar de empresario es hacerlo de una de las partes del contrato de trabajo, aquella que, obligándose a remunerarlos, hace suyos los frutos del trabajo prestado[28] .

Hemos dejado dicho que la atribución directa e inmediata de los frutos del trabajo a quien lo ejecuta es definitoria del trabajo por cuenta propia; dentro de éste puede distinguirse según que el trabajador titular primero de los frutos sea también (1) quien los consuma o (2) los venda (los enajene, si se quiere expresión más amplia) a un tercero-cliente, que a su vez pueda ser (2.1) su consumidor o usuario final, o (2.2) un <<intermediario>> que se encargue de su venta o de incorporarlo a su propio proceso productivo, comerciante el primero, industrial el segundo, en la terminología tradicional.[29]

Por otro lado, podemos afirmar que el Derecho del Trabajo protege al débil económico (trabajador dependiente), que tiene la necesidad de trabajar para otro, por cuanto no tiene los medios necesarios para producir sus propios frutos, por ello, si se determina que se trata de un trabajador autónomo o independiente, porque éste se apropia de los frutos producidos por su labor, entonces, será inaplicable la legislación laboral.[30]

---

27 Cita tomada del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN SOCIAL. Sentencia de fecha 13/08/2002, con ponencia del Magistrado Omar Mora Díaz, caso Mireya Beatriz Orta de Silva Vs. Federación Nacional de Profesionales de la Docencia-Colegio de Profesores de Venezuela (FENAPRODO-CPV)

28 NEVADO FERNÁNDEZ, María José. *Las Restricciones a la Competencia en el Contrato de Trabajo.* Editorial Tecnos. Madrid 1998. p. 71. Libro suministrado por su autora.

29 ALONSO OLEA, Manuel. *Introducción al Derecho del Trabajo.* Ob. Cit. p. 75.

30 Salvo en las excepciones legales como seguridad social y derechos sindicales.

Siendo así, podemos concluir, que si se trata de un trabajador autónomo, entonces la protección del Derecho del Trabajo cederá[31], porque simplemente se trata de un sujeto (económicamente capaz) que realiza verdaderos actos económicos u otras actividades de lícito comercio, para obtener un medio de subsistencia cómodo, por lo tanto, no existirá un desequilibrio *inter-relacional*, sobre el cual el Estado tenga que ejercer una actividad proteccionista, entre dos partes contratantes desiguales.

ii.(ii) *Ajenidad* en la propiedad de los medios de producción:

El empleador que aspira recibir y remunerar los frutos, por ser propietario de los medios de producción, tiene el poder de organizar y dirigir el proceso productivo para la obtención de los mismos, entre ellos, a saber, la prestación personal del servicio.

En consecuencia, siendo el empleador quien determina el modo específico en que han de combinarse los factores de la producción (el trabajo humano incluido) con el objeto de producir bienes o prestar servicios (ajenidad en los factores de la producción), resulta lógico colegir que: a) El trabajador sólo se inserta en la empresa como una "pieza" necesaria para el normal desenvolvimiento del proceso productivo (*ajenidad* en la organización de los factores de producción).[32]

Como resume COMMONS: "para el trabajo de fábrica, en clara alusión a las reglas de la accesión artificial o industrial, <<el producto del trabajo del trabajador no es de su propiedad. En virtud de valores entendidos o implícitos (*understanding)* su producto pertenece a su empleador -trabaja en la fábrica de su empleador, con maquinaria de su empleador-: el trabajador se limita a añadir valor a la propiedad del empleador>>.[33]

En el Derecho del Trabajo clásico, cuando un sujeto es dueño de los medios de producción -por lo general- se trata, de un empleador o un trabajador independiente o autónomo, en virtud de que usa sus propios medios, para comercializar un producto o servicio determinado.

---

31 Salvo las excepciones señaladas en materia de la Seguridad Social, posibilidad de asociarse en sindicatos así como celebrar acuerdos colectivos, en armonía con el artículo 40 de la Ley Orgánica del Trabajo.

32 CARBALLO MENA, César Augusto. *Delimitación del Contrato de Trabajo.* Editado por la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas-Venezuela 2001. p. 31.

33 COMMONS, J.R. *The legal foundations of capitalism,* The University of Wisconsin Press, 1968 (primera edición de 1923), pág. 287. A su vez citado por MARTÍN VALVERDE, A. *Lectura y relectura de la "Introducción al Derecho del Trabajo".* Revista Española de Derecho del Trabajo. Editorial Civitas. Madrid-España 1996. Nº 77. p. 420. (Subrayado propio)

Trabajemos sobre un ejemplo, el abogado que tiene su propio bufete y trabaja con sus propios medios de producción, tiene un contrato de asesoría externa permanente con una empresa determinada, a la cual le presta un servicio en contraprestación de una remuneración, siendo la misma habitual (mes a mes) y continua (no ocasional), asimismo se le va a referir una cantidad de trabajo, -*a priori*- pareciera que se dibujan en este caso ciertas notas de laboralidad, -prestación personal del servicio, remuneración y cierto grado de subordinación- pero, analizando los elementos a fondo, entre ellos la realidad de los hechos, podemos verificar, que la ajenidad no se encuentra presente, siendo que el abogado trabaja con sus propios medios de producción, a su vez tiene otros empleados, diseña libremente su forma de trabajar, teniendo el poder de dirección sobre su bufete, por lo tanto no está subordinado a su cliente, e incluso pudiera delegar el trabajo en otro abogado de la firma, porque lo importante es desempeñar el trabajo como un buen padre de familia, independientemente de quien lo realice; cosa distinta sería si éste abogado trabajase dentro de las instalaciones de la empresa, con los medios de producción de la misma, porque ahí no abría dudas sobre la existencia de la relación de trabajo.

En este sentido fue decidido por una sentencia de la SALA SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, con ponencia del Magistrado JUAN RAFAEL PERDOMO, que estableció:

> El juzgador de la Alzada consideró que con las pruebas aportadas se comprobaba que la vinculación existente entre el actor y la demandada era la propia de un abogado externo, antes que una relación laboral, quedando desvirtuada la presunción contenida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo.[34]

En el Derecho del Trabajo clásico, el empleador es dueño de los medios de producción, por lo tanto, se hace acreedor de los frutos producidos por la labor desempeñada de sus trabajadores y así asume los riesgos de la suerte del negocio, siendo que, está comprometida la actividad del hombre, independientemente, del resultado que comporte tal actividad.

Al existir un sujeto que sea dueño de los medios de producción (titularidad en los medios de producción), con los cuales obtiene su fuente de ingreso (titularidad en la producción) y a la vez asume las ganancias o pérdidas del negocio (titularidad en los riesgos de la

---

34 SALA DE CASACIÓN SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Sentencia de fecha 12-06-2001.* Caso CAEMPRO. Con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo.

producción), estaremos hablando de un empresario, un comerciante o un *trabajador autónomo o independiente*, pero nunca de un trabajador subordinado, por ende, la nota de laboralidad quedará desvanecida, por cuanto, queda evidenciado, que este sujeto no es ajeno al proceso productivo.

ii.(iii) *Ajenidad* en los riesgos de la producción:

Parte de la doctrina *ius laboralista* opina que la ajenidad en los riesgos no puede elevarse a una nota definitoria de la relación de trabajo, que en palabras de MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO, se plasma "*En resumen, la ajenidad de riesgos tampoco puede elevarse a nota definitoria de la relación de trabajo*"[35]

A su vez otra parte de la doctrina se inclina por el realce de la ajenidad como rasgo esencial de la relación de trabajo, que en palabras de CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA y HUMBERTO VILLASMIL PRIETO, destacan:

> Como se observa, esta última noción entronca con la *ajenidad* como rasgo esencial de la relación de trabajo, la cual -como antes se apuntó- es susceptible de descomponerse en esferas de virtualidad: a) *ajenidad* en los factores de la producción, es decir, que el trabajador se inserta en la empresa de otro; b) *ajenidad* en los réditos o frutos del proceso productivo, los cuales son apropiados *ab initio* por el empleador; y c) *ajenidad* en los riesgos que dimanan del referido proceso, correspondiendo su asunción, entonces, al empleador.[36]

Así mismo en este orden de ideas se expresa, HECTOR C. GUISADO[37], aduciendo:

> Los servicios se prestan *por cuenta y a riesgo* de otro. Esto significa, de una parte, que se brindan por el trabajador no así mismo, sino a otro *o ajeno*: el empleador (normalmente un empresario), que adquiere, en virtud

---

35 RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. *La Dependencia y la Extensión del Ámbito del Derecho del Trabajo.* En *Revista de Política Social*. Nº 71. Madrid 1966. p. 157.

36 CARBALLO MENA, César Augusto y VILLASMIL PRIETO, Humberto. *El Objeto del Derecho del Trabajo.* Publicado en la obra *Las Fronteras del Derecho del Trabajo.* Editado por la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas-Venezuela 2000. p. 89.

37 GUISADO, Héctor. *Curso del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Editorial Astrea. Tercera Edición. Buenos Aires 1999. p. 115.

> del contrato, tanto el derecho al trabajo prestado como la titularidad originaria sobre los frutos de ese trabajo (Alonso Olea). Y, de otra parte, quiere decir que el empleador –como contrapartida del aprovechamiento de los beneficios del trabajo- ha de asumir los riesgos de la gestión de la empresa, manteniendo a salvo las pérdidas al trabajador.

Por otro lado, aún cuando RAFAEL ALFONZO-GUZMÁN señala que el trabajador cede al empleador los *riesgos* de la empresa de acuerdo a la teoría de la *ajenidad,* hace unas observaciones al respecto, en este sentido, señala:

> La transferencia al empleador del fruto o producto del trabajo centra la teoría de la *ajenidad.* Por efecto inicial de su contrato, el trabajador *cede* al patrono las resultas de su esfuerzo y se hace *ajeno* a la dirección y a los *riesgos* de la empresa. (…)
>
> Varias observaciones nos merece tal teoría. *En primer lugar,* dentro del marco del derecho del trabajo, y también fuera de él, existen personas que prestan servicios en beneficio ajeno, *pero no son trabajadores;* sin embargo, carecen de derechos sobre el producto de su trabajo y son igualmente ajenos a la dirección y a los riesgos de la empresa de sus respectivos contratantes: sirven de ejemplo, el intermediario y el contratista…[38]

En este sentido, MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO, parafraseando a JUAN ANTONIO SAGARDOY BENGOECHEA, ha señalado: "*Además, como ha puesto de relieve entre nosotros Sagardoy, el riesgo de explotación afecta aún, menos que, al propio trabajador, al contratista*".[39]

En efecto, existen ciertos sujetos de Derecho del Trabajo, que aun cuando, se encuentran inmersos en la teoría de la *ajenidad,* no son trabajadores a la luz de esta disciplina, ello devela que no podría aplicarse sólo un elemento del contrato de trabajo a un caso determinado de zona fronteriza del Derecho del Trabajo, porque sería muy difícil calificar la vinculación jurídica real, siendo que en toda relación laboral se encuentra presente el elemento *ajenidad,* asimismo ésta puede coexistir con otra vinculación jurídica, lointeresantes es

---

38 ALFONZO-GUZMÁN, Rafael. (2003) *Ajenidad y Dependencia.* Ob. Cit. p. 88.

39 RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. *La Dependencia y la Extensión del Ámbito del Derecho del Trabajo.* Ob. Cit. p. 157.

que al desvanecerse por completo *la ajenidad,* nos encontraremos con otro tipo de relación jurídica, distinta a la del Derecho del Trabajo, he ahí, su importancia.

Corolario de ello, cuando hablamos de un contratista, es claro que no se trata de una relación laboral de dependencia, pero también es claro que el contratante, siempre va a impartir ciertas directrices, siendo que éste requerirá, un esquema de la obra, un plazo de entrega, supervisión de la obra, llamadas de atención, horario en que será desarrollada la obra, etc., que sin estar sometido a una estricta "subordinación o dependencia", la cercanía conceptual es clara a la directriz impartida por el contratante, por lo que al plantearse un caso de dudosa concepción, deberán conjugarse los elementos del contrato de trabajo, siendo que, aun estando presente la *ajenidad* en todo su esplendor, también la cercanía a la subordinación o dependencia es evidente. Por otro lado, la remuneración también hace acto de presencia; pero al conjugarlos con *la prestación personal del servicio* y esta brilla por su ausencia, por cuanto, el servicio es prestado por otros sujetos, distintos al inicialmente contratado, entonces podremos con toda seguridad aseverar, que no se trata de una relación laboral, sino de una relación civil, a través de la ejecución de un contrato de obras, perfeccionado con un verdadero contratista, es ahí donde destaca la importancia de la conexión de todos los elementos del contrato de trabajo.

Por ello, es importante que estos elementos, no los veamos en forma aislada, es decir, siempre debe atenderse a su conjugación, para así evitar conclusiones inexactas y al tan temido fraude de ley o simulación contractual, siendo que a estas alturas del desarrollo tecnológico, ningún elemento es más importante que otro, sino que, todos merecen igual importancia, para conformar el equipo definitorio de la relación laboral, en los casos de las *zonas fronterizas del Derecho del Trabajo.*

En este sentido se expresa ANTONIO MARTÍN VALVERDE, quien señala:

> Además, es la jurisprudencia la que suele encargarse, con la eventual ayuda de la doctrina científica a la que sigue unas veces y a la que se anticipa otras, de la labor de adaptación o acondicionamiento conceptual *ad hoc* de las notas del contrato de trabajo que se requiere en el tratamiento jurídico de estas prestaciones de servicios fronterizas.[40]

---

40 MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Fronteras y <<zonas grises>> del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001).* Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. Editado por el Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid 2002. p. 33.

En sí, podemos afirmar, que ningún trabajador dependiente se apropia de los frutos de la producción, tampoco asume los riesgos del proceso productivo, por ende, es este elemento -*ajenidad*- un gran coadyuvador para solventar un caso de zona gris o fronteriza del Derecho del Trabajo, porque cuando surge un conflicto judicial con un pretendido trabajador y de la situación fáctica se verifica, que el mismo, se apropia de los frutos y/o asume los riesgos de la producción, aun cuando, estén presentes un número significativo del resto de los demás elementos, podemos concluir, que no se trata de una relación laboral, en virtud de que falta, en esa vinculación jurídica el elemento *ajenidad*.

Por ejemplo, en un caso concreto, se presenta un conflicto de intereses intersubjetivos de índole laboral, donde se verifica que el demandante presta sus servicios personales y recibe una remuneración por la venta realizada, a través de un contrato de comisión mercantil, pero también se evidencia que asumía los riesgos de las ventas (no *ajenidad* en los riesgos de la producción), por cuanto, si no vende no gana, es una obligación de resultado, más no de medio, donde lo que importa es el éxito de la venta, a su vez trabaja con sus propios medios de producción, siendo que éste posee una verdadera firma mercantil (no *ajenidad* en la propiedad de los medios de producción), la cual tiene sus propios trabajadores (secretaria, personal administrativo), sus propias herramientas de trabajo e inventario, sus propios vehículos, compra mercancía del otro sujeto para él revenderla a un precio libre; aun cuando el accionante prestare un servicio personal, recibiere una remuneración en contraprestación del servicio brindado y hubiese ciertas directrices de la empresa contratante, pero se verifica que el elemento ajenidad no está presente, se puede concluir, que una persona que sea dueña de sus propios medios de producción, asuma los riesgos del negocio, sea un comerciante que tiene su propia empresa que funciona, que compite comercialmente con otros sujetos, es un verdadero trabajador por cuenta propia, que no está sometido a la legislación laboral salvo en lo dispuesto en el Art. 40 LOT.

En este orden de ideas, ANTONIO MARTÍN VALVERDE, comentando jurisprudencia española destacó:

> En el desarrollo de esta línea jurisprudencial podemos partir de la STS de 27 de junio de 1989, en la que se discute cuál es la jurisdicción competente para resolver sobre un litigio relativo a un seguro privado de accidentes corporales. El asegurado lo planteó ante la jurisdicción social y no la civil, entendiendo que era trabajador por cuenta de una sociedad anónima. La respuesta judicial, levantando una vez más el <<velo societario>> no se atuvo a este criterio del <<empleador

> formal>>, y declaró que la competencia del asunto correspondía al orden civil de la jurisdicción. *El fundamento de la resolución es que faltaba en la relación de servicios la nota de ajenidad*, puesto que el demandante disponía del 98% de las acciones de dicha sociedad en la que prestaba servicios.[41]

Siendo además, este elemento clave, para tratar casos como el de *teletrabajo* (sobre el cual haremos referencia más adelante), en virtud de que la dependencia o subordinación en este tipo de casos, a veces, se encuentra un poco nublada, no así la *ajenidad*, en este sentido, se cita otra sentencia española, comentada por ANTONIO MARTÍN VALVERDE:

> La sentencia se inclinó en el caso por la calificación de laboralidad…
> Todavía un punto más interesa resaltar de la sentencia dictada en el asunto <<Iberinform Internacional S.A.>>. El trabajo de información realizado por los demandantes <<*quedaba en propiedad de la empresa*>> cliente, sin que los trabajadores <<*pudieran disponer del mismo a favor de otras empresas, comercializarlos o utilizarlos de cualquier otra forma*>>, y sin que pudieran <<*hacer el servicio de otra forma que no sea a través de ésta*>> (la empresa Iberinform. Como se ve, ***la zona gris del teletrabajo se encuentra en la <<frontera imprecisa>>*** no sólo entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, sino también en la frontera asimismo difusa entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia. En el caso concreto de la sentencia de la STS de 22 de abril de 1996 la concurrencia de la nota de la ajenidad no parece ofrecer dudas, a la vista de los datos anteriores. (negritas propias)[42]

En los análisis jurisprudenciales destacados *ut supra* podemos evidenciar, que en el *primer caso* solo faltó *la nota de ajenidad* y por lo tanto se sostuvo que era un asunto que correspondía al orden civil; y en *el segundo* que los frutos producidos en el teletrabajo quedaban en la empresa (*ajenidad* en la titularidad de la producción) y por ende la calificación fue de laboralidad, por ello es que, todos los elementos del contrato de trabajo revisten especial importancia en una *zona fronteriza del Derecho del Trabajo.*

---

41 MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Fronteras y <<zonas grises>> del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001).*Ob. Cit. p. 45-46. (Cursivas propias)

42 MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ibidem. p. 42.

iii) Subordinación o Dependencia:

La relación de trabajo es la vinculación jurídica en la cual, una persona, mediante el pago de una remuneración, *subordina* su fuerza de trabajo personal, al servicio de su empleador.

El trabajador pone a disposición de su empleador un tiempo de servicio convenido, para ser ejecutado periódicamente, a cambio de una contraprestación económica, por ende, el empleador es quien da las órdenes en todo lo concerniente al proceso productivo y al desempeño del trabajo desarrollado por el prestador de servicio, siendo así, el trabajador queda subordinado a las directrices que impone su empleador.

En esta ilación de ideas RAFAEL ALFONZO-GUZMÁN, expresa:

> En rigor, el contrato de trabajo se perfecciona, únicamente, cuando la obligación pactada, cualquiera que sea su índole, coarta la libertad personal del obligado para elegir a voluntad las condiciones de modo, tiempo y lugar en que esa obligación ha de ser cumplida. Con un perfil distinto al tradicional, el contrato de trabajo podría ser definido como un convenio de enajenación temporal de la libertad del trabajador para obrar por sí mismo en cumplimiento de su obligación de trabajar.
>
> Son dichos elementos accidentales de la obligación de trabajar, que vinculan su cumplimiento personal a modos, horarios y lugares ineludibles para el trabajador, los que definen el estado de subordinación laboral. Sin ellos, el deber de la actividad para otro podría ser estimada de carácter civil o mercantil, y sólo por efecto de los mismos se explica que sea una voluntad ajena a la del trabajador, la que anime su fuerza y la inteligencia de su acción.[43]

En este sentido, nos expresan los catedráticos españoles MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ Y MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA:

> **Configuración dogmática del contrato de trabajo.-** El contrato de trabajo es el origen y el permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre dos personas (empresario y trabajador), en las que el trabajador entrega libremente su trabajo, en un tiempo dado y bajo la potestad organizadora del empresario,

43 ALFONZO-GUZMÁN, Rafael (2000). Ob cit.

quien debe retribuirlo.[44]

Asimismo RAFAEL ALFONZO GUZMÁN (1994:63) hace residir la subordinación en la disponibilidad del trabajador y en el hecho de trabajar por cuenta ajena, señalando que las instrucciones, órdenes y reglamentaciones del empleador, son efectos del estado de subordinación, pero no la causa de ésta, que en sus propias palabras señala:

> Las instrucciones, órdenes y reglamentaciones obligatorias del empleador, son, únicamente, efectos del estado de subordinación, pero no la causa de ésta. En rigor, la subordinación del trabajador se origina en su obligación de trabajar por cuenta ajena y de permanecer a disposición de su patrono con el fin de prestarle el servicio en las condiciones fijadas en el contrato o la ley. Como efecto del derecho correlato de dicha obligación, el patrono dictará las órdenes e instrucciones, que son el signo externo de la subordinación.[45]

Incluso existen autores que han establecido que la relación de trabajo nace al momento de materializarse la subordinación, así es expresado por MARIO DE LA CUEVA, quien ha distinguido:

> La relación de trabajo no nace sino a partir del momento en que la subordinación del trabajador al empresario deja de ser un simple poder de hecho para transformarse en poder jurídico. Las explicaciones de Sinzheimer y Barassi son concluyentes al respecto.
>
> En tanto no se ejerza sino un poder de hecho sobre el trabajador no existirá relación de trabajo, sino una especie de servidumbre o esclavitud y si desaparecidas estas instituciones no existiera sino un simple poder de hecho, no sería posible obligar al trabajador a que obedeciera al empresario. La producción sería imposible, puesto que su éxito o fracaso dependería de la voluntad del trabajador, quien, por no estar obligado, podría negarse a obedecer al patrono.[46]

MARIO DE LA CUEVA, precisa a la subordinación como una

---

44 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Novena Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 2001. p. 645

45 Citado por HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar y RICHTER, Raquel. Ob. Cit. p. 15.

46 DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo.* Tomo I. Editorial Porrúa, México 1959. p. 495.

relación jurídica de poder, que instaura la particularidad de la relación de trabajo, consintiendo sin embargo, que para que exista, "debe atenderse menos a la dirección real, cuanto a la posibilidad jurídica de que esa dirección exista, esto es, a la posibilidad jurídica de que el patrono imponga su voluntad y a la consiguiente obligación del trabajador de conformarse, en la prestación del servicio, a las instrucciones recibidas".[47]

En este sentido la doctrina se inclina por la clasificación de la subordinación en *jurídica y económica*, esta categorización es sostenido entre otros por RÁFAEL CALDERA, quien distingue entre subordinación jurídica y subordinación económica, entendiendo por la primera: "la obligación asumida por el trabajador de someterse a las órdenes o instrucciones del patrono", en tanto que la subordinación económica "reside en la necesidad que el trabajador tiene de la remuneración para su subsistencia, o mejor dicho, en el carácter vital de la remuneración".[48]

Por otro lado, parte de la doctrina también ha señalado la existencia de la *naturaleza técnica de la subordinación,* entre ellos FRANCISCO SANTORO PASSARELLI[49], quien ha establecido que la subordinación es un anhelo de la ordenación técnica, que en sus propias palabras ha plasmado: "*La subordinación del trabajador es una subordinación técnica y funcional, es decir, determinada por la prestación de trabajo y vinculada a ésta."* Que hoy en día, tal criterio es beneplácito, siendo que -producto del avance tecnológico- existen distintas formas de trabajo humano adecuadas y ordenadas técnicamente en pro de la teleinformática, las telecomunicaciones y la internet, por lo que se supedita el trabajo humano a la dependencia técnica, requerida en ciertos casos por el empleador- "*No obstante, como esta actividad exige la perseverante actividad personal del trabajador, la subordinación es también necesariamente personal"*[50]

Es frecuente encontrar en la doctrina *ius laboralista,* en los estudios sobre subordinación, la clasificación que recibe este elemento del contrato de trabajo, desde el punto de vista de la subordinación jurídica, económica y técnica.

Pero es importante destacar que la subordinación siempre va a

---

47 DE LA CUEVA, Mario. Ibidem. p. 498.

48 CALDERA, Rafael. *Derecho del Trabajo.* Editorial El Ateneo. 2ª Edición. 8ª Reimpresión. Buenos Aires 1984. p. 270.

49 SANTORO PASSARELLI, Francisco. *Nociones de Derecho del Trabajo.* Madrid 1963. p. 66.

50 Ibidem.

denotar un rasgo inseparable de ella, que es, *el carácter personal* que esta tiene, siendo que no puede existir la subordinación, bien sea jurídica, económica o técnica, de un sujeto indefinido, en virtud de que el carácter personal es inherente al elemento subordinación, si desaparece tal carácter, también desaparecerá la subordinación.

En otro orden de ideas, RAFAEL CALDERA, acierta en la justificación de la dependencia (subordinación), como elemento definitorio de la relación de trabajo, siendo que el trabajo limita la libertad de acción del trabajador, cuya situación necesariamente debe ser amparada por la legislación especial, al existir la yuxtaposición de orden de un sujeto de derecho sobre otro, que va a incidir en su libre actividad por un tiempo determinado, limitándola así en el contrato de trabajo, cuando señala "desde el punto de vista jurídico, la de que el trabajador está sujeto a las órdenes e instrucciones del patrono, lo que supone para él una merma de su libertad y justifica en su favor una legislación que lo ampare".[51]

El profesor OSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, señala que *"podría decirse que este concepto (subordinación) es factor fundamental para establecer las fronteras entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil y el Derecho Mercantil*".[52]

Es por ello que en un caso fronterizo de Derecho del Trabajo, debemos atender al elemento subordinación, en cualquiera de sus distintas facetas, para disipar dudas en torno a la relación jurídica que se presenta, para descifrar si se trata verdaderamente de una relación de trabajo o si precisamente lo aparente son las notas de laboralidad.

Es oportuno traer a colación una serie de sentencias citadas por OSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ y RAQUEL RICHTER[53] , donde se observa de las decisiones judiciales, los tópicos de interés en torno a la subordinación:

* La subordinación implica para el patrono el poder de dirección, organización, vigilancia y disciplina en la entidad jerarquizada que es la empresa y, para el trabajador, la obligación de obedecer ese poder (Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia, 13-08-97).

* Los servicios prestados por un médico que ejecuta su trabajo

---

51 CALDERA, Rafael. Ob. Cit. p. 271.

52 HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar y RICHTER, Raquel. Ob. Cit. P. 14.

53 HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar y RICHTER, Raquel. Ob. Cit. p. 18-20.

con elementos proporcionados por el patrono, sometido a un horario aunque sea inferior a las ocho horas establecidas por la Ley-, y sujeto a subordinación- aunque sea administrativa- configuran un contrato de trabajo con un médico, a éste le corresponden no solamente los beneficios en él contemplados, sino también los estipulados en los contratos colectivos. (Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo de la c.j. del estado Zulia, 3/6/82) (Porras Rengel, 1990, 131:6).

* El sometimiento a un horario es fundamental para caracterizar el elemento subordinación, típico de las relaciones laborales. (Juzgado Superior Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo de la c.j. del estado Bolívar, 6/5/81). (Ibid., 930).

* La Subordinación es la potestad del Patrono de dirigir y vigilar la prestación de servicios y de someter al trabajador a las reglas técnicas o de conducta que estime necesarias en relación con el trabajo, (CJMT. 9/5/74) (Ibid., 927).

* El Salario no es elemento esencial del contrato de trabajo, pues constituye una derivación de los otros dos elementos, o sea, el servicio prestado y la subordinación. La mayoría de los contratos contienen el elemento "servicio" y el elemento "salario"; [o equivalente] pero el de trabajo es el único que contiene el elemento "subordinación" (Juzgado de Primera Instancia del Trabajo de la c.j del estado Carabobo, 15/5/64) (Porras Rengel, 1989,211:1).

* Para que exista subordinación en el contrato de trabajo, debe [éste] reunir dos aspectos: el jerárquico o jurídico que se refleja en el sometimiento del trabajador a las órdenes e instrucciones del patrono; y el económico, que se traduce en que el trabajador deriva su subsistencia de la remuneración. El concepto es flexible, y para juzgar el grado de dependencia deben tenerse en cuenta las características de las personas y la importancia del empleo. (Juzgado Superior del Trabajo, c.j. del Distrito Federal y estado Miranda, 22/2/63) (Ibid., 926).

* Como el demandante se limitaba a pedir mercancías o comprarlas para revenderlas libremente sin recibir órdenes de la empresa y asumiendo los riesgos, por consiguiente no hay prestación de servicios ni subordinación laboral Juzgado de Primera Instancia del Trabajo C.J. estado Mérida, 12/6/62) Ibid., 924).

* La reiterada jurisprudencia admite; 1º para determinar si existe contrato de trabajo debe constatarse si concurren sus elementos; 2º) la subordinación es un elemento variable, conforme a las exigencias de la labor realizada; tipificándose su primer grado en la obligación del trabajador de realizar la labor por sí mismo de acuerdo a las directrices del patrono; 3º ese grado mínimo reviste tres aspectos: técnicos, económico y psicológico; 4º los elementos accesorios no

afectan la naturaleza del contrato de trabajo y 5º las características de cada contrato no se definen por la naturaleza que les atribuyen las partes, sino por la apreciación de los hechos que haga el juzgador.(Juzgado Segundo de Primea Instancia del Trabajo de la c.j. del Distrito Federal, 25/5/45 (Ibid., 925).

En este orden de ideas, ANTONIO MARTÍN VALVERDE, comentando jurisprudencia española destacó:

> Entre las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (…)
> Por su parte, la STS de 2 de julio de 1996 califica como contrato de agencia de comercio excluido de la legislación laboral aquél en que una agente comercial goza de <<*plena autonomía para organizar tal actividad* (de agencia comercial) *y el tiempo que dedicara a ella, sin otro límite que el de sujetarse a los criterios que recibiera en lo relativo al precio de dichos productos, pago de su importe y condiciones de entrega, recibiendo en compensación el importe de la comisión que fue fijada al respecto*>> ***Nótese que en esta sentencia sobre los agentes de comercio autónomos la exclusión del régimen laboral se apoya exclusivamente en la falta de la nota de subordinación o dependencia***; en el caso, la agente comercial trabajaba por cuenta de la empresa, obligándose a actuar como <<*intermediaria en la venta de los productos de ésta, sin asumir el buen fin de las ventas que se realizaran con su intervención*>> (negrita propias)[54]

Para concluir, podemos destacar que la subordinación, es un elemento fundamental calificador, para atender un caso de *zona fronteriza de Derecho del Trabajo,* dado que si el sujeto prestador de servicio se somete y limita su libertad de acción, en aras de las exigencias de otro sujeto para percibir a cambio una remuneración económica, está latente el elemento subordinación o dependencia, bien sea, jurídica, económica o técnica, por lo tanto la nota de laboralidad será penetrante, pero si éste sujeto es quien ordena su tiempo y dirige su propia producción, la autonomía jurídica será la que resalte y por ende la protección laboral se debilitará.

---

54 MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Fronteras y <<zonas grises>> del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001).*Ob. Cit. p. 40. (Resaltado propio)

iv) Remuneración:

La remuneración es un elemento esencial en el contrato de trabajo, normalmente se le denomina *salario o sueldo* y representa la contraprestación económica recibida por el trabajador, derivado del servicio personal prestado en favor de su empleador.

Etimológicamente la palabra salario, proviene del latín *salarium,* a su vez procedente de *sal*, porque era costumbre antigua dar a los domésticos en pago una cantidad fija de esa substancia. En cambio, *sueldo* denominación predominante hoy para referirse al pago o remuneración que el trabajador recibe por sus servicios, procede de *soldada*, la paga que percibía por su actividad el hombre dedicado al servicio de las armas[55].

En definitiva el salario representa "el pago o la remuneración que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios, a cambio de ceder al patrono todos sus derechos sobre el trabajo realizado"[56].

RAFAEL CALDERA expresa que el salario es más bien una consecuencia de los otros dos elementos (prestación personal del servicio y subordinación) que un elemento de criterio decisorio sobre la existencia o no de un contrato de trabajo, que en sus propias palabras establece: "el *pago de una remuneración,* comúnmente llamada *salario.* Este elemento, utilizado a veces como criterio para decidir sobre la existencia o no de un contrato de trabajo, es más bien una consecuencia de los otros dos elementos".[57]

Cuando se pacta una contratación laboral, en ella va incluido por ley el elemento salarial, de igual forma, los contratos son ley entre las partes -*pacta legem contractui dant*- (los pactos dan fuerza de ley al contrato), por lo tanto, no podrá existir una relación o contrato de trabajo sin *remuneración económica,* ello constituye una presunción *iuris et de iures*, es decir, que al haberse pactado una vinculación jurídica de índole laboral, el pago del salario es una obligación que no puede ser eludida.

La presunción legal a favor del contrato de trabajo respecto de toda relación trabajo-salario (art. 3 LCT) juega, en principio, un importante papel de cara a interpretar la preferencia legal por el contractualismo laboral[58].

---

55 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario de Derecho Laboral.* Editorial Heliasta. Buenos Aires 1998. p. 517.

56 ISAZA CADAVID, Germán. *Derecho Laboral Aplicado.* Editorial Leyer. Sexta Edición. Bogotá-Colombia 2002. p. 163.

57 CALDERA, Rafael. *Derecho del Trabajo.* Ob. Cit. p. 269-271.

En este sentido, plasma IGNASIO ALBIOL MONTESINOS[59] , que "El carácter <<retribuido>> de los servicios que el trabajador presta al empresario aparece como dato necesario -aunque no suficiente- para que la relación entre ambos pueda calificarse de laboral y quedar, por tanto, comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo".

El Derecho del Trabajo siempre conlleva la obligación para el empleador de pagar el salario a sus trabajadores en contraprestación a la prestación personal del servicio recibido, por lo tanto, este es un elemento inseparable -pero no exclusivo- del contrato de trabajo, que a su vez coadyuva a solucionar problemas de índole *fronterizos*, sobretodo a través del *principio de la proporcionalidad salarial*.

En el entendido de que si el prestador del servicio, percibe del beneficiario una contraprestación fija, preestablecida *y proporcional*, estaremos en presencia de un fuerte indicio de laboralidad. En cambio, si la retribución del dador del servicio proviniere de un tercero o variase dependiendo de la cantidad y calidad del trabajo ejecutado, o si la misma no es adecuada con la labor desempeñada, se perfilaría, por el contrario, un indicio de autonomía jurídica.[60]

Así el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) consagra que *"…todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente* <<principio de suficiencia del salario>> *que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo…"* <<principio de proporcionalidad salarial>> -es decir que, el salario siempre debe ser proporcional con la labor desempeñada-.

El principio de proporcionalidad salarial está señalado como uno de los límites del Derecho del Trabajo, siendo que el Estado va a garantizar el pago de salario igual por trabajo igual, instaurando que debe existir un equilibrio, el cual, al ser quebrantado en perjuicio del trabajador, el Poder Ejecutivo y Judicial a través del Ministerio del Trabajo y los tribunales competentes, respectivamente, deben intervenir de forma efectiva, bien a instancia de parte o aún de oficio, para lograr mantener la armonía salarial; pero cuando es a la inversa

---

58 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *La Nulidad Parcial del Contrato de Trabajo.* Editorial Tecnos. p. 148

59 ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. *Las obligaciones del empresario (I): El Salario.* Publicado en la obra *Derecho del Trabajo. Fuentes y Contrato Individual.* Editorial tirant lo blanch. Valencia-España 1999. p. 462.

60 CARBALLO MENA, César Augusto. *Aproximación Crítica a la Doctrina Laboral del Tribunal Supremo de Justicia.* Publicado por la UCAB. Caracas 2003. p. 107. (Parafraseada la idea del autor).

y desproporcionada la ventaja económica en favor del prestador de servicio, entonces no será necesario la intervención proteccionista gubernamental, siendo que, el pretendido trabajador[61] no es un débil económico y su remuneración podrá no ser producto de un servicio de índole laboral, debido a sus altas ganancias económicas en la labor desplegada, lo que desdibuja una proyectada relación laboral.

El salario con el trabajo desempeñado debe mantener la debida proporcionalidad -*principio de proporcionalidad salarial del Derecho del Trabajo*-, lo que configura uno de los límites que tradicionalmente la doctrina jurisprudencial ha exigido en materia laboral, en el entendido de que la remuneración no debe ser desproporcionada en comparación a la actividad desarrollada por el trabajador, porque de lo contrario la remuneración pierde la naturaleza jurídica asignada por el artículo 91 de la CRBV, en otras palabras, la retribución económica no puede ser excesivo al trabajo desempeñado, porque tal desproporción conlleva a la desprotección laboral, en virtud de que dicha remuneración económica, podría no catalogarse como salario, sino como una contraprestación de una negociación civil o mercantil.

En este sentido el TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN SALA DE CASACIÓN SOCIAL, señaló lo siguiente:

> 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 calificados, tanto del sector público como privado.
>
> Ciertamente, si nos percatamos del valor atribuido por las partes a la prestación a desarrollar, (…), seguramente concluiremos, que tal ponderación supera con toda objetividad a los salarios con mayor relevancia cuantitativa, no solo del gremio de los profesionales de la docencia, sino de los cargos más trascendentes dentro de la estructura pública nacional.
>
> Por tanto, se puede hacer referencia a un caso por demás ilustrativo como el del Presidente de la República, siendo para aquél momento con certeza, un cargo de considerable incidencia salarial en la Administración Pública Nacional.

---

61 Caso del trabajador autónomo o independiente, que en nuestra legislación está previsto en el artículo 40 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997).

> De tal forma, lo elevado de la contraprestación derivó, de la naturaleza del servicio a prestar, y lo cual justifica plenamente, la carga de la parte actora con relación a los riesgos económicos inherentes a la ejecución de dicha actividad (entre ellos el fundamental, la fuerza de trabajo).
>
> Tal afirmación permitirá establecer, que lo percibido por la parte actora como contraprestación a su servicio, no puede catalogarse como salario.[62]

El *principio de la proporcionalidad salarial* constituye una demarcación, al momento de ejercer facultades calificadoras de una relación de trabajo y es por tal razón que resulta vinculante su utilización en el marco del *ius laborum*, por el órgano jurisdiccional para la determinación de una *zona fronteriza del Derecho del Trabajo*.

Este *principio de proporcionalidad salarial* encuentra fundamento en el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que señala:

> **Artículo 91.** Todo trabajador tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. *Se garantiza el pago de igual salario por igual trabajo* y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y deberá pagarse periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley. El Estado garantiza a los trabajadores y trabajadoras del sector público y privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento.[63]

En definitiva, podemos concluir que el trabajador cuando devenga su remuneración, por medio de la ejecución del contrato de trabajo, su medida siempre dependerá de los matices de la labor desarrollada, siendo que de mejor calidad o cantidad el trabajo

---

62 TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN SOCIAL. Sentencia de fecha 13/08/2002, con ponencia del Magistrado OMAR MORA DÍAZ, caso Mireya Beatriz Orta de Silva Vs. Federación Nacional de Profesionales de la Docencia-Colegio de Profesores de Venezuela (FENAPRODO-CPV)

63 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.* N° 5.453. (Extraordinario)

desempeñado, en la misma manera lo será su salario -esto es el principio general- pero cuando evidenciamos que existe una desproporción económica en favor del sujeto prestador de servicios, puede que se trate de un contrato derivado de otra disciplina jurídica y no la laboral, lo que se traduce en un servicio prestado bajo el ámbito civil e incluso mercantil.

v) Principio de realidad sobre las formas o apariencias:

En el campo de las vinculaciones *intersubjetivas* existen infinidad de relaciones, perteneciendo muchas de éstas al campo del Derecho del Trabajo o por el contrario al ámbito del Derecho Civil o Mercantil, por ello, siempre debemos atender a *la realidad* de la prestación del servicio, para tener en cuenta si en verdad existe una simulación de actividad civil o mercantil o si precisamente lo aparente son las notas de laboralidad.

La existencia de la 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. 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 determina su existencia.[64]

Este principio sobrepone la primacía fáctica sobre las formas, apariencias o exteriores visibles de una relación jurídica, para realzar y dejar al descubierto la realidad de los hechos desarrollados en tal vinculación, en ese sentido, le resulta aplicable a la real prestación del servicio, todos los elementos del contrato de trabajo, así como los indicios de laboralidad, para poder definir si la relación que vincula a las partes contratantes, pertenece o no a la disciplina del Derecho del Trabajo.

El *principio de la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias*, encuentra fundamento en el artículo 89 parte *in fine* del numeral 1º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que expresa: "*En las relaciones laborales prevalece la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias*". Asimismo se encuentra recogido por el literal c) del artículo 8 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, que señala: "*c) Primacía de la realidad o de los hechos, frente a la forma o apariencia de los actos derivados*

64 DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo I. Décima Edición. Editorial Porrúa. México 1967. p 458-459.

de la relación jurídico laboral".

El principio de realidad sobre las formas o apariencias, debe ser aplicado en todos sus sentidos y para todas las partes contratantes, es decir, que no sólo sirve para vincular a una persona natural con otra natural o jurídica, mediante un nexo jurídico-laboral, sino que tal principio puede servir también para aclarar que la relación jurídica no era laboral sino mercantil o civil.

En este sentido se ha pronunciado la SALA DE CASACIÓN SOCIAL, con ponencia del magistrado OMAR MORA DÍAZ, cuando en decisión de fecha 12 de junio de 2001, (Caso INVERBANCO) aseveró:

> Por último y a mayor abundamiento, en la función de esta Sala de Casación Social de aplicar la justicia y la equidad, observa que el actor, en este caso, en su carácter de Presidente de la demandada tenía plena libertad jurídica, y para que en el supuesto que se hubiere considerado trabajador de la accionada, hubiese solicitado el pago oportuno de diversos conceptos laborales que reclama, tales como utilidades y vacaciones, beneficios estos que el mismo actor incrementó a los empleados del Banco -tal como se demostró anteriormente-; sin embargo, nunca se incluyó asimismo, en la participación de tales conceptos, *por lo que la realidad demuestra, que al no configurarse el elemento subordinación, y en base a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se materializó la prestación personal de servicios, la verdadera naturaleza de la relación era civil o mercantil*.
>
> (Cursivas propias)

En el caso anterior al levantarse lo aparente y dejar ver la realidad, se llegó a la conclusión que el demandante no prestaba servicios bajo el elemento subordinación, en consecuencia la SCS-TSJ diagnosticó que la verdadera naturaleza de la relación era civil o mercantil.

En este orden de ideas, la SALA DE CASACIÓN SOCIAL con ponencia del magistrado OMAR MORA DÍAZ, contempló en otra decisión de fecha 13 de agosto del 2002 (Caso FENAPRODO), lo siguiente:

> En esta fase de análisis, resta a esta Sala determinar si en la realidad de los hechos, existió tal como lo declara la recurrida, una relación de trabajo; o por si

> el contrario, la demandada logró desvirtuar la presunción de la misma, al no evidenciarse alguno de los elementos que la integran.
> (…)
> *Ante tal requerimiento, 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.*
>
> (Cursivas propias)

Asimismo, el *principio de primacía de la realidad*, deja claro que la presunción de laboralidad no puede ser desvirtuada por contratos civiles o mercantiles, pactados entre las partes contratantes (declaraciones de voluntad), sino por hechos reales que determinen que la prestación de servicios, se proporciona en circunstancias de independencia y autonomía, para que realmente puedan constituir una relación jurídica de naturaleza diferente a la del Derecho del Trabajo.

Ello ha sido objeto de pronunciamiento cuando la SALA DE CASACIÓN SOCIAL, con ponencia del Magistrado OMAR MORA DÍAZ, sentenció en fecha 31 de Mayo de 2001, (Caso DIPOSA-2) y fortaleció:

> *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 otra persona distinta, no es 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 el trabajador, 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 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.
>
> (Cursivas propias)

El profesor WILFREDO SANGUINETI RAYMOND con notada precisión, en este mismo sentido, expresa:

> La inclusión de mecanismos dirigidos a garantizar la aplicación de las normas laborales, haciendo frente a los intentos de evasivos que en este ámbito pueden producirse, ha corrido paralela a la afirmación del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica. Expresión de este afán garantista han sido, desde antiguo, tanto la atribución de carácter imperativo e irrenunciable a los derechos reconocidos a los trabajadores por las normas laborales, que permite negar validez a los acuerdos suscritos con un mero propósito defraudatorio, aún cuando éstos cuenten su consentimiento expreso, como la afirmación de la prevalencia, a la hora de determinar la existencia de un contrato de trabajo, de la concurrencia en los hechos de sus presupuestos sustantivos sobre la formal y sólo aparente suscripción de un contrato de índole civil o mercantil.[65]

Por ello lo jueces laborales, siempre deben atender al objetivo develado por *el principio de realidad sobre las formas o apariencias*, para poder así concluir si la relación que une a las partes es verdaderamente una relación de trabajo o por el contrario es una vinculación de índole distinta. Ello ha sido dictaminado por la SALA DE CASACIÓN SOCIAL, con ponencia del magistrado OMAR MORA DÍAZ, cuando sentenció en fecha 25 de Octubre del 2004, (CERÁMICA PIEMME, C.A.) y estableció:

> De allí que, la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias impere como principio rector del Derecho del Trabajo y soporte filosófico esencial para quienes tienen la invaluable misión de impartir la justicia laboral.
>
> Es fundamental para los jueces del trabajo, sirviéndose de mecanismos conceptuales (pero de

65 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2005). *"La presunción de laboralidad ¿Un anacronismo jurídico?*. Suministrado en original por el autor para su publicación en la presente *Revista de Derecho del Trabajo*.

> aplicación práctica) como la teoría del levantamiento del velo corporativo, indagar y esclarecer la real naturaleza de la relación jurídica deducida en el proceso.
> (…)
> Una visión disímil a la precedente, abonaría espacio a la imposición de las formas, bien al calificar una relación o institución en el marco del derecho común, cuando lo es del trabajo, o por atribuirle naturaleza laboral cuando desborda tales límites.

El *principio de realidad sobre las formas o apariencias* también encuentra fundamento en los artículos en los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en virtud de ello los jueces laborales siempre deben atender a la búsqueda de la verdad sobre la forma aparente en que se ha prestado el servicio, para que puedan establecer la verdad material sobre los hechos producidos. En este sentido la SALA DE CASACIÓN SOCIAL con ponencia del Magistrado OMAR MORA DÍAZ, en sentencia de fecha 29 de Marzo del 2005 (caso INVERSIONES REYAC, C.A., TRANSPORTE WEEDEN, C.A. y TRANSPORTE STIW, C.A.) determinó:

> Dentro de esos postulados programáticos, cabe resaltar para la resolución del presente conflicto, los contemplados en los artículos 2, 5 y 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, mediante los cuales se les otorga a los jueces laborales la potestad para que estos, conforme al principio de la primacía de la realidad de los hechos sobre las apariencias o formas, indaguen y establezcan la verdad material de los hechos suscitados.
>
> En efecto, de conformidad con dicha Ley Adjetiva Procesal, el Juez debe orientar su actividad jurisdiccional dándole prioridad a la realidad de los hechos (artículo 2), para ello, está obligado a inquirir la verdad por todos los medios a su alcance, debiendo intervenir en forma activa en el proceso, dándole el impulso y dirección de una manera adecuada a la Ley (artículo 5).
>
> Es así que, la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias prevalece como un principio rector en el ámbito del Derecho del Trabajo y por ende conlleva a que sea utilizado frecuentemente por los jueces laborales como sustento filosófico para realizar su labor de impartir justicia, resultando para ellos fundamental la aplicación de mecanismos

> conceptuales como lo es la teoría del levantamiento del velo corporativo, para de esta manera poder así indagar y esclarecer la verdad material de la relación jurídica deducida en el proceso.

Producto de todo lo anterior, se evidencia que la *realidad fáctica sobre las formas o apariencias* representa un punto neurálgico para analizar las zonas grises del Derecho del Trabajo, de ahí que, este principio impere como umbral superior de esta disciplina, otorgando un soporte ideológico esencial para quienes tienen la misión de impartir justicia laboral, en aras de determinar la realidad subyacente sobre los hechos desarrollados en un caso de *zona fronteriza del Derecho del Trabajo*.

vi) La exclusividad:

La *exclusividad* no es un elemento esencial del contrato de trabajo, pero aun así, puede contribuir a descifrar en un caso determinado de *zona gris,* la identificación jurídica de la relación que vincula a las partes contratantes.

Asimismo GUILLERMO CABANELLAS expresa “la exclusividad constituye una presunción favorable a la existencia del contrato de trabajo, pero no integra un elemento indispensable para que se dé tal convenio”.[66]

La asiduidad o la exclusividad son criterios complementarios que se tienen en cuenta para calificar un contrato de trabajo, pero por sí mismos no son decisivos.[67]

La regla general consiste en que el trabajador preste sus servicios a un solo patrono; y la excepción es que lo haga en forma sucesiva a más de uno. Una sola ocupación remunerada y en razón a un único contrato de trabajo es la regla, pero admite numerosas excepciones.[68]

En este sentido, resulta oportuno destacar, que en el Derecho del Trabajo, existe la prohibición de concurrencia desleal, prevista en el artículo 19 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo [69].

---

66 CABANELLAS, Guillermo. *Tratado de Derecho Laboral.* Tomo II. *Derecho Individual de Trabajo.* Volumen I. *Contrato de Trabajo.* Tercera Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires-Argentina 1988. p. 180.

67 SALA FRANCO, Tomás. *Derecho del Trabajo.* Tirant lo blanch. Valencia-España 1999. p. 209.

68 CABANELLAS, Guillermo. Ibidem.

69 **Artículo 19:** *Prohibición de Concurrencia Desleal*. Durante la relación laboral, el trabajador

Agréguese, a lo ya expuesto, las obligaciones de fidelidad y de no competir con el patrono, que el trabajador contrae por el hecho de su vínculo contractual; se verá entonces la imposibilidad de cumplir tales compromisos si el trabajador se encuentra ligado al mismo tiempo por dos contratos de trabajo, en las prestaciones, por similares, resulten antagónicas en cuanto a los intereses de las empresas servidas.[70]

En principio bajo la prohibición de concurrencia desleal, el trabajador debe abstenerse (durante la vigencia de la relación de trabajo) de ejecutar cualquier actividad por cuenta propia o ajena, que pudiera afectar los intereses de su patrono, salvo que esté debidamente autorizado para hacerlo.

Lo anterior permite afirmar, que la posibilidad de prestar servicios simultáneamente a varios patronos está limitada, por el hecho de que el trabajador pudiera lesionar los intereses de su empleador, al prestar servicios por o para otra empresa competidora en la producción o comercialización del mismo ramo (competencia desleal). En este supuesto el trabajador debe estar expresa o tácticamente autorizado por su empleador; lo *primero* ocurre cuando exista manifestación expresa de voluntad del patrono, y lo *segundo*, cuando, conociendo el empleador la simultaneidad de los servicios, no la prohíba o sancione.

La doctrina española a través de la profesora MARÍA JOSÉ NEVADO FERNÁNDEZ, ha establecido lo siguiente:

> Será desleal la conducta que obstaculice, en uno u otro sentido, la transparencia en el mercado, la sana competencia, el mercado libre, causando con ello un disfavor tanto para los empresarios como para los consumidores en general. Lo que determina, en una palabra, la deslealtad en la conducta, es el procedimiento utilizado para competir.[71]

---

deberá abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena, que pudieren afectar los intereses del patrono, salvo que éste lo autorizare expresa o tácitamente.
Este deber podrá exigirse por un período de hasta seis (6) meses después de extinguida la relación de trabajo, siempre que:
a) Se fundare en razones justificadas, atendiendo a la vinculación del trabajador con la clientela, su condición de empleado de dirección, su conocimiento personal de secretos industriales o comerciales del patrono, o cualquier otra circunstancia de naturaleza análoga.
b) Se pactare por escrito al inicio del ejercicio de las funciones que ameritan la prohibición de concurrencia; y
c) Se conviniere una retribución en beneficio del trabajador por el tiempo que rija la cláusula de no concurrencia.

70 CABANELLAS, Guillermo. Ob. Cit. p. 182.

71 NEVADO FERNÁNDEZ, María José (1998). *Las Restricciones a la Competencia en el Contrato de Trabajo.* Ob. Cit. p. 74.

Esta prohibición de concurrencia desleal, es lo que conduce a que en un caso determinado -*la exclusividad*- se convierta en un importante elemento cooperador para descifrar, si el vínculo jurídico que une a ambas partes es laboral o por el contrario civil o mercantil. Por cuanto en la relación laboral, el trabajador tiene un deber de lealtad para con su patrono, no pudiendo realizar negocios que perjudiquen la actividad industrial y/o comercial de su empleador, en el entendido de que, el trabajador independiente no tiene tal limitación o prohibición, por ello, la otra parte del contrato no será su patrono sino muy posiblemente su cliente.

El deber de lealtad se conjuga con la exclusividad; y la exclusividad con la pérdida de libertad de actuación del trabajador (subordinación), por la vinculación laboral existente, en virtud del deber de lealtad y probidad debido al patrono, derivado de las obligaciones que impone la relación de trabajo, es decir, el trabajador no podría dedicarse a prestar un servicio para un tercero o por cuenta propia en el tiempo cedido a su patrono, porque podría devenir en una prohibición limitativa o simplemente desvanecerse la vinculación laboral, para dar paso a otra disciplina jurídica.

En este orden de ideas PEDRO PRADO expresa que "Ello significa también que los deberes correlativos de fidelidad y no concurrencia deben jugar en proporción directa a la de la exclusividad..."[72].

La SALA SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, (caso FENAPRODO), en sentencia del 13-08-2002, con ponencia del Magistrado OMAR MORA DÍAZ, ha expresado:

> Exclusividad o no para con la recepcionista del servicio, a lo cual nunca estuvo limitada la parte actora, puesto que en su función como corredora, la demandada sólo resultó una más dentro de la cartera de clientes; y en su actividad como administradora, no se observa la imperiosidad de que la misma la desarrollara únicamente para con la demandada...

Por otro lado, el maestro CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA, destacó en este mismo orden de ideas:

> Exclusividad o no para la usuaria: Bajo la perspectiva clásica, el contrato de trabajo implica la prestación de servicios a tiempo completo y, por ende, en condición de

72 PRADO, Pedro. *La exclusividad en el contrato de trabajo.* Publicado en el libro *Homenaje al Profesor Mario L. Deveali.* Titulado *Estudios sobre Derecho Individual del Trabajo*. Editorial Heliasta. Buenos Aires-Argentina 1979. p. 230.

> *exclusividad*. Este rasgo, además, se cimienta en los deberes de lealtad y probidad que derivan de la relación de trabajo y que, en relación con el trabajador, se traducen, entre otras manifestaciones en la prohibición de concurrir con su empleador. Por argumentación a contrario, la enervación de la nota de *exclusividad*, esto es, la pluralidad de beneficiarios del servicio habría de estimarse como indiciaria de cierta autonomía jurídica típica de modalidades contractuales distintas de la laboral.[73]

Por todo lo expuesto, podemos argumentar que *la exclusividad* comporta un indicio aislado, pero que aplicado al caso en concreto y engranado con el *haz de indicios*, son en su conjunto de gran utilidad para determinar, si el prestador de servicio, lo ejecuta, con cierto grado de autonomía jurídica, dejando ver, al mismo, escoger libremente las distintas personas con las cuales hubiere de trabajar, que en vez de tener una diversidad de patronos, pudiera tener una variedad de clientes, característica inherente de propiedades contractuales diferentes a la del Derecho del Trabajo.

vii) Técnica de haz de indicios de laboralidad:

La técnica del haz de indicios o test de dependencia: LA SCS-TSJ reconoce la complejidad que entraña el análisis y calificación jurídica de las formas de prestación personal de servicios que se ubican en las denominadas zonas grises o fronterizas (vid. Sentencias correspondientes a los casos I.A.A.M[74] . y FERNAPRODO-CPV). Por ende, a los fines de determinar la naturaleza jurídica de una específica forma de prestación personal de servicio será menester colocarla a trasluz de un catálogo de *indicios de dependencia y ajenidad*. En todo caso, si en el supuesto concreto sometido a escrutinio judicial se actualizaren un cúmulo relevante de indicios, el juzgador declararía el carácter laboral de la relación jurídica analizada (por el contrario, si se actualizaren escasos indicios sería menester rechazar la presentación de existencia de una relación contrato de trabajo).[75]

En los casos de *zonas fronterizas del Derecho del Trabajo*, esta es una técnica coadyuvadora de los elementos del contrato de trabajo,

---

73 CARBALLO MENA, César Augusto. *Aproximación Crítica a la Doctrina Laboral del Tribunal Supremo de Justicia.* Publicado por la UCAB. Caracas 2003. p. 109.

74 TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN SOCIAL. *Sentencia de fecha 28-05-2002,* con ponencia del Magistrado OMAR MORA DIAZ. Caso Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (I.A.A.M.)

75 CARBALLO MENA, César Augusto. p. 105. *Ibídem*.

en virtud de que si aplicamos éstos elementos a una realidad de hechos develada (*principio de la realidad sobre las formas o apariencias*) y aún ante la realidad mostrada, el asunto se mantiene en una zona fronteriza, se hace imprescindible, para el operador de justicia, aplicar a la relación jurídica -*la técnica de haz de indicios*- para diagnosticar luego de su aplicación, si hubo una articulación importante de indicios de laboralidad o por el contrario si el resultado destacó que eran escasos los indicios de laboralidad (*cúmulo indiciario*) para en definitiva, concluir, si tal relación, pertenece o no a la regulación del Derecho del Trabajo.

Con la misma ilación de ideas VICTORINO MARQUEZ FERRER, expresa:

> En el Derecho del Trabajo de los países europeos, cuando un trabajador tiene una cierta autonomía en la ejecución de su trabajo, para caracterizar su contrato, hay que comprobar si existen otros indicios que revelen su posible estado de subordinación. Dicha técnica se conoce con el nombre de *"haz de indicios"* y la misma no consiste en verificar que todos los indicios estén presentes en la situación analizada, sino en inducir de la unión de varios de ellos la existencia de una relación de trabajo. [76]

La SALA DE CASACIÓN SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, en sentencia del 12/07/2004, con ponencia del Magistrado OMAR MORA DÍAZ, en el juicio incoado por NICOLA SCIVETTI contra INVERSORA 1525, C.A., citando la doctrina más autorizada, ha establecido y reiterado la necesaria aplicación de indicios para determinar la laboralidad o no del servicio prestado, en este sentido la Sala, expresó:

> No obstante, antes de aportar esta Sala los hechos o circunstancias que a su entender, permitan consolidar un sistema como el propuesto, considera de real importancia transcribir los que el reseñado autor Arturo S. Bronstein contempla en la Ponencia citada. A tal efecto, señala:
>
> Sin ser exhaustiva, una lista de los criterios, o indicios, que pueden determinar el carácter laboral o no de una relación entre quien ejecuta un trabajo o presta un servicio y quien lo recibe fue propuesta en el proyecto de

---

76 MARQUEZ FERRER, Victorino. *El Derecho Laboral ante los contratos de colaboración empresarial.* Trabajo publicado en la obra de las XXVII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar", libro titulado *Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia.* Editado por el Colegio de Abogados y el Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto-Venezuela 2002. p. 127. A su vez el autor cita *Trabajo y Empleo, Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo,* Informe para la Comisión Europea, p. 49.

> recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que la Conferencia de la OIT examinó en 1997 y 1998:
>
> a) Forma de determinar el trabajo (...)
> b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo (...)
> c) Forma de efectuarse el pago (...)
> d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario (...)
> e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria (...);
> f) Otros: (...) asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio, la regularidad del trabajo (...) la exclusividad o no para la usuaria (...).". (Arturo S. Bronstein, Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas-Venezuela 6-8 de mayo de 2002. Pág. 22).
>
> (Subrayado mío)

Indicios que toma la SCS-TSJ para descifrar si se trataba o no de una relación laboral, citando una serie de indicios destacados por ARTURO BRONSTEIN, que pueden ser aplicados para determinar el carácter laboral o no de una relación, entre quien ejecuta un trabajo o presta un servicio y quien lo recibe, señalándose entre ellos la *exclusividad*.

A continuación plasmaremos un *haz de indicios de laboralidad* sobre los cuales nos ha ilustrado la Organización Internacional del Trabajo, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia y la doctrina (Arturo Bronstein, César Carballo y Victorino Márquez), que podríamos enumerar: [77]

---

77 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación.* Analizada por la Conferencia de la OIT en 1997 y 1998. TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA en SALA DE CASACIÓN SOCIAL, en los casos de I.A.A.M. (28-05-2002), FERNAPRODO (13-08-2002) y en el caso INVERSORA 1525, C.A. (12-07-2004). BRONSTEIN, Arturo, *Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo*, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en fecha 6-8 de mayo de 2002. Editado por el Tribunal Supremo de Justicia. Caracas-Venezuela 2002. p. 124-127. CARBALLO MENA, César Augusto. *Aproximación Crítica a la Doctrina Laboral del Tribunal Supremo de Justicia.* Ibidem. p. 106. Vid. En relación con otros indicios relevantes: *Vid.* CARBALLO MENA, César Augusto. *Derecho Laboral Venezolano*. UCAB. Caracas 2000. p. 186-192. MARQUEZ FERRER, Victorino. *El Derecho Laboral ante los contratos de colaboración empresarial.* Trabajo publicado en la obra de las XXVII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar", libro titulado *Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia*. Editado por el Colegio de Abogados y el Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. p. 126-130 Barquisimeto-Venezuela 2002.

i) Permanencia de la prestación de servicios: Si la relación jurídica entre las partes tiene cierta duración en el tiempo, favorecerá el arraigamiento del Derecho del Trabajo.

ii) Forma de determinar el trabajo (estar a la orden o disposición): Si el prestador del servicio es quien determina la forma en como se va a prestar el servicio y asimismo éste se obliga a entregar un determinado resultado, no siendo ya una obligación de medio sino de resultado, bajo ese supuesto estaríamos en presencia de un rasgo característico de independencia o autonomía, pero si el prestador de servicio pone a disposición de otro su fuerza de trabajo o se condiciona a estar a la orden del beneficiario al momento de ser requerido, estaríamos bajo un indicio de subordinación o dependencia y la nota laboral sería la imperante.

iii) Tiempo y lugar de trabajo: En el Derecho del Trabajo clásico este es un indicio que va de la mano con la subordinación o dependencia y si se evidenciare que estos factores (tiempo y lugar de trabajo) son impuestos por el beneficiario del servicio, el indicio de laboralidad sería indudable.

iv) Pagos de gastos por viáticos (alojamiento, alimentación y traslado): Si el beneficiario es quien cubre este tipo de gastos, representará un indicio laboral, pero si los mismos son cubiertos por el prestador de servicios, entonces, la autonomía jurídica se dejará ver.

v) Forma de efectuarse el pago y quantum de la contraprestación recibida por el servicio: Fue objeto de análisis *ut supra* en el capítulo desarrollado sobre *la remuneración.*

vi) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario: Si los servicios son prestados personalmente, existe una supervisión constante por el beneficiario y éste normalmente ejerce un control disciplinario sobre el prestador de servicio, operaría la presunción del carácter laboral de la relación jurídica. Ver también en complemento, lo anteriormente referido sobre *la prestación personal del servicio*.

iv) Elementos de trabajo proporcionados por su empleador: como inversiones, suministro de herramientas, materiales, maquinarias, etc., si el sujeto prestador de servicios, trabaja con los elementos de trabajo proporcionados por el beneficiario, esto, representa un indicio favorable de laboralidad, en virtud de que habría *ajenidad en la propiedad de los medios de producción.*

v) Elementos aportados por el prestador de servicio cuya aportación es poco significativa en comparación al elemento personal de la

prestación del servicio: Cuando lo importante sea la prestación personal del servicio, para el beneficiario, sin importar los elementos aportados por el prestador de servicio, la nota de laboralidad será la dominante, caso contrario, ésta conllevará una suerte de desvanecimiento.

vi) Asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio: Si es el prestador de servicio, es quien en definitiva, es titular de los riesgos que asume el proceso productivo, entonces se tratará de un trabajador independiente o autónomo y por lo tanto la vinculación será civil o mercantil. Ver lo anteriormente expuesto sobre la *ajenidad en los riesgos de la producción*.

vii) Cumplimiento de horario en el trabajo: La obligación del prestador del servicio de estar sometido a disposición en un horario determinado, a voluntad del beneficiario, coartando su libertad, constituye un indicio favorable de naturaleza laboral.

viii) Exclusividad o no para la usuaria: Que fue objeto de análisis *ut supra.*

ix) Naturaleza del pretendido patrono: Ello alude a la forma jurídica o desarrollo de actividad del proyectado empleador, siendo que, si se trata de una orden religiosa, de una fundación sin fines de lucro, de un partido político: por razones de orden ético, caritativo, humanitario, altruista, generoso, filantrópico, social, benevolente o religioso desnaturalizaría el vínculo laboral; o si por el contrario, desarrolla una actividad ilícita (traficante de drogas, casa de citas, etc.) sobre ello no podría construirse nada válido por ilegal y es inexistente, por lo tanto, ello constituiría un indicio bastante poderoso de ausencia del nexo laboral.

x) Prestación del servicio por una persona jurídica: Se debe examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, si tiene una sede física, etc. Para en definitiva ver a través de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias, si se trata de una sociedad mercantil verdaderamente operativa o si por el contrario la misma fue creada en simulación o fraude de la legislación laboral.

Cúmulo indiciario: Parafraseando a CESAR AUGUSTO CARBALLO MENA podemos señalar que la presunción del carácter laboral de una determinada relación jurídica, sometida al filtro de la *técnica de haz de indicios*, sólo podrá surgir al descubrimiento de una diversidad o *cúmulo de indicios*, evidentemente articulados, cuando se activen en el caso concreto. En otros términos, de un único indicio, aisladamente considerado, no podría derivar la presunción del carácter laboral de

la relación jurídica bajo estudio judicial.[78]

III. Nuevas tendencias contractuales en el ámbito del Derecho del Trabajo.

i) Teletrabajo:

El desarrollo tecnológico, las computadoras y los avances en telecomunicaciones e informática, permiten que muchas personas se introduzcan en un proceso productivo a distancia, para cumplir con sus obligaciones laborales sin casi moverse de su hogar, bien sea, que la empresa quede en la misma localidad del trabajador, o en otra ciudad del mismo país e incluso en cualquier parte del planeta. Este «trabajo a distancia» o teletrabajo está desarrollado a nivel mundial a través de la globalización y actualmente se equipara a los trabajadores a domicilio. No resulta ocioso destacar que esta modalidad de trabajo sin duda está afectando a la institución de la contratación laboral.

El desarrollo de las tecnologías de la comunicación, junto con la modificación de los modos de producción, está trayendo consigo, cambios intensos en la relación laboral, siendo que, el teletrabajo se configura con la prestación del servicio sin necesidad de la presencia física del trabajador en la empresa, ejecutándose la prestación del servicio (presencia virtual) mediante la utilización de la teleinformática o las telecomunicaciones.

El maestro CESAR AUGUSTO CARBALLO MENA, expresa que:

> El teletrabajo ha venido captando el interés de los especialistas en el ámbito de las relaciones laborales, toda vez que -como parece obvio- entraña una sensible mutación en las formas tradicionales de interacción en la esfera de la empresa. El teletrabajo -como modalidad de ejecución de servicios personales, bajo dependencia y por cuenta ajena- perfila la concepción de la empresa virtual, esto es, en grado extremo desconcentrada.[79]

El teletrabajo viene a representar lo que en muchas

---

78 Indicios de laboralidad tomados de CARBALLO MENA, César Augusto. *Aproximación Crítica a la Doctrina Laboral del Tribunal Supremo de Justicia.* Publicado por la UCAB. Caracas 2003. p. 104-117.

79 CARBALLO MENA, César Augusto. *Delimitación del Contrato de Trabajo.* Ob. Cit. p. 99. Es importante resaltar que el haz de indicios que se destacó sólo fue a título enunciativo y no taxativo, por lo tanto, el operador judicial podrá usar una gama distinta de indicios que se compaginen con la realidad del caso concreto bajo estudio.

legislaciones está previsto como *trabajo a domicilio,* con el aditamento de las tecnologías evolutivas. En efecto, el trabajo a domicilio aunado al desarrollo de las telecomunicaciones abrió un camino de posibilidades en el ámbito laboral, trayendo consigo el incremento de la productividad y la disminución de costos mediante la adopción de la figura del teletrabajo o empresa virtual, desplazando esta figura al movimiento clásico de los obreros a las fábricas tradicionales.

Transcurridos más de veinte años desde su aparición todavía no existe una definición precisa del teletrabajo. La doctrina emplea términos como teledesplazamiento, trabajo en red, trabajo a distancia, trabajo flexible y trabajo en casa; lo cierto es cabe que todas o la mayoría de estas definiciones se encuentren como características del teletrabajo[80].

Sin embargo, a través del teletrabajo, se pudiera desdibujar una verdadera relación laboral, siendo que incluso, la prestación del servicio no sólo se encuentra en una zona fronteriza sino que la misma podría traspasar las fronteras de diversos países, prestándose servicios en forma continuada y limitándose a solo pagar una retribución económica, porque sería una relación por medio maquinaria, que podría promover la evasión del pago de los pasivos laborales, alegando que ha habido, una operación mercantil, de compra-venta de un producto o servicio a través de la Internet, por ello me parece muy acertado lo que opina el español JOSE MANUEL MATEO (Abogado de Garrigues & Anderesen):

> Opina que la importancia adquirida por el teletrabajo debe mover al legislador y a los agentes sociales a consensuar un marco jurídico regulador del mismo.
>
> Siguiendo la definición dada por la CE, el concepto de teletrabajo incluiría las actividades ejercidas lejos de la sede de la empresa, a través de la comunicación diferida o directa entre empresario y trabajador, y mediante la utilización de las nuevas tecnologías. Los dos requisitos básicos del teletrabajo serían, por tanto, el desarrollo de un trabajo a distancia y fuera de los centros de trabajo de la empresa y el empleo de medios tecnológicos de comunicación entre empresario y trabajador.
>
> La anterior definición de teletrabajo es excesivamente genérica y no nos sirve para identificar en qué supuestos constituye una verdadera relación laboral entre empresario

80 CALVO GALLEGO, Francisco Javier, profesor titular de Derecho del Trabajo de Sevilla. XIV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva. Mnº de Trabajo y Asuntos Sociales 2002.

> y teletrabajador, en cuyo caso quedaría sometida al ordenamiento laboral, frente a aquellos otros en que la actividad consista en una prestación de servicios por parte de un profesional independiente y sometida al ordenamiento civil o mercantil. A estos efectos, la existencia de una relación laboral dependerá de las circunstancias y hechos en que en la práctica se desarrolle la actividad del teletrabajador, de forma que dicha laboralidad existirá siempre que los servicios del teletrabajador reúnan los requisitos de voluntariedad, retribución y dependencia, entendida ésta como integración en el ámbito de organización y dirección del empresario.[81]

Preocupa, de modo particular, a los *iuslaboralistas* la fuga, huida o emigración del Derecho del Trabajo de significativos contingentes de trabajadores hacia otras modalidades contractuales (civiles o mercantiles). Desplazamiento que pudiere explicarse a partir de las tradicionales modalidades de simulación y fraude a la ley laboral pero que, también, provienen de los cambios profundos suscitados en la forma de producir. [82]

Así también ha señalado RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ[83]:

> Ahora bien, como señalaba antes, *el verdadero problema es la fijación de límites o fronteras nítidas* entre las prácticas ocasionales de trabajo a distancia y el teletrabajo propiamente dicho, que hace que nos movamos, necesariamente, en un terreno resbaladizo. De todos modos, tal reto es importante habida cuenta de la necesidad de ir hacia un concepto sustantivo y no desnaturalizado de aquél. En consecuencia, se impone hallar un *parámetro objetivo* que sirva para delimitar cuándo, en rigor, nos encontramos ante fórmulas de teletrabajo y cuándo no.

En este sentido, no solo es apropiado que únicamente el legislador promueva la inserción del teletrabajador en el marco jurídico de cada nación, sino que también sería de gran utilidad que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaborara y desarrollara un Convenio Internacional, que defina adecuadamente la figura del

---

81 MATEO, José Manuel. *La Relación Laboral o Profesional del Teletrabajo.* Publicado en el hipervínculo http://www.garrigues.com/download/Jose%20Manuel%20Mateo%20Cinco%20Dias%204-5-2000.pdf.

82 CARBALLO MENA, César Augusto. *Delimitación del Contrato de Trabajo.* Ob. Cit. p. 107.

83 ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo. *Teletrabajo.* Ponencia temática III. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá de Henares. p. 774.

teletrabajo y sus fundamentos jurídicos, para que así, se eviten conclusiones inexactas, al momento del surgimiento de esta figura, que cada día se desarrolla más y además el marco jurídico internacional vaya adecuándose a las situaciones fácticas de desarrollo tecnológico imperantes en la actualidad.

El derecho del trabajo no puede entenderse irrevisable, intangible, ajeno a los cambios suscitados en el modo de producir. Esta visión autorreferencial, despreciativa -en suma- de la realidad social que pretende regular-, conllevaría a la desaparición progresiva de la disciplina.[84]

En este orden de ideas se expresa JUAN JOSÉ ARAGÜEZ GUERRERO:

> Resulta, pues, una obviedad afirmar que las nuevas relaciones de trabajo a las que está dando lugar la tecnología exigen la adaptación de la normativa laboral tradicional a una más actual.
> (…)
> De este modo, lo que se ha dado en llamar «era Internet», está provocando gran malestar, por igual, tanto a empresarios, inversores, como a los juristas, y ello porque los avances tecnológicos están alterando las relaciones de trabajo tradicionales, mientras que la legislación laboral no ha conseguido, si bien lo está intentando, adaptarse a esta nueva forma de ver las relaciones humanas.
> (…)
> Así, según el Juez de lo Social Pablo Aramenti, las principales consecuencias del fenómeno Internet son, por un lado, la dualización del mercado del trabajo entre los que están dentro y fuera de las nuevas tecnologías; y por otro, la vuelta al contrato individual de trabajo como sistema de regulación de las relaciones laborales, con la consiguiente dificultad en distinguir entre el ámbito civil y el laboral.
> (…)
> De este modo, a falta de una legislación que regule esta nueva situación, como ya ha quedado expuesto en párrafos anteriores, es necesario flexibilizar las leyes existentes para resolver los conflictos que se pudieran plantear en este campo, lo que conlleva un cambio en la manera de pensar y actuar [85].

84 CARBALLO MENA, César Augusto. Ibidem p. 110.

85 ARAGÜEZ GUERRERO, Juan José. *Ensayo sobre Teletrabajo.* Colaborador desde España. Publicadoen: http://www.portaldeabogados.com.ar/colaboraciones/teletrabajo.htm

Aún y cuando existen diversos Convenios Colectivos[86] en distintos países del mundo, sobre teletrabajo (o aproximaciones al mismo), no conocemos una norma aún integradora de dicha figura en el marco jurídico internacional, que desarrolle con detalle tal institución. Existen ciertos principios que han sido desarrollados sobre el teletrabajo y las directrices se centran sobre todo en el *trabajo a domicilio*, se incluyen 12 principios de los que destacamos los siguientes:

- Los teletrabajadores recibirán el mismo trato que los trabajadores que trabajan en los locales de la compañía, y formarán parte de una unidad organizativa de la compañía. Por consiguiente, cuando un empleado que trabajaba anteriormente en los locales de la compañía acepte trabajar en régimen de teletrabajo, su situación y condiciones de empleo no ser verán afectadas;
- Los teletrabajadores tendrán acceso a las mismas oportunidades de formación, perspectivas de carrera y ascenso en el empleo que se ofrecen a los demás trabajadores que trabajan en los locales de la compañía. Se les aplicarán las mismas políticas de revisión del trabajo adoptadas por la compañía para los demás trabajadores;
- Se deberían adoptar disposiciones para que los teletrabajadores no sufran exclusión ni asilamiento, incluida, en la medida de lo posible, oportunidades de reunirse de forma periódica y de acceder a la información de la compañía.[87]

En el presente estudio, más que determinar el desarrollo de

86 I Convenio Nixdorf Sistemas de Información de 3 de julio de 1997. El III Convenio de la empresa Ibermática de 18 de marzo de 1997. Acuerdo Marco Nacional sobre utilización del teletrabajo en el empleo público firmado en Italia el 21 de julio de 1999 apoyado en el Decreto de la Presidencia de la República de 8 de marzo de 1999 n.79. En Dinamarca existe el acuerdo sobre teletrabajo entre el Mnº de Finanzas y la Confederación Sindical de empleados públicos; el Convenio Colectivo sobre utilización del teletrabajo en las empresas ferroviarias para los años 1999-2000 o el convenio marco de Austria cuyo ámbito de aplicación alcanzaría, en teoría, a 140.000 trabajadores. Convenio Colectivo Nacional de las Empresas del Sector de las Telecomunicaciones de Italia de 1996, el del Sector Terciario, Distribución y servicios también italiano de 1997; el Convenio Nacional de Empresas eléctricas de mayo 1996 o el Convenio Nacional para el sector de las Telecomunicaciones en Francia de 26 de abril de 2000 -extendido por Decreto de 12 de octubre de 2000. El 16 de julio de 2002, en Bruselas, los agentes sociales (CES, UNICE/UEAPME y CEEP) firmaron el Acuerdo Marco Europeo. Información tomada de Internet de la siguiente dirección electrónica: http:// www.cgt.info/telefonicavalencia/html/body_teletrabajo.html

87 Reunión tripartita sobre empleo, empleabilidad e igualdad de oportunidades en los servicios de correos y telecomunicaciones. OIT, Ginebra 13.

esta institución jurídica, nos enfocaremos en el objetivo que perfile a descifrar, los casos de *zona gris,* producto de la prestación del servicio a través *del teletrabajo.*

Siendo así, no resulta inexacto señalar que, cuando las partes convengan la prestación de servicios laborales a través del *teletrabajo*, no habrá inconveniente, sobre la relación jurídica que los une, por cuanto, deberá constar en forma expresa, a través del contrato de trabajo. La dificultad se centra sobre aquellas relaciones pactadas, sin soporte de una obligación contractual, en virtud de que la relación pudiera ser laboral, civil o mercantil, por lo tanto, en esos casos, se deberá atender a la aplicación de los elementos del contrato de trabajo, para determinar, si en verdad se trata de un relación laboral o una relación jurídica de distinta índole.

Así ha sido tratado por una sentencia española, comentada por JUAN JOSÉ ARAGÜEZ GUERRERO:

> **2.** Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de Septiembre de 1.999.
>
> Como ya se ha comentado en el punto anterior, el ejercicio de las funciones laborales desde el domicilio crea dificultades a la hora de distinguir entre el ámbito civil y laboral.
>
> Así, el 30 de Septiembre del pasado año, la Sección 2ª de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó una sentencia, siendo ponente de la misma la Ilma. Sra. Dª. Virginia García Alarcón, a favor de una pareja que prestaba servicios como maquetadores para una empresa editorial desde su casa.
>
> El fallo de dicha sentencia viene a establecer, no sin falta de pruebas, que la relación que unía a los trabajadores con la empresa se encuentra dentro del marco de la jurisdicción laboral.
>
> Se puede considerar que es la primera sentencia de este tipo, si bien no constituye un precedente. En este sentido, el problema que viene a resolver esta sentencia, y por lo que a mi entender considero especialmente interesante, es que delimita lo que es una relación laboral de lo que sería una relación civil, tipo de relación esta última muy perjudicial para los trabajadores por comportar un enorme nivel de desprotección de los mismos.

De este modo, en la sentencia (que no tiene desperdicio), se establece, entre otras cosas, lo siguiente:

1. Resaltar, en primer lugar, como sitúa dentro de contexto la relación laboral de la que se ocupa, al establecer una vez analizados todos los hechos, entre otros las condiciones en que desarrollaba su trabajo tanto el actor como la actora, la relación con la empresa y la forma y condiciones del trabajo, lo siguiente:

»Los hechos que han de analizarse para determinar si concurren o no las notas que configuran el contrato de trabajo, han de ser analizados teniéndose en cuenta por los Tribunales las nuevas tecnologías, unas nuevas tecnologías que, desde luego, no fueron tomadas en consideración por el legislador cuando se redactó el Estatuto de los Trabajadores en 1.980, año en el que no estaba implantado en nuestro País el correo electrónico ni Internet, unos avances que, como es sabido, han abierto nuevas e insospechadas posibilidades en las relaciones humanas, tanto en el ámbito personal como en el ámbito comercial y que, obviamente, propician contrataciones como las que aquí nos ocupan, en las que basta que por parte del trabajador se disponga de un equipo informático suficiente y que el mismo se conecte a Internet, para que pueda realizar sus funciones en su propio domicilio».

2. Es a partir de este punto donde incide en la legislación laboral, estableciendo que:

» ... independientemente de que el trabajador realice sus funciones en su domicilio, no es óbice para que esté en todo momento presente virtualmente en la empresa, de manera que la comunicación que permite la nueva tecnología es continua, pudiendo la empresa controlar al trabajador, dar directamente instrucciones, recibir al instante el fruto del mismo, dirigirlo, modificarlo, etc., y todo ello, sin tener físicamente en la sede patronal a la persona que lo realiza, sin que ello impida que concurran todas y cada una de las notas que configuran el contrato de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores».

3. Por lo que se refiere a las notas del contrato de trabajo que se dan en el caso concreto que se analiza, la sentencia hace mención a las siguientes:

i. Los servicios están retribuidos por el empresario. Así, en

el caso que ocupa la sentencia se retribuye el trabajo con una cantidad igual cada mes.

ii. Ajenidad. Al ser los trabajos realizados tan esenciales en la empresa como lo son las portadas de las revistas a cuya edición se dedica, así como la maquetación de las mismas, sin los cuales no podría cumplirse el objeto de la empleadora, siendo la misma la que corría con el riesgo y ventura, ya que los actores percibían idéntica cantidad, con independencia del número de ejemplares vendidos y de la mayor o menor complejidad de cada portada, viviendo exclusivamente del fruto de su trabajo para la empresa.

iii. Sometimiento al ámbito de organización y dirección de la empresa. Ya que, queda acreditado, las órdenes patronales eran continuas y directamente impartidas a los trabajadores a través de Internet, estando los mismos permanentemente localizados a través de la red o del teléfono móvil y sujetos a las instrucciones de la empresa para realizar su trabajo, realizado en equipo con otros empleados de la empresa y sometidos siempre a las variaciones que por aquélla se introdujeran.

iv. Trabajo personalísimo. Aún cuando, en el caso que nos ocupa, el trabajo se lleva a cabo por ambos actores (son varios los teletrabajadores que demandan a la empresa) conjuntamente, tratándose por tanto de un trabajo en común amparado por el artículo 10.1 del ET.

4. Finalmente establece lo que considero la parte más importante de la sentencia y que bien podría considerarse una verdadera declaración de principios:

i. Primero. Al establecer que queda claro que nos hallamos ante una relación laboral, propiciada por las nuevas tecnologías, que obviamente mejoran la calidad de vida de nuestra sociedad y permiten nuevas formas de relacionarse que desde luego deben ser reguladas legalmente y, en casos como el presente, amparadas por la legislación vigente que no puede quedar burlada, siendo claro que igual prestación ha recibido la empresa de los trabajadores a través de Internet que si los mismos hubieran estado físicamente en sus propias instalaciones, debiendo asimilar a la presencia física la presencia virtual que aquí ha quedado demostrada, porque en fin el resultado para ambas partes de la relación laboral es idéntico, disfrutando las mismas de claras ventajas, como es para la empresa el ahorro de material, suministros, etc., y para el trabajador en transporte

> o guardería, pudiendo también tener otros inconvenientes.
>
> ii. Segundo. Cuando determina que la forma de la prestación del servicio no es sino una condición más del contrato de trabajo, asumida por ambas partes, ya que consta de los hechos deducidos en el caso, que así ha sido durante todo el tiempo que ha durado la relación laboral, y que por tanto constituye un pacto libremente aceptado por trabajador y empresa y, desde luego, no implica la inexistencia del contrato de trabajo, sino una de las condiciones del mismo, no pudiéndose admitir que los avances de la ciencia que, en todo caso implican una mejora en la calidad de vida, lleguen a suponer, un retroceso social, favoreciendo la precariedad del empleo o del trabajo sumergido, por lo que en todo caso la legislación laboral debe ser aplicada.
>
> Como conclusión, dos notas: en primer lugar, que, el Estatuto de los Trabajadores de 1.980 sigue siendo válido para regular este tipo de relaciones, si bien necesitaría ser adaptado con urgencia, ya que solamente contiene un mínimo marco legal; en segundo lugar encargar a los órganos judiciales la labor principal, que no es otra que la de interpretar las leyes existentes y acomodarlas a esta nueva era, sirviendo de ejemplo de ello la sentencia que se ha comentado en este apartado[88].

Por ello, es indispensable atender a la flexibilización de las legislaciones actuales, en los casos en donde no haya habido una reforma para incluir el *teletrabajo,* pues de lo contrario, se podría prestar, para actuar en fraude ley y así evadir la responsabilidad laboral, en un asunto determinado.

Otro caso, que podría servir de ejemplo, sería el de un guionista, que trabaja en forma continuada a distancia para una empresa televisiva, quien se obliga a prestar sus servicios personales para desarrollar los guiones de los capítulos requeridos, donde no hace falta, la presencia física del teletrabajador en las instalaciones de la empresa televisiva, pues su trabajo es enviado por correo electrónico (presencia virtual), comprometiéndose el empleador como contraprestación del servicio recibido a pagar una remuneración, sin que en este caso, ambas partes hayan firmado un contrato de trabajo, lo que pudiera hacer surgir un conflicto de intereses intersubjetivos.

Surgido el conflicto, para la obtención de una mayor seguridad es relevante que se emplee como técnica de solución, la aplicación

---

88 ARAGÜEZ GUERRERO, Juan José. Ob. Cit.

de los e*lementos del contrato de trabajo* o en su defecto la *técnica de haz de indicios* y si los mismos compaginan con la situación fáctica, entonces se podrá concluir, que existe una verdadera relación de trabajo.

A modo de ejemplo aplicaremos, los elementos del contrato de trabajo al caso planteado, para vislumbrar si se trata de una relación de trabajo; en este sentido tenemos:

Prestación personal de un servicio: El teletrabajador guionista, fue contratado para que los capítulos fuesen desarrollados por él mismo, siendo que era quien poseía el perfil requerido por la empresa, por lo tanto, el elemento personal, es fundamental en la presente vinculación jurídica, lo cual nos dibuja una gran nota de laboralidad.

Ajenidad: Es obvio que en el presente caso, la empresa televisiva, es quien asumirá los riesgos de la suerte del programa, si el mismo es exitoso o no, independientemente se cancela la remuneración, por otro lado, los frutos de la producción televisiva pertenecen a la empresa, el guionista, no se va apropiar de tales réditos, por lo tanto el elemento ajenidad se encuentra presente en el caso citado.

Subordinación: Pareciera que este elemento se encuentra ligeramente debilitado en este tipo de vinculación, pero no desaparecido, en virtud de que, si bien es cierto, el teletrabajador actúa con mayor libertad que los trabajadores presenciales, siendo que, éste puede efectuar su labor desde la comodidad de su hogar, no tiene que cumplir un horario impuesto, así como no está sujeto a órdenes inmediatas, entre otras; pero por otro lado, tiene que cumplir con ciertos parámetros establecidos por la empresa, es decir, el capítulo trabajado para el guión, debe ser plasmado con ciertos lineamientos, de cuyos límites no puede excederse el teletrabajador, como también tendrá la obligación de entregar el trabajo en una fecha determinada a requerimiento de la empresa, por lo tanto, el teletrabajador en este caso, no actúa con total independencia, por lo que el elemento subordinación, se encuentra presente, aunque en un matiz más suave.

Remuneración: La empresa televisiva por el servicio contratado y recibido, cancela en contraprestación una remuneración, por ende, no hay duda de la presencia de este elemento.

Además también se encuentran presentes otros *indicios de laboralidad* como lo es el caso de la *ejecución continuada del servicio prestado*, la *exclusividad*, *el deber de lealtad*, entre otros. En el presente caso, se evidencia que existe claramente una relación laboral, derivado de la conexión de los elementos del contrato de trabajo y la

articulación de la técnica de haz de indicios aplicados y activados en el caso en concreto.

A manera de conclusión, se puede afirmar, que aunque en la gran parte de las legislaciones laborales, la institución jurídica del teletrabajo, no ha sido insertada, la misma puede ser atendida y cubierta con el manto del Derecho del Trabajo, si verificamos que los *elementos del contrato de trabajo* coadyuvados por *la técnica de haz de indicios*, le son aplicables al caso determinado.

ii) Outsourcing:

El *outsourcing* es un tema de actualidad, siendo que el objetivo principal de la empresa, es la reducción de gastos directos, basados en la contratación de servicios que no afecten la actividad principal de la empresa, lo que podría evidenciar prácticas de simulación, en fraude de los derechos laborales de los trabajadores, por cuanto el *outsourcing* es aplicable a diferentes áreas de la organización productiva, como por ejemplo, *personal,* compras, mercadeo, bienes, servicios, etc.

El *outsourcing* envuelve la transferencia de equipos, personal, redes, operaciones y responsabilidades administrativas, lo cual pudiera crear cierta dependencia de los trabajadores del *outsourcing* con la empresa contratante. Que por la disciplina aquí tratada nos referiremos solamente al servicio prestado directamente por el género humano.

Resulta más frecuente, que las pequeñas, medianas y grandes empresas apunten sus energías a liderar el sector al que pertenezcan (competencia económica) y en consecuencia contraten a empresas consultoras especializadas en el *outsourcing* para aquellas labores meramente administrativas. De ese modo consiguen reducir sus costos, que muchas veces va perfilado hacia el trabajo humano.

Incluso existen *outsourcing* que se encargan del manejo de personal de la empresa contratante, al punto de lograrse una evasión de las obligaciones laborales, actividad que es sumamente tentadora, siendo que las empresas dedicadas al *outsourcing* (en algunos casos) ofrecen a sus clientes soluciones de gestión, con mínimo costo (contratación de personal, sustitución de trabajadores, pago de remuneración, sanciones disciplinarias e incluso despidos), aun cuando, la empresa contratante siente que tiene -a pesar de haberlo externalizado[89] - pleno control sobre el personal que labora dentro de

89 Sería como hablar de un Departamento de Recursos Humanos ubicado extramuro de la sede de la empresa.

sus instalaciones, pero el cual pertenece al objeto para que fue contratado el *outsourcing*[90]. Lo que podría dibujar la figura de dependencia o subordinación.

Otra de las vicisitudes que representa este tipo de contrataciones, consiste en que el normal funcionamiento de estas áreas de la empresa, no está condicionado al personal "propio", con lo que ello supone (el incumplimiento de obligaciones sobre: vacaciones, antigüedad, beneficios sociales, unicidad de la relación laboral, enfermedades profesionales o accidentes en el trabajo, maternidades, despidos sin indemnización, etc.), que colocan muchas veces a la empresa contratante en situaciones bastante aventajadas en contra del capital humano. Lo que pudiera conllevar, a que, mediante el *outsourcing* la empresa contratante se despreocupe por las vinculaciones de rasgo laboral, puesto, es la empresa consultora (outsourcing) "la responsable", e incluso constituyendo ésta, sucesivos contratos, a tiempo determinado, en perjuicio de la antigüedad laboral.

En nuestro sistema jurídico interno laboral, no existe en forma expresa la figura de los *outsourcing*, pero que en su traducción al castellano, revela que es un medio de abastecimiento desde afuera, es decir, que visto desde la óptica de nuestra disciplina del *ius laborum,* se refiere a la actividad de una empresa que es suplida o proveída por otras empresas, en bienes o servicios externos, para que a través de sus propios elementos, estas empresas se encarguen de ciertas actividades, que no pueda o quiera realizar la empresa contratante, por ello, debería insertarse esta figura dentro del marco normativo, para definir su alcance, así como delimitar la responsabilidad del *outsourcing* con respecto a la empresa contratante y en definitiva obtener la mayor precisión de esta figura, tan utilizada actualmente.

En Venezuela este tipo de relación se asemeja notablemente a la regulación jurídica denominada *contratista* (por ello será tratada ligeramente en las líneas siguientes); pero que en todo caso otorgaría a los ciudadanos mayor seguridad jurídica, si la misma fuese incorporada al ordenamiento jurídico laboral, para que quedara definido su alcance, metas, objetivos, límites, constitución, responsabilidad solidaria laboral, etc., como ha sucedido con las instituciones de las empresas de trabajo temporal, los grupos de empresas o unidad económica[91], entre otros.

---

90 Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas.* Publicado en la presente revista de *Derecho del Trabajo.* Barquisimeto-Venezuela 2005.

91 *Vid.* MIRABAL RENDÓN, Iván Alí. Sobre el tema de Grupos de Empresas o Unidad Económica, desarrollado en el trabajo sobre *Sustitución de patrono, transferencia del trabajador y la unidad económica. Algunas precisiones conceptuales.* Publicado en *Ética y Jurisprudencia* por la Universidad Valle del Momboy, bajo la dirección y edición de Emilio Urbina Mendoza. Valera-Estado Trujillo-Venezuela 2003. p. 137-146.

Asimilando esta figura del *outsourcing* al contratista[92] podemos afirmar que se trata de un empresario que dispone de sus propios elementos, vale decir, equipos, maquinarias, talleres, oficinas, personal, computadoras, etc. y contrata a los trabajadores *en su propio beneficio*, para que ejecuten su labor en las empresas contratantes, he ahí la diferencia con el intermediario, por cuanto éste los contrata en beneficio de otro; y por lo tanto, la previsión legal de desvinculación sobre responsabilidad laboral solidaria del contratista con la empresa contratante.

La figura jurídica del contratista es diferente a la del intermediario[93], sobretodo despierta un gran interés su distinción sobre las consecuencias jurídicas, derivadas de la responsabilidad solidaria laboral, pero si llegare a existir inherencia o conexidad, en la actividad de la empresa contratista con la de la contratante, los efectos de éstas figuras jurídicas, vendrían a ser los mismos, es decir, ambas empresas devendrían en responsabilidad solidaria, por las obligaciones que impone el sistema jurídico laboral, para con sus trabajadores.

En principio; y en razón del carácter empresarial "autónomo" del contratista, es éste quien asume de manera directa, el cumplimiento de las obligaciones de las normas laborales con sus trabajadores.

Pero dicha situación varía cuando la obra o servicio es inherente (que participa de la misma naturaleza de la actividad ordinaria a que se dedica el contratante) o conexa (que guarda íntima relación o dependencia con la actividad del contratante), entonces en esos casos si operará la responsabilidad de carácter solidario, entre la empresa contratante y la empresa contratista.

Otra presunción que establece el legislador de inherencia o conexidad a la empresa contratista, es en razón del volumen que

---

92 Su regulación jurídica está pautada de manera expresa en el artículo 55 de la Ley Orgánica del Trabajo que señala:
"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 conexa 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".

93 Según la Ley Orgánica del Trabajo, la figura del intermediario crea una presunción legal de responsabilidad solidaria con el beneficiario, esto se deriva del artículo 54 que prevé:
"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".

constituya su mayor fuente de lucro, derivada de la relación habitual con una determinada empresa, para la cual se ejecutan obras o servicios (Art. 57 LOT)[94], por lo tanto, si una empresa obtiene la mayor fuente de lucro por el volumen de ingresos que le reporta una determinada empresa contratante, se activará la presunción legal.

A su vez, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 22, complementa las previsiones del legislador, al señalar, que una obra o servicio ejecutada por un contratista participa de la misma naturaleza de la actividad del contratante (inherencia), cuando constituye 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 objetivo económico. Y que esa obra se considera conexa:

a) Cuando está íntimamente vinculada con la actividad del contratante;
b) Cuando su ejecución se produzca como una consecuencia de la actividad del contratante; y
c) Cuando revista el carácter de permanente.

Por ello, al no existir una regulación precisa de la figura de los *outsourcing* en Venezuela, al ventilarse judicialmente conflictos laborales, la aplicación analógica[95] de una figura similar (contratista), en aras de la flexibilización de la regulación jurídica laboral, es lo mas adecuado, para resolver el caso en concreto con referencia al trabajo humano, en el cual estén involucrados, la empresa contratante, la empresa contratista (*outsourcing*) y el trabajador reclamante, asimismo el juez deberá aplicar los principios del Derecho del Trabajo, para poder descifrar en definitiva la verdadera relación jurídica, por cuanto tal vinculación, pudiera desdibujar los beneficios laborales respectivos (en fraude de ley), así como también, por la poca claridad del trabajo desempeñado por el prestador de servicios en la empresa contratante, a saber, si además le corresponden los mismos beneficios laborales que devengan los demás trabajadores contratados por tal empresa, como por ejemplo, los atribuidos por la convención colectiva.

En ese mismo sentido al existir un conflicto judicial, entre la

---

94 **Artículo 57**: 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 conexa con la de la empresa que se beneficie con ella.

95 La aplicación analógica encuentra su fundamento jurídico en el artículo 4 del Código Civil venezolano, el cual establece:
"A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.
Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho".

empresa contratante y el prestador de servicios, surge la duda sobre la competencia de la materia judicial, es decir, ¿deberá ser tratado por los tribunales con competencia civil y mercantil? o ¿su conocimiento pertenecerá a la jurisdicción laboral?, en este tipo de conflictos es oportuno aplicar los elementos del contrato de trabajo y la técnica de haz de indicios de laboralidad, para corroborar si los servicios que se prestan, en verdad son civiles o mercantiles, o por el contrario se verifica la imponencia del Derecho del Trabajo.

iii) Simulación de trabajo autónomo o independiente:

En realidad, la noción de trabajador independiente tiene una significación muy específica en el Derecho del Trabajo moderno. Se trata de una categoría que no está subordinada a un empleador. Podríamos conceptuarlo a lo sumo, siguiendo las enseñanzas de FRANCISCO DE FERRARI, como un modesto empresario, cuya empresa consiste en su actividad personal y en herramientas o elementos de trabajo de escaso valor, trabajador independiente es el conductor de su propio vehículo, dedicado al transporte de personas o de cosas; el tradicional "cepilladero" o "chichero" de Maracaibo, que vende su refrescante medida en su propio "carrito" y que elabora el producto, de manera artesanal, acaso con la colaboración de su familia, o el profesional que ejerce libremente su profesión o al pequeño empresario que se dedica a sus propios negocios e intereses. Estos trabajadores por cuenta propia, también son sujetos de protección en nuestra nueva legislación del trabajo, quien les otorga, entre otros derechos, el de la sindicación, el de celebrar convenios colectivos asimilables a los previstos para los trabajadores asalariados, y su incorporación progresiva al sistema de seguridad social.[96]

Aunque el Derecho del Trabajo ha extendido su protección hasta el trabajador por cuenta propia o trabajador autónomo o independiente, (Art. 40 LOT. Seguridad social y ámbito colectivo) es indudable que el eje medular del *ius laborum*, es el trabajador dependiente, que presta su servicio de forma personal y trabaja por cuenta ajena, para ceder el fruto de su trabajo a su empleador, por el pago de una remuneración.

El Derecho del Trabajo en sentido estricto no tiene como objeto todas las relaciones de trabajo sino únicamente las que implican una situación de dependencia del trabajador respecto de quien utiliza sus servicios, quedando excluidas las relaciones en que el trabajador goza de autonomía.[97]

---

96 VILLASMIL B., Fernando. *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*. Volumen I. Publicaciones Monfort, C.A. Maracaibo-Venezuela, Mayo 2000, Pág. 109-112.

97 TOSELLI Carlos y ULLA Alicia. *XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la*

En todas las fronteras del contrato de trabajo hay actualmente zonas grises de mayor o menor dimensión, importancia o dificultad de calificación. Pero de todas ellas la de mayor número de los casos fronterizos resueltos por la jurisprudencia ordinaria que pueden caer dentro o fuera del campo de lo laboral es seguramente la que separa el trabajo subordinado o dependiente del trabajo autónomo [98]

El trabajador independiente o autónomo entre otras acepciones, alude, a los altos ejecutivos de la empresa (SCS-TSJ, 12-06-2001, *Caso Inverbanco*); a los profesionales liberales que trabajan de manera autónoma; también a los financistas o empresarios -en todas sus variedades- que, sin duda, realizan regularmente una actividad personal, en la atención de sus negocios e intereses.

El trabajador *por cuenta propia* organiza su actividad y, por consiguiente, no está sujeto a un poder de dirección de otro (por eso el nombre de *autónomo* o *independiente).* Este trabajador tiene la facultad de disposición sobre su trabajo y asume el riesgo económico de la explotación (hace suyas las posibles ganancias, pero asimismo soporta las eventuales pérdidas).

En cambio, quien trabaja *por cuenta ajena* –que es el *trabajador* en el sentido estricto de nuestra disciplina– se integra a una empresa que no le es propia, organizado el proceso productivo por otro. Este trabajador no es, entonces, autónomo; trabaja por cuenta y beneficio de otro, respecto de quien, está *subordinado* o a su disposición; ingresa a la organización ajena y a ella se sujeta, y a cambio de su capacidad de trabajo adquiere el derecho a una retribución garantizada (remuneración económica), quedando la suerte y los riesgos del negocio en manos del beneficiario.

Al ingresar a una empresa ajena, el trabajador se inserta en lo que antes llamamos el "ámbito de organización y dirección" del titular de la empresa y, por consiguiente, debe obediencia a las órdenes o instrucciones que le imparta el empresario para la ejecución de los servicios comprometidos. Esta situación de sujeción o sometimiento del trabajador al poder de dirección del empresario (que se convierte así en el superior jerárquico de aquél), constituye precisamente la llamada *subordinación* o *dependencia jurídica*, situación que no se presenta con los trabajadores independientes o autónomos.[99]

La delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo o, más

Seguridad Social. Jerusalem-Israel, 3 al 7 de Septiembre del 2000. Tópico II. Similitudes y Diferencias entre los distintos contratos comerciales y laborales. p. 4.

98 MARTÍN VALVERDE, Antonio. (2002). Ob. Cit. p. 39.

99 GUISADO, Héctor C. *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social.* Tercera Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Ciudad de Buenos Aires 1999. Pág. 130.

precisamente, del contrato de trabajo, marcará el espacio expansivo o más restrictivo del trabajo asalariado y, por exclusión, del autónomo. (…) El empleo autónomo no es siempre una mera "huida del Derecho del Trabajo", sino un elemento fisiológico del sistema productivo. (…) Es verdad que, en el recurso al trabajo autónomo, los poderes contractuales (…) no son jurídicamente los mismos: el trabajador autónomo no se sujeta al poder empresarial ni «pertenece o se integra a la empresa», como lo es en nuestro caso en concreto.[100]

En la práctica, la situación de debilidad económica del trabajador frente al empresario es un hecho conocido por todos, por ende en provecho de esta ventaja, numerosas veces son las que el empleador ha simulado en diversas oportunidades la figura del trabajo autónomo o independiente, a través, de la creación de contratos civiles o figuras mercantiles, para aparentar que la vinculación es regida por el Derecho Civil o Mercantil, obligado el trabajador a aceptar tales condiciones por temor de no encontrar otra ocupación, pero que si se aprecia, la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias, se podrá develar, si están presentes los elementos del contrato de trabajo, coadyuvados por la técnica de haz de indicios, de ser así, la laboralidad será plausible.

Ahora, si el resultado fuese en sentido contrario, es decir, no hubiese la prestación personal del servicio (siendo que, lo importante es el resultado y no quien presta el servicio), asimismo el prestador del servicio es quien organiza el proceso productivo y no recibe órdenes de otro, de igual forma es quien asume los riesgos del negocio y se apropia de los réditos del mismo y su ingreso es constantemente variable e incluso desproporcionado con la actividad desplegada, las notas de laboralidad serán entonces lo aparente.

No resulta osado afirmar, que los elementos del contrato de trabajo son concurrentes, es decir, basta con que desaparezca completamente uno de ellos, para que se verifique que la relación jurídica no es laboral, cuestión diametralmente opuesta *al cúmulo indiciario de la técnica de haz de indicios*, siendo que, esta técnica se usa por lo general, cuando hay casos simulados, cuando hay casos en fraude de ley o cuando la relación es tan fronteriza que no es fácil –*a priori*– catalogarla como perteneciente a una u otra disciplina, y así con un número considerable de indicios, quien decide, puede apuntalar con mayor certeza, sobre la clasificación de una relación jurídica de difícil definición.

En todo caso, el operador de justicia, deberá aplicar todos los elementos del contrato de trabajo y si aún no fuere suficiente deberá

---

100 RODRIGUEZ PIÑERO, M y CASAS BAAMONDE, M.E. *Relaciones Laborales,* 2000. Pág. 76-77

aplicar la técnica de haz de indicios para determinar con convicción, si en un caso determinado, se trata de un trabajador autónomo o independiente, o, si en verdad se trata de un trabajador dependiente, sometido a la protección del Derecho del Trabajo.

IV. Bibliografía.

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. *Las obligaciones del empresario (I): El Salario.* Publicado en la obra *Derecho del Trabajo. Fuentes y Contrato Individual.* Editorial tirant lo blanch. Valencia-España 1999.

ALFONZO-GUZMÁN, Rafael. *Ajenidad y Dependencia.* Publicado en el libro *Estudios sobre Derecho del Trabajo. Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez.* Vol. I. Editado por Fernando Parra Aranguren, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas-Venezuela 2003.

ALFONSO-GUZMÁN, Rafael. *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo.* Décimo Primera Edición. Editorial Melvin. Caracas 2000.

ALONSO OLEA, Manuel. *Introducción al Derecho del Trabajo.* Sexta Edición, Editorial Civitas, Madrid 2002.

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo.* Editorial Civitas. Décimo Sexta Edición. Madrid.

BAYLOS GRAU, Antonio. *Derecho del Trabajo: Modelo para Armar*. Editorial Trotta. Madrid 1991.

BRONSTEIN, Arturo, *Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo*, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en fecha 6-8 de mayo de 2002. Editado por el Tribunal Supremo de Justicia. Caracas-Venezuela 2002.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario de Derecho Laboral.* Editorial Heliasta. Buenos Aires 1998.

CABANELLAS, Guillermo. *Tratado de Derecho Laboral.* Tomo II. *Derecho Individual de Trabajo.* Volumen I. *Contrato de Trabajo.* Tercera Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires-Argentina 1988. p. 180.

CALDERA, Rafael. *Derecho del Trabajo.* Editorial El Ateneo. 2ª Edición. 8ª Reimpresión. Buenos Aires 1984.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier, profesor titular de Derecho del Trabajo de Sevilla. XIV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva. Mnº de Trabajo y Asuntos Sociales 2002. MATEO, José Manuel. *La Relación Laboral o Profesional del Teletrabajo.* Publicado en el hipervínculo http://www.garrigues.com/download/Jose%20Manuel%20Mateo%20Cinco%20Dias%204-5-2000.pdf.

CARBALLO MENA, César Augusto. *Derecho Laboral Venezolano*. Publicado por la UCAB. Caracas-Venezuela 2000.

CARBALLO MENA, César Augusto y VILLASMIL PRIETO, Humberto. *El Objeto del Derecho del Trabajo.* Publicado en la obra *Las Fronteras del Derecho del Trabajo.* Editado por la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas-Venezuela 2000.

CARBALLO MENA, César Augusto. *Delimitación del Contrato de Trabajo.* Editado por la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas-Venezuela 2001.

CARBALLO MENA, César Augusto. *Aproximación Crítica a la Doctrina Laboral del Tribunal Supremo de Justicia.* Publicado por la UCAB. Caracas-Venezuela 2003.

CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO (1982). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela.* Nº 2.990 (Extraordinario)

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (2000). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.* N° 5.453. (Extraordinario)

CONVENIOS COLECTIVOS sobre *el teletrabajo* publicados en http://www.cgt.info/telefonicavalencia/html/body_teletrabajo.html

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo I. Décima Edición. Editorial Porrúa. México 1967.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo. *Teletrabajo.* Ponencia temática III. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá de Henares. ARAGÜEZ GUERRERO, Juan José. *Ensayo sobre Teletrabajo.* Colaborador desde España.

Publicado en http://www.portaldeabogados.com.ar/colaboraciones/teletrabajo.htm

GUISADO, Héctor C. *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social.* Tercera Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Ciudad de Buenos Aires 1999.

HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar y RICHTER, Raquel. *El Trabajo sin Tutela en Venezuela.* Publicado por la Universidad Central de Venezuela. Caracas-Venezuela 2002.

ISAZA CADAVID, Germán. *Derecho Laboral Aplicado.* Editorial Leyer. Sexta Edición. Bogotá-Colombia 2002.

JAIME MARTÍNEZ, Héctor y OCHOA DE PATIÑO, Carmen Andrea. En su monografía. *Subordinación o Dependencia. Reflexiones al inicio del siglo XXI*. San Cristóbal-Venezuela. Universidad Católica del Táchira.

LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO (1997). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela.* N° 5.152. (Extraordinario)

MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Fronteras y <<zonas grises>> del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001).* En: *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*. Editado por el Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 38. Madrid 2002.

MARQUEZ FERRER, Victorino. *El Derecho Laboral ante los contratos de colaboración empresarial.* Trabajo publicado en la obra de las XXVII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar", libro titulado *Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia.* Editado por el Colegio de Abogados y el Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto-Venezuela 2002.

MIRABAL RENDÓN, Iván Alí. *Sustitución de patrono, transferencia del trabajador y la unidad económica. Algunas precisiones conceptuales.* En: *Ética y Jurisprudencia* de la Universidad Valle del Momboy. Nº 1. Valera, Estado Trujillo, Venezuela 2003.

MONTES DE OCA ESCALONA, Jesús. *La Simulación en el Contrato o Relación de Trabajo.* Publicado en la obra *Estudios sobre Derecho del Trabajo. Libro Homenaje a José Román Duque*

Sánchez. Vol. II. Editado por Fernando Parra Aranguren, Tribunal Supremo de Justicia. Caracas-Venezuela 2003.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo.* Editorial Tecnos. Vigésima Tercera Edición. Madrid 2002.

MONTOYA MELGAR, Alfredo*. El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas*. Publicado En: *Revista de Derecho del Trabajo.* Nº 1. Barquisimeto-Venezuela 2005.

NEVADO FERNÁNDEZ, María José. *Las Restricciones a la Competencia en el Contrato de Trabajo.* Editorial Tecnos. Madrid 1998.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Novena Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 2001.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *La Nulidad Parcial del Contrato de Trabajo.* Editorial Tecnos.

PRADO, Pedro. *La exclusividad en el contrato de trabajo.* Publicado en el libro *Homenaje al Profesor Mario L. Deveali.* Titulado *Estudios sobre Derecho Individual del Trabajo*. Editorial Heliasta. Buenos Aires-Argentina 1979.

RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. *La Dependencia y la Extensión del Ámbito del Derecho del Trabajo.* En: *Revista de Política Social*. Nº 71. Madrid 1966.

RODRIGUEZ PIÑERO, M y CASAS BAAMONDE, M.E. En: *Relaciones Laborales,* 2000.

SALA FRANCO, Tomás. *Derecho del Trabajo.* Tirant lo blanch. Valencia-España 1999.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2005). *"La presunción de laboralidad ¿Un anacronismo jurídico?.* Publicado En: *Revista de Derecho del Trabajo.* Nº 1. Barquisimeto-Venezuela 2005.

SANTORO PASSARELLI, Francisco. *Nociones de Derecho del Trabajo.* Madrid 1963.

TOSELLI Carlos y ULLA Alicia. *XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.* Tópico II. *Similitudes y Diferencias entre los distintos contratos comerciales y laborales.* Jerusalem-Israel 2000.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. En: www.tsj.gov.ve

VILLASMIL B., Fernando. *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo.* Volumen I. Publicaciones Monfort, C.A. Maracaibo-Venezuela, Mayo 2000.

Las condiciones de trabajo

Héctor Armando Jaime Martínez

Profesor de pre y postgrado en Derecho del Trabajo
de la Universidad Católica del Táchira

Sumario:

I. Nota introductoria.
II. Antecedentes y Dificultades.
III. Posición de la doctrina.
i) Concepto Lato sensu
ii) Conceptos Stricto sensu
iii) Conceptos strictissimo sensu
IV. Las condiciones de trabajo en la normativa laboral venezolana.
V. Nuestra posición.
VI. La Isonomía de las condiciones de trabajo.
VII. Las fuentes de las condiciones de trabajo.
VIII. Conclusiones.

Resumen:

Se aborda en el presente artículo uno de los temas de mayor prevalencia en el ámbito del Derecho Laboral, cual es el referido a las Condiciones de Trabajo, derivada su capital importancia de la definición y precisión en el contenido y alcance de las relaciones de trabajo. En este sentido, es realizado un análisis de tal concepto jurídico y las características particulares que se le han dado en el tiempo y en el espacio, en los cuales su estudio y regulación se ha abordado. Así, en lo extenso de la disquisición realizada sobre el tema, se plantea las variaciones de las que ha sido objeto en su definición el concepto de *"condiciones de trabajo"*, acudiendo para ello a la variedad de instrumentos jurídicos de vigencia internacional y nacional, que en sus esfuerzos de obtener una uniformidad legislativa sobre el punto, han incurrido en una verdadera imprecisión que impide obtener una definición unívoca de tal concepto. Por su parte, es abordado el tema desde que la más aceptada doctrina ha precisado sobre las condiciones de trabajo, ante lo cual puede concluirse la diversidad de contenidos que en tal esfuerzo, se le han atribuido. Finalmente se alude a la importancia de definir las Condiciones de Trabajo a efectos de su correcta regulación y abordaje en el derecho individual así como colectivo, en tanto las mismas, las condiciones de trabajo, se erigen como una verdadera fuente de éstos.

Recibido: 12-04-2005 Aceptado: 17-06-2005

Abstract:

In this article one of the most prevailing topics in the extent of the Labor Law is developed, which refers to the working Conditions, its main importance is derived from the definition and precision in the content and the scope of the working relations. In this sense, an analysis has been made about the juridical concept of a particular characteristic that has been given regarding time and space, and also about its study and regulation. Therefore, along the investigation about this topic, the variation in the definition of the concept of "Working Conditions" are posed, using a variety of juridical instruments of national and international validity, that in the effort to obtain a legislative uniformity on the topic, have incur in a truly inaccuracy that prevents them from obtaining a single concept. On the other hand, what the most accepted doctrine has precisely stated about the working condition is developed, from which the diversity of contents can be concluded with its attributed effort. Finally, it is mentioned the importance of the definition of the working condition in order to correctly regulate and address the topic in the Individual and Collective Law, where the working conditions are a primary source of them.

Palabras claves/key words:

i. Condiciones de Trabajo

ii. Modo de ejecución de las obligaciones

iii. Remuneración

iv. Jornada

v. Ambiente de trabajo

vi. Convención colectiva

vii. Contrato individual

I. Nota introductoria.

Al abordar el tema de las condiciones de trabajo, chocamos, desde el inicio, con una grave dificultad. Al pretender, como es de rigor, iniciar el estudio con la definición o la delimitación, desde un punto de vista jurídico, del concepto de "condiciones de trabajo" tropezamos con el escollo de la falta de precisión terminológica de dicho término o expresión. A esta dificulta de refiere Óscar Ermida Uriarte cuando expresa: «Es ésta una expresión difícilmente definible en términos jurídicos y, en el mejor de los casos, polisémica y tal vez contradictoria»[1]

Al aumento de la equivocidad del término contribuye el hecho de que la expresión "condiciones de trabajo" varía de sentido, no tan sólo en textos legislativos pertenecientes a países distintos, sino también en textos normativos vigentes dentro de un mismo ámbito espacial de validez.

De igual manera encontramos y con mayor frecuencia aunque las variaciones espaciales, variaciones del significado del término en el tiempo, ello es explicable, en parte, en razón del carácter evolutivo del Derecho del Trabajo, –histórico y en situación, como diría Lyon-Caën- pero además como producto de políticas y prácticas puestas en marcha, en un determinado momento, para mejorar la condición social de los trabajadores.

No obstante la imprecisión y vaguedad del término, la expresión "condiciones de trabajo" se encuentra ampliamente difundida y consagrada en la totalidad de los textos normativos de carácter tanto nacional como internacional que regulan la materia del trabajo.

II. Antecedentes y Dificultades.

Al parecer una de las primeras oportunidades- si no la primera- en las que se usó la expresión "condiciones de trabajo" fue en una ley Austríaca de 1.870; posteriormente la encontramos en la Ley Clayton de los Estados Unidos de Norteamérica en 1.914.

Sin embargo es innegable que la expresión "condiciones de trabajo" se encuentra íntimamente ligada con el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo, pues esta nace precisamente, con la finalidad de mejorar las condiciones de trabajo en la que se

---

1 ERMIDA URIARTE, Óscar. *El Impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo*. Informe general al XII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Atenas 1991. p. 2.

encuentran los trabajadores. De manera que con su inclusión en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, el término alcanza su más amplia difusión.

En Efecto en el Preámbulo de la parte XIII del Tratado de Versailles, que devino a ser la Constitución de la dicha organización, al determinar la triple justificación de una acción legislativa internacional de las cuestiones atinentes al trabajo, se estableció:

> Considerando que existen ***condiciones de trabajo*** que implican para un gran número de personas la injusticia, la miseria y las privaciones, lo que engendra un tal descontento que constituyen un grave peligro para la paz y la armonía universal. Considerando que es urgente mejorar esas condiciones: por ejemplo en lo que respecta a la reglamentación de la duración del trabajo, la lucha contra el desempleo, la garantía de un salario que asegure condiciones de existencia convenientes, la protección del trabajador contra las enfermedades generales o profesionales y los accidentes de trabajo, la protección de los niños, los adolescentes, y las mujeres, las pensiones de vejez y de invalidez, la defensa de los trabajadores ocupados en el extranjero, la afirmación del principio de la libertad sindical, ...(omisis)."

Como puede observarse del texto citado, desde sus inicios el término condiciones de trabajo aparece rodeado de una gran imprecisión, pues, entre las materias que el Preámbulo cita como ejemplo de las condiciones que deben ser mejoradas, encontramos algunas de naturaleza tan diversa y dispar, como las relativas a la duración del trabajo al lado de las que tienen que ver con la libertad sindical, o con las pensiones de vejez o invalidez.

La Declaración de Filadelfia de 1.944 dio lugar a la modificación de la Constitución de la O.I.T., aún cuando tales modificaciones daten de 1.945 y 1.946. Lo que caracteriza esta declaración es la ampliación de los objetivos de la organización, y ello destaca precisamente en la concepción que adopta de condiciones de trabajo, al ampliarla a materias como salarios, ingresos de personal, no discriminación etc., las cuales no constaban originalmente en el Preámbulo de la parte XIII del Tratado de Versailles.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado en el seno de las Naciones Unidas en el año 1.966, ratificado por Venezuela mediante Ley promulgada el 27 de febrero de 1.970, al establecer el derecho que hombres y mujeres tienen a iguales condiciones de trabajo, las enumera en el artículo 7 y destaca las siguientes: igualdad de remuneración para ambos sexos, salario equitativo y condiciones de existencia dignas, seguridad e higiene en el trabajo, igual oportunidad para la promoción,

así como todo lo relativo a los trabajos y descansos.

Otras normas internacionales, algunas de ellas adoptadas en el seno de la O.I.T., complican aún más la delimitación del término "condiciones de trabajo", al hacer referencia no solo a éstas sino al empleo, y así se utiliza una expresión aún más extensa al aludir a las "condiciones de trabajo y de empleo".

No es menor la confusión en el campo de las legislaciones nacionales, pues si bien todas ellas hacen uso del término, tanto su significado varía de un país a otro, como las materias en él comprendidas, por lo que podríamos concluir que el único lugar común, tanto en las normas nacionales como en las de origen internacional, es la indefinición del término. Al respecto señala Ermida Uriarte: que la legislación nacional de los distintos países que analiza en su trabajo, "cuando le atribuye un determinado contenido, lo hace con una finalidad puramente pragmática, limitada al específico ámbito de aplicación de esta Ley y sin coordinación con los otros usos y contenidos que otras normas le atribuyen a esa misma expresión."[2]

De allí que un sector de la doctrina considere que el término "condiciones de trabajo" es un concepto que no puede ser definido, ni desde el punto de vista jurídico, ni del técnico. Dentro de esta corriente podemos situar al Brasileño Sayao Romita quien afirma que la expresión "condiciones de trabajo" es una noción *ajurídica* que no posee un significado técnico, por cuanto no tiene el sentido que la teoría general del Derecho le da al vocablo "condición". En el caso que nos ocupa la palabra condición está empleada como sinónimo de circunstancia, situación, estado, modo de ser, etc.[3]

Es fundada la posición de Sayao Romita puesto que dentro de la Teoría General de las Obligaciones, la condición es definida como un acontecimiento futuro e incierto del cual se hace depender la existencia o la extinción de un acto jurídico, de una obligación, de un derecho, en tanto que en la expresión que estudiamos es evidente que la palabra condición no tiene un sentido similar.

III. Posición de la doctrina.

La doctrina no es ajena a la confusión y disparidades que, como hemos visto, el término condiciones de trabajo provoca en el campo normativo. Ante la abundancia de sentidos y contenidos diferentes

---

2 ERMIDA URIARTE, Óscar. El Impacto de las... Ob. Cit. p. 4.

3 SAYAO ROMITA, Arión. *Informe nacional del Brasil al tema I del XIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Socia*". Atenas, 1991. p. 156.

que se le atribuye al término en cuestión, vamos a optar por sistematizar los distintos conceptos doctrinarios que de él se han dado, con el fin de facilitar su análisis. Para ello vamos a echar mano de la clasificación que Rafael Alburquerque ha hecho de las distintas posiciones doctrinarias en torno a las condiciones de trabajo.

Para el autor dominicano la expresión puede entenderse en tres sentidos:

a) Lato sensu: abarcaría prácticamente todas las instituciones del Derecho del Trabajo.

b) Stricto sensu: se restringiría a las modalidades de ejecución del trabajo y al pago del salario.

c) Strictissimo sensu: tan sólo estaría referida a lo relacionado con el tiempo de trabajo y descanso, así como a las condiciones de higiene y seguridad.[4]

i) Conceptos Lato sensu.

Un primer sector de la doctrina coincide con el Preámbulo de la Constitución de la O.I.T., por lo que de acuerdo con ello, la expresión condiciones de trabajo abarcaría prácticamente todo el contenido del Derecho del Trabajo, ya que abarcaría no tan sólo instituciones del Derecho Individual del Trabajo, sino también del Derecho Colectivo. Una concepción de este tipo, antes que permitirnos delimitar el concepto de condiciones de trabajo, nos llevaría a identificarlo con el de Derecho del Trabajo, al cual podría definirse como aquella rama del Derecho que tiene por objeto la regulación de las condiciones de trabajo.

En esta corriente podríamos encuadrar a Paul Durand para quien las condiciones de Trabajo, en un sentido amplio, se aplicarían a todo lo que tuviera que ver con la organización social de la profesión y de la empresa aún cuando el propio autor francés reserva un sentido estricto del término para las condiciones bajo las cuales fueron concluidos los contratos individuales.[5]

Otro sector de la doctrina identifica las condiciones de trabajo con el contenido del Derecho Individual del Trabajo, así dentro de él

---

4 ALBURQUERQUE, Rafael. *Informe Nacional de la República Dominicana al Tema I del XIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Atenas, 1.991. p. 431.

5 DURAND, Paul et ANDRÉ VITU. *Traité de Droit du Travail*. Dalloz, Paris. 1.956. T. II. p. 316.

se incluiría, además del tiempo de duración del trabajo, los descansos, la higiene y seguridad y la remuneración, todo lo que corresponde a la formación y clases del contrato individual, así como la terminación del mismo y su desarrollo. Dentro de esta corriente podemos incluir la posición de Rafael Forero Rodríguez y de Rafael Forero Contreras para quienes condiciones de trabajo son "el conjunto de normas e instituciones que reglamentan el ingreso, la permanencia y el retiro de la fuerza laboral y en especial el entorno laboral"[6]

Manuel Ibáñez, fundándose en el carácter de orden público y en la indisponibilidad de las normas que regulan las condiciones de trabajo, las define:" Conjunto de normas que regulan al trabajador dependiente y a las personas asimiladas a él, que las partes individualmente no pueden modificar, si no es para mejorarlas en beneficio del trabajador y que tienden a asegurarle a éste una formación adecuada para el empleo; la libertad exterior de su persona mediante la limitación de las horas de trabajo; la conservación de la salud imponiendo condiciones de higiene y bienestar y seguridad social, durante el transcurso de su vida activa y aún producido su retiro. Consciente de lo extenso de su concepto, advierte Ibañez que es imposible conceptualizar el término en un sentido unívoco, y que aparece más como un recurso técnico del cual se echa mano para abarcar "una serie indiferenciada de subconceptos comprensivos de institutos y mecanismos sustancialmente heterogéneos."[7]

Al parecer este concepto es ampliamente difundido dentro de la doctrina uruguaya puesto que Antonio Grzetich y Alberto Rossi definen las condiciones de trabajo en la siguiente forma: "entendemos por tales no sólo las condiciones individuales de labor, sino el contexto global de relaciones que influyen de manera directa o indirecta en el desarrollo de la vida del trabajador."[8]

La amplitud que se le da al concepto de condiciones de trabajo, que las identifica prácticamente con el contenido del Derecho del Trabajo, o, al menos, con el contenido del Derecho Individual, les resta utilidad.

---

6 FORERO RODRÍGUEZ Rafael y FORERO CONTRERAS, Rafael. *Informe Nacional de Colombia al tema I del XIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Atenas, 1991. p.205.

7 IBAÑEZ, Manuel. *El concepto de condiciones de trabajo en la doctrina laboral y en el sistema de normas de la OIT*. En: *Revista de Derecho Laboral*, Montevideo 1983. N° 130. p.338.

8 ROSSI, Alber y GRZETICH, Antonio. *Impacto de las nuevas tecnologías en las condiciones de trabajo y empleo. El caso textil Uruguayo*. En *Derecho Laboral*, Montevideo. Julio-septiembre, 1987. p.562.

ii) Conceptos stricto sensu.

Mario de la Cueva define las condiciones de trabajo como "normas que fijan los requisitos para la defensa de la salud y la vida de los trabajadores en los establecimientos y lugares de trabajo y las que determinan las prestaciones que deben recibir los hombres por sus trabajos."

De la Cueva las clasifica en: a) de naturaleza individual, o sea las dirigidas a preservar la salud y la vida de cada trabajador (descanso, limitación de la jornada, salario, etc.) ; b) de naturaleza colectiva destinadas a garantizar la salud y la vida de los hombres; y, c) de naturaleza colectiva encaminadas a garantizar el disfrute de ciertos beneficios en forma conjunta y que él denomina "prestaciones sociales", como serían los centros de recreo, una biblioteca, etc.[9]

Néstor de Buen critica esta concepción, por cuanto considera que las condiciones de trabajo no son tan sólo beneficios a favor de los trabajadores, aún cuando en lo esencial tengan ese carácter, pues en ciertos casos las condiciones de trabajo pueden implicar prerrogativas patronales. Entre las materias que este autor señala como el contenido de as condiciones de trabajo, enumera las siguientes: la jornada, los días de descanso, las vacaciones, el salario, la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, el suministro de habitaciones para los trabajadores, en los casos que la Ley señala, la capacitación, los derechos de preferencia, antigüedad y ascenso, los derivados de las invenciones y, en fin, todo aquello que De la Cueva denomina "prestaciones que deben recibir los hombres por su trabajo.[10]

Tradicionalmente la doctrina francesa ha dividido el estudio del derecho individual del trabajo en dos partes: una primera que se ocupa del contrato de trabajo y que tiene que ver con su iniciación y terminación, así como las modificaciones que pueden producirse durante su vigencia, en tanto que la segunda, a la que se la denomina "Reglamentación del Trabajo" comprende el estudio de aquellas normas de carácter imperativo que regulan la prestación efectiva en una relación ya existente.[11]

La posición de la doctrina francesa concuerda con su legislación, puesto que el Libro Primero del Código de Trabajo francés

---

9 DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Porrúa, México, 1974. Segunda edición. p. 263 y ss.

10 DE BUEN, Néstor. *Derecho del Trabajo*. Porrúa. México, 1.979. Tercera Edición. T.II. P.125

11 En este sentido puede verse el esquema de la obra *Droit du Travail* de los profesortes RIVERO, Jean y SAVATIER, Jean. P.U.F. Paris.1.956.

se refiere a "las convenciones relativas al trabajo", en tanto que el segundo, titulado "La reglamentación del trabajo" contiene un capítulo específicamente dedicado a las condiciones de trabajo.

Acorde con esta posición, Francois Gaudu señala que el término condiciones de trabajo evoca inmediatamente la reglamentación de la higiene y la seguridad del trabajo, el régimen del tiempo de trabajo, y si se extiende más la noción, podría incluirse, dentro de él, el salario.[12]

Otro sector de la doctrina francesa distingue entre condiciones materiales inmediatas de ejecución de los contratos de trabajo, de las condiciones de empleo, encaminadas a la organización de las relaciones de trabajo en cuanto a su formación, duración y terminación. Ermida critica acertadamente esta concepción a la que considera una especie de contagio terminológico, pues si se reprocha la ajuridicidad de la expresión "condiciones de trabajo", nada justifica que se invente otra expresión, no menos ajurídica, como sería la de "condiciones de empleo", lo que vendría a consagrar una inútil duplicidad de denominaciones, con la consecuente confusión y falta de claridad.[13]

Acorde con la concepción de origen germánico de la relación de trabajo, un sector de la doctrina identifica las condiciones de trabajo con el llamado Derecho Tutelar del Trabajo, el cual es definido por Octavio Bueno Magano como: «La parte del Derecho del Trabajo compuesta de reglas que pueden implicar derechos y obligaciones entre trabajadores y empleadores pero en las que predominan deberes de estos últimos y excepcionalmente de los primeros frente al Estado.» Para este autor las materias comprendidas dentro del Derecho Tutelar serían las siguientes: «identificación y registro profesional, jornada de trabajo, período de descanso, reposo semanal remunerado, las vacaciones, la protección del trabajo de la mujer y los menores, la nacionalización del trabajo, la higiene y seguridad en el trabajo y por último, la fiscalización del trabajo».[14]

Cesarino Junior, por su parte, considera que la reglamentación protectora del trabajo comprende lo relativo a la duración del trabajo, la higiene y la seguridad en el trabajo, los regímenes especiales para ciertas profesiones y el trabajo de las mujeres y de los menores.[15]

---

12 GAUDU, Francois. *Informe Nacional de Francia al Tema I. Del XIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Atenas, 1991. p. 264.

13 ERMIDA URIARTE, Óscar. El Impacto... Ob. Cit. p. 8.

14 BUENO MAGANO, Octavio. *Manual de Direito do Trabalho*. Edit. LTR. Sao Paulo. 1.989. Vol. IV. P. 10.

15 CESARINO JUNIOR, A. F. *Directo Social.* Editorial LTR. Sao Paulo. 1.980. p. 355.

Vázquez Vialard, por su parte, se muestra en principio partidario de un concepto más restringido de condiciones de trabajo, cuando las define como "conjunto de normas que se refieren a los aspectos de la relación vinculados con los horarios de trabajo, pausas (diarias, semanales, anuales), condiciones ambientales, y las vinculadas con la labor desarrollada por las mujeres y los menores que tienen un régimen especial." Pero luego adopta una noción más amplia cuando continúa diciendo: "Sin duda, la citada denominación admite críticas, ya que la expresión comprende también todo lo concerniente a obligaciones y derechos de las partes, remuneración, suspensión de las prestaciones, sanciones, etcétera."[16]. Como el propio autor admite la posibilidad de críticas a tal concepto, de entrada podríamos aludir a la que se deriva del hecho de que tan sólo se refiera a dos regímenes especiales: mujeres y menores. Por otra parte, dentro de la tendencia a garantizar la igualdad de los dos géneros, se considera que la mujer, por el hecho de su condición de mujer, no debe ser objeto de protección especial, lo que se protege es la maternidad y la familia.

En el campo de la doctrina nacional, Fernando Villasmil Briceño es partidario de esta tesis cuando define las condiciones de trabajo como: "conjunto de normas legales o convencionales reguladoras de las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que debe prestarse el trabajo, y de los derechos y obligaciones de las partes con ocasión de esa prestación." Dentro de las principales condiciones de trabajo, Villasmil destaca las siguientes: " 1) La jornada de trabajo; 2) El régimen de descanso; 3) Las vacaciones; 4) La remuneración; 5) La Participación en los beneficios; 6) El medio físico o ambiente de trabajo; y 7) Las medidas de higiene y de seguridad en el trabajo.[17] Luego amplia su concepto para incluir dentro de las condiciones de trabajo la recreación o el aprovechamiento del tiempo libre.

iii) Conceptos strictissimo sensu.

La tercera corriente doctrinal reduce las condiciones de trabajo a "las circunstancias que rodean la prestación del trabajo, los "modos o formas" en que ésta se hace," como a ellas se refería Fernando Amores y Herrera, citado por Caldera.[18]

Dentro de esta concepción las condiciones de trabajo abarcarían tan sólo instituciones tales como la jornada de trabajo, el descanso

---

16 VAZQUEZ VIALARD, Antonio. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Astrea. Buenos Aires. 1989. Tomo I. p. 307.

17 VILLASMIL BRICEÑO, Fernando. *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*. Editorial Roberto Borrero. Maracaibo. 1.991. Tomo I. p. 283.

18 CALDERA, Rafael. *Derecho del Trabajo*. Tipografía de la Nación. Caracas. 1939. p. 389.

(interjornada, semanal, feriados), las vacaciones, y las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo.

En este mismo sentido encontramos la definición del francés Pierre Bounce, para quien las condiciones de trabajo vendrían a ser: «las modalidades de ejecución de la prestación de trabajo, reguladas por el empleador dentro del marco de su poder de dirección, eventualmente corregidas por la Ley o las convenciones colectivas y que influyen sobre el tiempo, la organización, el ambiente físico y psicológico del trabajo.»[19]

Hay que destacar que esta posición es la que adopta la Ley Orgánica del Trabajo venezolana, aún cuando no coincide con la de otros instrumentos normativos de nuestro país.

IV. Las condiciones de trabajo en la normativa laboral venezolana.

El Título III de la Ley del Trabajo de 1.936 denominado: "De las condiciones de trabajo" se componía de siete capítulos que comprendían las siguientes materias: un primer capítulo dedicado a regular los días hábiles para el trabajo, así como la institución del descanso semanal y las vacaciones anuales; el capítulo segundo destinado a establecer la duración máxima de las jornadas; el capítulo tercero, dividido en dos secciones, dedicaba la primera de ellas al salario, en tanto que la segunda se refería a la participación en las utilidades de la empresa; el capítulo cuarto reglamentaba el régimen especial aplicable a los empleados y obreros domésticos en tanto que el quinto hacía lo mismo con el trabajo de las mujeres y de los menores; el capítulo sexto, también dividido en dos secciones, regulaba las condiciones generales de higiene y seguridad industrial, así como el establecimiento de campamentos para trabajadores en aquellas empresas que, por su situación geográfica, así como por su magnitud e importancia, así lo requirieran; y, por último, el capítulo séptimo se limitaba a regular el trabajo nocturno.

En noviembre de 1.938 se promulga el Reglamento de la Ley del Trabajo, y a diferencia de la Ley, no agrupa aquellas materias que la Ley trató bajo el título de condiciones de trabajo, sino que éstas se encuentran dispersas a todo lo largo del Reglamento. No ocurre lo mismo con el Reglamento del Trabajo en la Agricultura y en la Cría, promulgado el 4 de mayo de 1.945, pues éste sí agrupa en el capítulo III, las mismas materias que la Ley del Trabajo reúne en el

---

19 BOUNCE, Pierre. *Recherches sur les concepts juridiques en matiére de conditions de travail*. En: *Revue Francaise des affaires sociales*. Paris. Janvier- mars. 1.978. Vol.32. p. 178.

Título III, excepción hecha del trabajo de las mujeres y de los menores, al que reserva un capítulo aparte.

En las reformas que experimentó la Ley del Trabajo de 1.936, incluida la de 1.983, siempre se mantuvo esta posición.

Antes de la aparición de la Ley Orgánica del Trabajo, en julio de 1.986, se promulga la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. El instrumento legal en cuestión definía en su artículo 4° lo que, a los efectos de la propia Ley, debe entenderse por condiciones de trabajo. La definición, que más bien es una descripción, señala que se entiende por condiciones de trabajo:

1. Las condiciones generales y especiales bajo las cuales se realiza la ejecución de las tareas.

2. Los aspectos organizativos funcionales de las empresas y empleadores en general, los métodos, sistemas o procedimientos empleados en la ejecución de las tareas,los servicios sociales que éstos prestan a los trabajadores y los factores externos al medio ambiente de trabajo que tienen influencias sobre él.

Como se desprende de la lectura anterior, la noción de condiciones de trabajo, es mucho más reducida que la empleada por la Ley del Trabajo, vigente para la época, y difiere notablemente de la misma.

La Ley Orgánica del Trabajo de 1.990 adopta un concepto más reducido de condiciones de trabajo que el consagrado en la Ley de 1.936, En efecto, el Titulo IV de la misma excluye del ámbito de las condiciones de trabajo tanto la materia salarial, como el trabajo de los menores y de los empleados y obreros domésticos, por lo que respecta al trabajo de las mujeres, siguiendo la tónica general, la Ley parte del principio de la igualdad de los sexos por lo que debe aplicarse a ellas la misma legislación prevista para los hombres, las únicas diferencias y protecciones que se aceptan, son las derivadas de la condición de madre.

Por su parte el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo promulgado en enero de 1.999, vuelve en cierto modo al criterio imperante en la Ley del Trabajo de 1.936, pues, dentro del capítulo VII, referente a las condiciones de trabajo, incluye la reglamentación del salario, pero además, la sección tercera de dicho capítulo regula algunos aspectos relativos a la prestación de antigüedad, materia que, dentro de la tradición legislativa, había tenido más afinidad con las normas relativas a la terminación del contrato de trabajo.

Por otra parte, la propia Ley Orgánica del Trabajo utiliza, en repetidas ocasiones, el término en estudio con una extensión diferente a la que le otorga en el Título IV y ello ocurre a propósito de las negociaciones y conflictos colectivos.

En efecto, el artículo 469 fija la materia de las negociaciones y conflictos colectivos en la siguiente forma:

> Las negociaciones y conflictos colectivos que surjan entre uno (1) o más sindicatos de trabajadores y uno (1) o más patronos, para modificar **las condiciones de trabajo...** (omissis)

En un sentido similar el artículo 497, al fijar las condiciones de admisibilidad de la huelga, exige entre otros requisitos:

> a) que se fundamente en la exigencia que se haga al patrono para que tome, modifique o deje de tomar medidas relativas a **las condiciones y modalidades en que se presta el trabajo**; para que celebre una convención colectiva o para que dé cumplimiento a la que tiene pactada.

De igual manera encontramos la expresión condiciones de trabajo utilizada en el mismo sentido en el artículo 507 que define la convención colectiva de trabajo en la siguiente forma:

> La convención colectiva de trabajo es aquella que se celebra entre uno o varios sindicatos o federaciones o confederaciones sindicales de trabajadores por una parte, y uno o varios patronos o sindicatos o asociaciones de patronos, de la otra, para establecer las **condiciones conforme a las cuales se debe prestar el trabajo** y los derechos y obligaciones que correspondan a cada una de las partes.

La disposición del artículo 497 relativa a los requisitos para la procedencia de la huelga, es similar a la que contenía el artículo 211 de la Ley del Trabajo de 1.936. Esta disposición produjo abundantes pronunciamientos por parte del Ministerio del Trabajo que buscaba aclarar el sentido en que se usaba este término en dicho artículo.

En un dictamen del 22 de mayo de 1.959, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo sostuvo lo siguiente: «Ahora bien, a juicio de esta Consultoría, atenida a las más divulgadas corrientes doctrinarias, por 'condiciones de trabajo' debe entenderse: las circunstancias de tiempo, modo, lugar, remuneración, higiene y seguridad industriales y servicios sociales para los trabajadores, todas las cuales constituyen las situaciones de hecho en que el trabajo se

presta»[20]. Luego, el 22 de febrero de 1.960, el mismo organismo considera, a manera de ejemplo, que la determinación de los plazos para el pago del salario puede ser considerada como una condición de trabajo.[21]

Así en otro dictamen la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo consideró inadmisible un pliego de peticiones que pretendía forzar a una empresa para que esta se autocalificara de contratista.[22]

Lo que si parece estar claro para la jurisprudencia administrativa es que las llamadas "cláusulas de relación", es decir las que se conceden en beneficio del sindicato contratante y no del trabajador no constituyen condiciones de trabajo, por lo que no deben formar parte integrante de los contratos individuales, tal es el criterio que acoge un dictamen de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo de fecha 7 de diciembre de 1.976.[23]

La revisión de inventarios y balances de una empresa, a los efectos de la determinación de los beneficios obtenidos por ella, no es considerada por la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo , en dictamen del 29 de mayo de 1.969, como una condición de trabajo que pueda constituir objeto de un conflicto colectivo.[24]

De lo anterior se desprende que dentro del campo de nuestra legislación, no hay claridad conceptual de lo que debe constituir el contenido de las condiciones de trabajo.

V. Nuestra posición.

Como se ve de lo anterior el problema de precisar el concepto del término condiciones de trabajo y su extensión no resulta fácil; al mismo tiempo, las diferentes posiciones adoptadas en el derecho interno venezolano hacen aún más ardua la tarea.

En primer lugar debemos considerar la expresión "condiciones

---

20 Jurisprudencia de la Ley del Trabajo. Juan F. PORRAS RENGEL. Fundación Rojas Astudillo. T.V. P.3855.

21 Jurisprudencia de la Ley del Trabajo. Juan F. PORRAS RENGEL. Fundación Rojas Astudillo. T. V P.3877.

22 Jurisprudencia de.la ley del Traabjo. Juan F. PORRAS RENGEL. Fundación Rojas Astudillo. T.V. Pp. 3.861 y 3.863.

23 PORRAS RENGEL, Juan F. *Compendio práctico de jurisprudencia de la Ley del Trabajo*. Ediciones Jurisprudencia del Trabajo. Caracas 1988. T.II. p. 981.

24 Jurisprudencia de la Ley del Trabajo. Juan F. PORRAS RENGEL. Fundación Rojas Astudillo. Tomo XIII. P. 483.

de trabajo" como un todo y no analizar separadamente cada uno de los dos términos o sustantivos que la componen. Lamentablemente en nuestra lengua castellana no es frecuente la formación de palabras que expresan dos ideas en una sola palabra, como resulta permitido en la lengua alemana, en la que podríamos usar el término "die arbeitsbedingungen" para referirnos a las condiciones de trabajo.

Tomar el término "condiciones de trabajo" como una sola unidad que expresa una sola idea, independiente de los sustantivos que la componen, permite salir al paso a las acusaciones de "ajuridicidad" que se le imputan al término en cuestión, y al cual hicimos referencia, a la vez que permite mantener la univocidad del término "condición" considerado separadamente.

En segundo lugar debemos tener presente que si bien la expresión condiciones de trabajo es de uso común, no siempre se la ha utilizado para referirse al contenido de tal institución sino que en algunas legislaciones, como es el caso de la francesa, se la denomina "Reglamentación del Trabajo" y algunos doctrinarios prefieren llamarlas tal institución, como "Contenido del Contrato de Trabajo" como es el caso de Manuel Alonso García.[25]

Por último, antes de entrar a considerar el concepto y la extensión del mismo, debemos tener presente que las discrepancias que encontramos en el derecho interno y a las cuales aludimos antes, no van a permitir tener un concepto unívoco que se adapte a las distintas normas jurídicas que regulan las condiciones de trabajo.

Dado el carácter sinalagmático del contrato de trabajo surgen obligaciones para ambas partes. De una manera simplista podríamos decir que el empleador asume la obligación de remunerar el servicio que presta el trabajador, y éste, en reciprocidad, se compromete a poner a disposición de aquél su energía de trabajo. Al lado de estas obligaciones surgen otras de igual importancia como sería, por ejemplo, la obligación del patrono de brindar seguridad al trabajador en la ejecución de la labor que a éste se le encomienda, etc.

Ahora bien esas obligaciones establecidas así, en forma tan genérica, requieren de cierta especificidad o determinación más concreta. El patrono no debe cumplir con la obligación de remunerar el trabajo de cualquier manera, cuando él lo considere conveniente, con la cantidad que a él le parezca, cambiando la forma de hacerlo a su voluntad, sino que es necesario que esas modalidades de cumplimiento hayan sido determinadas con anterioridad de forma que se garantice el efectivo cumplimiento de tal obligación. El trabajador

---

25 ALONSO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. Ariel. Barcelona. 1.975. p. 480.

por su parte, no es libre de ejecutar su labor cuando quiere, como quiere y donde quiere, sino que tales circunstancias deben haber sido previstas al momento de la celebración del contrato o en un momento anterior.

Es precisamente la manera como se desenvuelve el contrato, o mejor dicho, esa determinación de las modalidades o formas de ejecución de las obligaciones surgidas del contrato de trabajo, lo que constituye la materia de las condiciones de trabajo. De allí que podríamos definir las mismas como "el conjunto de normas que determinan la extensión de las obligaciones asumidas por las partes en el contrato de trabajo estableciendo las circunstancias bajo las cuales se desarrolla el cumplimiento de tales obligaciones."

Al referirse al contenido del contrato de trabajo Alonso García lo define como "el conjunto de derechos y deberes recíprocos de las partes del mismo, que se manifiestan como una consecuencia o serie de consecuencias del vínculo que liga a aquéllas."[26]

Con base en la definición anterior podríamos decir que las condiciones de trabajo abarcan las siguientes instituciones: 1) La remuneración, 2) el tiempo de trabajo y el tiempo de no trabajo (jornada y descansos diarios, semanales o anuales); 3) la forma como se ejecuta la prestación por parte del trabajador; y, 4) el ambiente de trabajo y la garantía de la seguridad integral del trabajador.

En un sentido similar Alonso García clasifica el "contenido del contrato de trabajo" en:

1. patrimonial: directamente referido a la valoración económica de las prestaciones de trabajador y empresario,…..

2. ético: referido al modo en el que las prestaciones derivadas del contrato deben hacerse efectivas; y,

3. jurídico: referido a la titularidad de los resultados del trabajo y de la contraprestación percibida por el trabajo.[27]

La posición adoptada puede ser incluida dentro de las que le dan un sentido estricto a la noción de condiciones de trabajo pero no demasiado restringido. De todas maneras sólo resulta aplicable a las relaciones individuales de trabajo y se excluye lo relativo a la formación del contrato de trabajo, sus tipos, así como la terminación del contrato de trabajo y sus consecuencias.

---

26 ALONSO GARCÍA, Manuel. Ob. Cit. p. 480.

27 ALONSO GARCÍA, Manuel. Ibidem.

VI. La isonomía de las condiciones de trabajo.

Las condiciones de trabajo están sometidas al principio de la igualdad de condiciones para todos los trabajadores que presten sus servicios en un mismo tipo de labor dentro de la misma empresa. Este principio está consagrado en el artículo 186 de la Ley Orgánica del Trabajo y ello no es más que una consecuencia del principio de no discriminación consagrado en el los artículos 19 y 89 de la Constitución Nacional y 26 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Sin embargo la ley ha previsto la posibilidad de que se establezcan algunas diferencias, así por ejemplo, la jornada para los trabajadores que prestan servicios durante las horas de la noche es inferior a la de los trabajadores que ejecutan la misma labor durante el día.

En materia de salario, la Ley en el artículo 135 establece específicamente la igualdad de remuneración para los trabajadores que presten servicios en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales. Cabe señalar que no basta con desempeñar el mismo puesto de trabajo y dentro de la misma jornada para tener derecho al mismo salario, sino que es necesario que la eficiencia del trabajador que aspira a tener idéntica remuneración que la percibida por otro que desempeña el mismo cargo, sea la misma. Ahora bien, la determinación del nivel de eficiencia debe responder a parámetros objetivos que permitan concluir que un trabajador ha sido más eficiente que otro.

De igual manera el artículo 136 permite que se establezcan primas de carácter social para premiar la antigüedad, la asiduidad, la economía de materias primas o en razón de responsabilidades familiares, pero tales primas deben tener carácter general, es decir, deben concederse a trabajadores que se encuentren en situaciones análogas.

Así, por ejemplo, si se establece que a una secretaria que tiene 20 años de servicio en una empresa se le da una prima equivalente a un diez por ciento de su salario mensual, para premiar su antigüedad, un cajero que en esa empresa llegue a cumplir la misma antigüedad deberá tener derecho a una prima igual.

En materia de otras condiciones de trabajo también esto puede ser posible. Así, en una empresa podría establecerse que los trabajadores que hayan cumplido 25 años de servicio, tendrán

derecho a una jornada de trabajo inferior en cuatro horas a la semana, sin que ello signifique una violación al principio de no discriminación.

VII. Las fuentes de las condiciones de trabajo.

Las condiciones de trabajo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 186 de la Ley Orgánica del Trabajo, pueden ser convenidas libremente, es decir pueden ser producto de la autonomía individual de las partes, por lo que, su regulación pueden tener su fuente en el contrato individual de trabajo. No obstante lo anterior, la autonomía individual se encuentra limitada, en primer término, por la propia Ley que fija condiciones mínimas garantizadas para todos los trabajadores, y, en segundo término, por el principio de la igualdad de condiciones y no discriminación al cual hicimos ya referencia.

La verdad es que en materia de condiciones de trabajo es donde las Leyes de trabajo muestran con mayor claridad y vigor su carácter imperativo. En efecto, todas las disposiciones legales relativas a jornada de trabajo, descansos, garantías en materia de higiene y seguridad son consideradas normas de alta inoperatividad, las cuales, en el campo de las relaciones de trabajo de los trabajadores internacionales, se imponen a lo pactado por las partes o al derecho interno del país con el que existan más factores de conexión y que resultaría aplicable a una relación de trabajo en concreto, cuando la relación de trabajo se ha desarrollado en parte en Venezuela.

De allí que el campo de la autonomía de la voluntad en la fijación de las condiciones de trabajo queda limitado tan sólo a establecer condiciones que superen o mejoren las garantías mínimas fijadas por la Ley.

Por otra parte, es frecuente la fijación de condiciones de trabajo en las convenciones colectivas, que se impondrían a las fijadas en los convenios particulares y, se encontrarían limitadas, de igual manera, por las disposiciones imperativas contenidas en las leyes de trabajo.

La costumbre suele tener un papel importante en la fijación de condiciones en materia de jornada y descansos, por ejemplo, en lo relativo al momento de ingreso al trabajo y a períodos de gracia para ingresar al trabajo con el fin de que no se considere el ingreso tardío como una falta, la fijación de días festivos con base en usos y costumbres locales, el establecimiento de descansos interjornadas para tomar un café, etc.

Por último dentro del poder reconocido al patrono de organizar y dirigir la empresa, éste tiene la facultad de dictar un Reglamento Interior el cual debe cumplir con los requisitos exigidos por el

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, es decir, gozar de amplia publicidad y observar las normas de orden público. Dentro de este Reglamento Interior, el jefe de la empresa podrá establecer condiciones de trabajo.

Un tema por demás interesante es el de la posibilidad de que el patrono modifique de manera unilateral las condiciones de trabajo, situación que se conoce en la doctrina como *ius variandi*, sin embargo no pretendemos tratar el tema en este artículo.

VIII. Conclusiones.

· El término condiciones de trabajo, si bien tiene una amplia utilización en el Derecho del Trabajo, no obstante, presenta una gran imprecisión pues tanto en el campo normativo, como en el de la doctrina se le atribuyen contenidos diversos.

· Nuestra legislación laboral no escapa a la falta de univocidad del término condiciones de trabajo ya que tanto la Ley Orgánica del Trabajo, como la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones, y Medio Ambiente de Trabajo y el Reglamento de la LOT, le otorgan diferente extensión.

· Para elaborar un concepto de condiciones de trabajo es necesario considerar el término como un todo y no atribuirle el significado propio de cada una de las dos palabras que lo componen.

· Dentro del derecho de trabajo resulta útil la noción de condiciones de trabajo pues por una parte, nuestra Ley considera que sólo éstas pueden ser objeto de negociación colectiva y de conflictos colectivos y por otra se establece el principio de igualdad de condiciones de trabajo por lo que se requiere tener un concepto de ellas para determinar la igualdad de trato para trabajadores que se encuentran desempeñando un mismo cargo.

· Las condiciones de trabajo están regidas por el principio de la igualdad de condiciones para igual tipo de trabajo como una consecuencia del principio de no discriminación.

· Si bien se prevé que las condiciones de trabajo pueden ser fijadas mediante la voluntad de las partes, la ley establece límites mínimos que garantizan a los trabajadores el desarrollo de su actividad en condiciones acordes con su condición humana.

El Poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas

Alfredo Montoya Melgar

Catedrático de Derecho del Trabajo de la
Universidad Complutense de Madrid.
Miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y
Legislación de la Academia Iberoamericana de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Sumario:

I. Planteamiento.
II. El Poder de Dirección en Contratas y Subcontratas.
III. El Poder de Dirección en las Empresas de Trabajo Temporal.
IV. El Poder de Dirección en los Grupos de Empresas.
V. Bibliografía.

Resumen:

El presente trabajo aborda los problemas específicos que plantea la titularidad y ejercicio del poder directivo del empresario en las estructuras productivas complejas, esto es, en las contratas y subcontratas, en las empresas de trabajo temporal y en los grupos de empresa. Partiendo de la existencia en cada una de esas modalidades de una pluralidad de empresarios en sentido económico-productivo, se analiza quién o quiénes ostentan las facultades directivas laborales y en virtud de qué títulos jurídicos. Al mismo tiempo, el estudio traza las importantes diferencias que en la materia se dan entre las contratas, donde en rigor sólo existe un empresario laboral –el contratista- legitimado para ordenar la prestación de sus trabajadores, las empresas de trabajo temporal, en las que el ejercicio básico del poder directivo corresponde a alguien que no es empresario laboral, y los grupos de empresa en los que en principio cada empresario del grupo es titular de las facultades de dirección sobre el trabajo.

Recibido: 21-03-2005 Aceptado: 16-07-2005

Abstract:

In this part, the specific problems that lay in the performance of the employer leading power in the complex enterprise structures, that is to say, in the contract or subcontract, in the temporary job companies and in the enterprise groups. Beginning with the existence of each one of the modality of employer plurality in an economic-productive sense, it is analyzed who shows the work leading power and in virtue of its juridical titles. At the same time, the study outline the important differences between the contracts regarding that matter, where strictly speaking exists only one labor manager -the contractor- legitimized to order the lending of their workers, the temporary work companies, where the basic performance of the leading power correspond to someone that is not a labor employer, and in the enterprise groups where at first each group manager is the controller of the work leading power.

Palabras claves/key words:

1. Poder directivo del empresario
2. Estructuras empresariales complejas
3. Contratas
4. Subcontratas
5. Empresas de trabajo temporal
6. Grupos de empresas

I. Planteamiento.

El poder de dirección del empresario, aspecto activo de la situación de dependencia jurídica del trabajador en el contrato de trabajo, es factor definidor de las relaciones laborales y, con ellas, de todo el Derecho del Trabajo. Ni poder directivo empresarial ni posición de dependencia del trabajador son creaciones del legislador, de los jueces o de los autores; al contrario, constituyen rasgos exigidos por la realidad económico-social: sin dirección del trabajo no hay producción posible. Así, cuando el Proyecto de Código Civil de 1821 se propone regular las relaciones de trabajo y dispone al efecto contundentemente que "el superior tiene derecho a la dirección del trabajo" (art. 462), más que inventar una nueva relación de dependencia, está dando carta de naturaleza jurídica a fenómenos de la realidad social y económica. Tal elevación a categoría jurídica de exigencias económicas es, evidentemente, constante y universal.

Ello es así porque el trabajo eje del sistema productivo ha sido siempre (y sigue siendo, pese al auge contemporáneo del trabajo autónomo) el trabajo dependiente y por cuenta ajena; lo que no impide que la tendencia histórica sea, como vio con lucidez ALONSO OLEA, la tendencia a la reducción -que no desaparición- de esa dependencia (ALONSO OLEA, págs. 523 y ss). En efecto, más y más los poderes del empresario van siendo limitados por los derechos, cada vez más numerosos y bien perfilados, que el Ordenamiento reconoce a los trabajadores.

El poder de dirección del empresario tiene una doble dimensión: general (como poder de organizar laboralmente la empresa) y singular (como poder de ordenar las concretas prestaciones de los trabajadores individuales) (MONTOYA MELGAR, págs. 576-578).

Al que llamamos poder directivo general pertenecen decisiones globales que tienen por objeto la organización laboral de la empresa, tales como la determinación del volumen de la plantilla, la contratación del trabajo de modo directo -mediante contratos laborales- o a través de procedimientos de "externalización" del trabajo -mediante contratas, empresas de trabajo temporal, etc.- los sistemas de selección y clasificación del personal, de retribución y tiempos de trabajo, la opción en cuanto a modalidades contractuales, la reducción del número de trabajadores de la empresa, etc., etc.

Al que llamamos poder directivo singular (del que se ocupa el Estatuto de los Trabajadores específicamente: arts. 1.1, 5.c y 20) pertenecen las órdenes e instrucciones que el empresario o sus delegados imparten a cada trabajador para que éste dé cumplimiento a su contrato de trabajo. Presupuesto de esa sujeción o dependencia es la integración del trabajador al "ámbito de dirección y organización"

del empresario (art. 1.1 ET). En virtud de esa integración, consecuencia a su vez de la celebración del contrato de trabajo, el trabajador se obliga a cumplir las "órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas" (art. 5.c ET). Este poder directivo singular ordena "el trabajo convenido" (art. 20.1), fijando la diligencia y colaboración debidas en el trabajo (art. 20.2 ET) y adoptando medidas de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones del trabajdor.

Manifestaciones, unas veces individuales y otras colectivas, del poder de dirección del empresario son también el llamado *jus variandi* en sus distintos grados y manifestaciones (art. 39 ET), la facultad de decidir traslados y desplazamientos (art. 40 ET) y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET), así como suspensiones y extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (arts. 47, 51 y 52,c ET) y despidos por causas objetivas (art. 52 ET). Los despidos disciplinarios, aun teniendo su última causa en el poder de decisión del empresario, se adscriben sistemáticamente a la vertiente no directiva sino disciplinaria de dicho poder.

El supuesto normal de titularidad y ejercicio del poder directivo es aquél que enfrenta a un empresario con un trabajador vinculado a él a través de un contrato de trabajo. Sin embargo existen otros posibles supuestos, cuando el empresario ejerce su poder en las que podemos llamar estructuras empresariales complejas, cuyo nacimiento y actuación operan dentro de la cobertura que proporciona el art. 38 CE. Ejemplos característicos de estas estructuras son las contratas (y subcontratas) y las empresas de trabajo temporal, así como, en otro orden de cosas, los grupos de empresas. Tales estructuras complejas obedecen a finalidades opuestas: las primeras son instrumentos de descentralización productiva, mientras que las segundas lo son de concentración empresarial. Elemento común de esa complejidad es la existencia cuando menos de una dualidad de empresarios conexos (principal y contratista; empresa de trabajo temporal y empresa usuaria; empresas pertenecientes al grupo); dualidad o pluralidad que plantea, a los efectos que interesan a esta comunicación, el problema de su incidencia sobre los contratos de trabajo y, específicamente, sobre la titularidad y ejercicio del poder de dirección empresarial.

Este problema es el tema de nuestra exposición.

II. El Poder de Dirección en Contratas y Subcontratas.

El art. 42 ET se ocupa básicamente de determinar la distribución de responsabilidades entre empresario principal y contratista en

materia laboral, y es ajeno a su preocupación el juego del poder directivo empresarial en tales estructuras productivas.

Indudablemente, la relación entre empresario principal y contratista constituye un fenómeno empresarial complejo (o, si se prefiere, un fenómeno interempresarial). La complejidad consiste en que el empresario principal o dueño de la obra se beneficia del trabajo de quienes no son sus trabajadores; en razón de ese beneficio la ley (el ET) establece un sistema de responsabilidades solidarias de ese empresario junto con el contratista (el verdadero patrono de los trabajadores) respecto de las deudas salariales y las cuotas, y en su caso prestaciones, de la Seguridad Social, siempre que se hayan devengado durante el tiempo de la contrata.

El contratista, en cuanto sujeto del contrato de trabajo, es titular pleno de los derechos y deberes que dimanan de la celebración de dicho contrato, así como de los poderes –de dirección y disciplinario- inherentes al mismo. Precisamente, la falta de ejercicio del poder de dirección por el contratista es indicio de que la contrata ha sido celebrada en fraude de ley y de que en realidad se ha producido una cesión ilegal de trabajadores, proscrita por el art. 43 ET (en este sentido, entre otras, la STS, IV, de 14 de septiembre de 2001).

En principio, la situación jurídica es muy clara:

- El contratista, único patrono o empresario laboral de los trabajadores por él contratados, es también titular único del poder directivo;

- El empresario principal es un tercero frente a dichos trabajadores; al no ostentar respecto de ellos la condición de empleador carece de título contractual para dirigir su trabajo. Cabría preguntarse si, a falta de ese título contractual, existe algún otro en que pudiera anclarse una hipotética facultad directiva laboral de dicho empresario principal. A diferencia de lo que ocurre en el caso –que luego examinaremos- de las empresas de trabajo temporal, el empresario principal no recibe ni del contrato ni de la ley poder directivo laboral alguno respecto de los trabajadores del contratista con quien ha celebrado un pacto civil. Dicho claramente, los trabajadores del contratista sólo tienen un empresario, que es éste; en la estructura productiva compleja que componen la empresa principal y la contratista no existen, pues, dos empresarios laborales sino sólo uno.

Esta posición de principio debe mantenerse tanto si la contrata se ejecuta en un lugar controlado por el empresario principal como si

se desarrolla en lugares al margen de ese control. Desde luego, está bien claro que en el segundo caso –empresario principal que no controla el lugar de desenvolvimiento del trabajo de los empleados del contratista- tal empresario principal no se encuentra en condiciones técnicas, e incluso físicas, de ejercer poder directivo alguno sobre los trabajadores del contratista. ¿Qué ocurre, sin embargo, cuando el empresario principal sí controla el lugar de trabajo donde se ejecuta la contrata? ¿Puede decirse que ese control espacial genera un poder jurídico sobre los trabajadores del contratista ocupados en dicho lugar? Piénsese, sobre todo, en el caso de que la contrata no sólo se ejecute en local del empresario principal sino que además se refiera a la "misma actividad" de éste (caso, por ejemplo, de la cafetería de un colegio mayor). En tal supuesto es indudable que interesa al buen fin del proceso productivo del empresario principal que los trabajadores del contratista cumplan correctamente su prestación; en tal sentido, interesaría al empresario principal poder ejercer facultades directivas sobre los trabajadores del contratista, con el fin de adecuar del mejor modo posible la prestación de éstos al interés último del empresario principal. Podría quizá argumentarse que, aunque la obligación del contratista es una obligación de resultado (art. 1598 CC), el empresario principal está facultado para comprobar si el contratista va ejecutando adecuadamente la actividad comprometida; cierta línea judicial parece moverse en esta dirección cuando reconoce funciones directivas y de control laboral al empresario principal (vid. LLANO SÁNCHEZ, págs. 120 y ss). No con base en el CC sino en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (1995), el empresario principal tiene el poder-deber de vigilar el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo por el contratista; de ello se deriva la posibilidad de que, si el empresario principal advirtiera infracciones cometidas por los trabajadores del contratista lo pusiera en conocimiento de éste para su oportuna corrección. Sólo en el caso de que la acción u omisión del trabajador del contratista generase un riesgo grave e inminente podría el empresario principal actuar directamente ordenando el cese de tales conductas.

En cualquier caso, se piense que el empresario principal puede controlar sólo el resultado o también la actividad del contratista, lo cierto es que la facultad civil del empresario principal de controlar la prestación del contratista no se extiende ni lleva incluida la posibilidad de control de la prestación de los trabajadores del contratista.

Aunque algún autor ha sostenido que el empresario principal puede dar "algunas instrucciones" a dichos trabajadores, sobre la base de que entre dicho empresario y los trabajadores del contratista discurre una especie de "relaciones mediatas" o, como dijo en su momento el TCT, "relaciones indirectas de aprovechamiento del trabajo", en realidad no existe base legal para fundamentar esta tesis. En resumen, pues, el empresario principal carece de título jurídico

originario para ejercitar funciones directivas sobre los trabajadores del contratista, incluso si la contrata versa sobre la misma actividad desplegada por aquel empresario y los trabajadores del contratista realizan su prestación en un lugar sobre el que ejerce control el empresario principal. Cuestión distinta es que éste pueda dirigirse al contratista indicándole que imparta determinadas órdenes o instrucciones a sus trabajadores; en tal supuesto juegan dos relaciones jurídicas perfectamente separadas: la contrata civil, en cuya virtud el dueño de la obra o comitente puede dar órdenes al contratista, y el contrato de trabajo en base al cual el contratista puede ejercitar su poder de dirección frente a sus trabajadores. Jurídicamente, éstos dependen de su empresario (el contratista), aunque las órdenes que éste les imparta procedan en último término del empresario principal.

Con independencia de esta vía indirecta de influir el empresario principal sobre la actividad de los trabajadores, cabe pensar en la posibilidad de que dicho empresario principal esté habilitado jurídicamente para dictar de modo directo órdenes e instrucciones a los trabajadores del contratista. Tal habilitación puede venirle al empresario principal, aunque no de la ley, sí del contrato de trabajo o del convenio colectivo. Así, igual que la empresa usuaria recibe de la ley la facultad de ejercer su poder de dirección sobre los trabajadores de la empresa de trabajo temporal, el empresario principal puede recibir de las cláusulas del contrato (que a su vez pueden fijarse en cumplimiento de estipulaciones contenidas en la contrata) o de los preceptos del convenio el poder directivo sobre los trabajadores del contratista. En tal supuesto, no es que estos trabajadores tengan dos empresarios (el principal y el contratista); tienen uno solo (el contratista), pero también están sujetos al poder directivo de quien no es su empresario (el principal) porque así lo establece el contrato de trabajo o el convenio colectivo. Este es el verdadero fundamento de la habilitación del empresario principal para que dicte órdenes a los trabajadores del contratista, sin que puedan acogerse otras explicaciones como la de la delegación del poder del contratista en el empresario principal o la de la renuncia por el contratista de dicho poder a favor del empresario principal. La primera tesis es inadmisible porque la única delegación de facultades directivas que prevé el ET es la que discurre entre el empresario y los trabajadores, directivos o mandos intermedios, de su propia empresa (art. 20); inadmisible es asimismo pensar en la renuncia del poder de dirección por el empresario, pues ello supondría una contradicción en los términos: no hay empresario sin dirección, de tal manera que renunciar al poder directivo es tanto como renunciar a la condición de empresario. Tampoco resultan acogibles las teorías que atribuyen al contratista la titularidad del poder directivo y al empresario principal el ejercicio de éste, pues tal escisión del poder carece de apoyatura jurídica; igual rechazo, por falta de apoyo legal, merece otra sutil doctrina que quiere asignar al contratista el poder de dictar órdenes y al empresario

principal el de dictar instrucciones (así, SsTSJ Andalucía, Sevilla, de 22 de mayo de 1991, y País Vasco, de 13 de diciembre de 1996).

Matizando la afirmación anterior de que el contrato de trabajo y el convenio colectivo pueden habilitar al empresario principal para que ejercite facultades directivas sobre los trabajadores del contratista, hemos de decir que las cláusulas contractuales o convencionales pueden atribuir facultades de esa índole al empresario principal, pero siempre que respeten el poder directivo –irrenunciable como hemos dicho- del contratista. En caso contrario, esto es, si el contratista quedara vaciado de poder y éste se transmitiera íntegramente al empresario principal, habría motivos para entender que la contrata en cuestión era fraudulenta, que los trabajadores lo eran del empresario principal y que el contratista era un mero sujeto interpuesto, un empresario ficticio. Un supuesto de esta naturaleza puede verse en la STS, IV, de 17 de enero de 1991.

III. El Poder de Dirección en las Empresas de Trabajo Temporal.

La complejidad de la estructura productiva que subyace en las empresas de trabajo temporal presenta ciertas similitudes, pero también algunas importantes diferencias, con el fenómeno de las contratas al que acaba de hacerse referencia.

La semejanza consiste en que en ambas figuras hay dos empresarios en sentido económico que celebran entre sí un contrato civil en cuya ejecución se desenvuelven prestaciones laborales; en la contrata, el contrato civil es precisamente el que sirve de fuente a la contrata misma, mientras que en el caso de la empresa de trabajo temporal el contrato civil (o mercantil) es el de puesta a disposición que conecta a dicha empresa con la empresa usuaria.

La diferencia consiste en que el contratista aporta al empresario principal *su empresa*, esto es, su organización productiva, una parte de la cual (pero sólo una parte) son sus trabajadores. Con tal aportación, el contratista, al tiempo que busca su propio fin empresarial, coopera con el objetivo técnico-productivo del empresario principal; dicho de otro modo, el contratista persigue su beneficio poniendo su organización (trabajadores incluidos) al servicio y para el beneficio del empresario principal. Por el contrario, la empresa de trabajo temporal circunscribe su actuación a prestar trabajadores a otros empresarios (usuarios).

En la contrata, según vimos, el poder de dirección radica en el contratista, en cuanto que éste es el empresario laboral de los trabajadores a su servicio. Tal atribución de poder directivo al

empresario o empleador se desprende con toda lógica del diseño legal según el cual uno de los sujetos del contrato de trabajo, el empresario, está legitimado para ejercer su poder de dirección sobre el otro sujeto, el trabajador (arts. 1.1, 5.c y 20 ET). Sin embargo, en la empresa de trabajo temporal ocurre algo muy distinto: quien ostenta básicamente el poder de dirección en dicha estructura productiva compleja no es el empresario o empleador (la empresa de trabajo temporal), sino el empresario usuario, que carece de tal condición jurídica de empresario laboral.

Es cierto que la modificación llevada a cabo en el art. 1.2 ET por Ley 11/1994 para introducir la referencia a las empresas de trabajo temporal (reguladas por la Ley 14/1994) empleó una fórmula que dio lugar a interpretaciones no coincidentes. En efecto, tal precepto dice, después de la reforma indicada, que a efectos del ET "serán empresarios todas las personas (…) que reciban la prestación de servicios (…) de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas". Son empresarios, parece, los que *reciben* la prestación de los trabajadores cedidos por la empresa de trabajo temporal; esto es: los empresarios usuarios.

Esta interpretación, que parece desprenderse de la literalidad del enrevesado precepto, debe ceder, sin embargo, ante la más precisa y rigurosa de la Ley 14/1994, reguladora de las empresas de trabajo temporal (ley especial respecto del ET, y además posterior). Efectivamente, ya el art. 1º de la Ley 14/1994 define a la empresa de trabajo temporal como la que contrata trabajadores para luego cederlos temporalmente a otras empresas; por su parte, el art. 10 de la Ley habla con absoluta claridad del "contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias"; es la empresa de trabajo temporal, y no la usuaria, como parece indicar el art. 1.2 ET, la que ostenta la calidad de empresario laboral. En completa congruencia con ello, el art. 12 de la Ley 14/1994 atribuye a la empresa de trabajo temporal "el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de la empresa usuaria", así como ciertas obligaciones indemnizatorias en caso de cese del trabajador (art. 11.2 de la Ley 14/1994). Más aún, la empresa de trabajo temporal es titular de obligaciones en materia de formación profesional de los trabajadores por ella contratados para su cesión, tanto económicas (art. 12.2) como de comprobación, y en su caso facilitación, de la formación en materia de seguridad y salud laborales de dichos trabajadores (art. 12.3). No oscurece la posición de empleador de la empresa de trabajo temporal la circunstancia de que la empresa usuaria contraiga también determinados deberes y responsabilidades respecto del trabajador cedido, especialmente en materia de prevención de riesgos laborales

(deber de información, responsabilidad en materia preventiva, incluido el recargo de prestaciones de la seguridad social por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales producidos por falta de medidas de seguridad: art. 16 de la Ley 14/1994), o responsabilidades subsidiarias en defecto del cumplimiento de su deber salarial o de seguridad social por la empresa de trabajo temporal durante la vigencia del contrato de puesta a disposición (art. 16.3 de la Ley 14/1994, que prevé que tal responsabilidad sea solidaria cuando el contrato de puesta a disposición vulnere las exigencias legales en cuanto a supuestos en que procede su utilización y en que ésta queda excluida).

En definitiva, el empresario usuario no es empresario laboral (empleador) del trabajador cedido, pues ni lo contrata ni ejerce respecto de él los deberes patronales básicos. Y, sin embargo, y pese a no ser empresario laboral, la Ley 14/1994 dispone que, durante el tiempo en que el trabajador cedido desarrolle tareas en el ámbito de la empresa usuaria, competen a ésta las "facultades de dirección y control de la actividad laboral". No es difícil intuir la razón práctica de esta atribución de facultades, en principio anómala, pues se hace en favor de quien no es empresario laboral; tal razón sería la integración del trabajador en el círculo organizativo de una empresa (la usuaria) distinta de la suya propia, integración necesaria para dar cumplimiento a su prestación (cumplimiento mediato: trabajando para quien no es empleador se satisface el compromiso contractual con quien sí lo es). A diferencia de lo que puede ocurrir en el caso de las contratas, en las que, como dijimos, es posible que las cláusulas del contrato o del convenio atribuyan facultades directivas laborales al empresario principal, en el supuesto de las empresas de trabajo temporal las funciones de dirección del empresario usuario le vienen reconocidas directamente por la ley, por la Ley 14/1994 concretamente. Con toda claridad, el art. 6.1 de ésta expresa que el trabajador cedido por la empresa de trabajo temporal "quedará sometido" al poder de dirección de la empresa usuaria; y el art. 15, como ya indicamos, insiste en la atribución a esta empresa de dicho poder. Poder, ciertamente, de configuración estrictamente jurídica, y no meramente fáctico; la empresa usuaria no es tampoco un puro "ejerciente" de ese poder, en delegación más o menos implícita de la empresa de trabajo temporal, sino que es titular pleno *ex lege* de tal poder. Consiguientemente, al poder directivo de la empresa usuaria le son de aplicación las previsiones contenidas en el ET: los trabajadores cedidos tienen que "cumplir las órdenes e instrucciones del empresario (usuario) en el ejercicio regular de sus facultades directivas" (art. 5.c), están obligados a "realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario (usuario) o persona en quien éste delegue" (art. 20.1), deben realizar su trabajo con la diligencia y colaboración que marquen "las órdenes o instrucciones" dictadas por el empresario usuario "en el ejercicio regular de sus facultades de dirección" (art. 20.2); y, en fin, el empresario usuario puede "adoptar las medidas que estime

más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales…" (art. 20.3), pudiendo, específicamente, ordenar reconocimientos médicos para comprobar la realidad de las ausencias imputadas a estados de enfermedad o accidentes (art. 20.4) y disponer registros sobre la persona y efectos del trabajador en los términos previstos en el art. 18 ET.

¿Significa este reconocimiento de funciones directivas al empresario usuario que en el esquema productivo que conecta a éste con la empresa de trabajo temporal existen jurídicamente dos empresarios frente al trabajador cedido? Si contemplando la pura situación de hecho podría responderse tal vez afirmativamente, jurídicamente no puede llegarse a tal conclusión. Por más que *de lege ferenda* pueda postularse la configuración de una cotitularidad integrada por "co-empleadores" o "empresarios múltiples" (LÓPEZ ANIORTE, págs. 56 y ss.), sólo hay un empresario laboral, que es la empresa de trabajo temporal; la empresa usuaria no es empleador o empresario laboral, aunque reciba de la ley, por razones prácticas de organización del trabajo, competencias propias de un empresario. No es, en suma, sujeto del contrato de trabajo sino parte de un contrato civil o mercantil (el contrato de puesta a disposición celebrado con la empresa de trabajo temporal). Cuestión distinta es que haya, como efectivamente la hay, una dualidad de organizaciones empresariales, conectadas productivamente. Por cierto que el reconocimiento legal de un poder directivo a quien es titular de una organización empresarial pero no sujeto del contrato de trabajo ilustra elocuentemente acerca de la significación de la organización de empresa como posible fundamento del poder de dirección del empresario, y acerca de que éste no siempre -aunque sí como regla general- se funda en el contrato laboral.

El empresario de trabajo temporal es, pues, el único empresario laboral del trabajador cedido, y no, como en alguna ocasión se ha dicho, un mero empresario "formal" (el empresario "material" sería entonces el usuario). La empresa de trabajo temporal es empresario laboral legal y real porque es sujeto del contrato con el trabajador cedido, ostenta frente a éste los deberes básicos de todo empresario (salario, seguridad social, indemnizaciones por cese: art. 11 de la Ley 14/1994), es acreedora de la prestación del trabajador cedido, de la que lucra la correspondiente utilidad patrimonial (ajenidad), en tanto la empresa usuaria hace suya una que pudiéramos llamar utilidad natural. Pero es que, además, la atribución legal de poder directivo a la empresa usuaria no significa que la empresa de trabajo temporal quede despojada por completo del poder directivo que compete a todo empresario. En efecto, la empresa de trabajo temporal ejerce en plenitud su poder directivo, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1.1, 5.c y 20 ET, en aquellos tractos temporales (ciertamente breves y

escasos, salvo excepciones) en los que el trabajador no está cumpliendo la prestación para la que ha sido cedido a la empresa usuaria y, por tanto, no está integrado espacial y temporalmente en el ámbito organizativo de dicha empresa usuaria. Pero, además, la empresa de trabajo temporal ejerce sobre sus trabajadores contratados para ser cedidos unas necesarias facultades directivas en cuanto al señalamiento de la empresa usuaria en la que han de desenvolver su prestación así como en orden a las reglas generales a que deben ajustar esa prestación, las normas de conducta que deben observar (v.g., en lo que se refiere a trato con la clientela, reglas de uniformidad o de otro tipo en el atuendo, etc.). Con razón el III Convenio de Empresas de Trabajo Temporal reconoce a estas empresas un poder de dirección, control y vigilancia de la actividad laboral de los trabajadores cedidos o "en misión". Este mismo convenio se plantea, por cierto, el problema del derecho de la empresa de trabajo temporal a variar las condiciones de la prestación laboral, de acuerdo con lo previsto en los art. 39, 40 y 41 ET. Con independencia de la rareza del supuesto, el Convenio reconoce la facultad correspondiente a la empresa usuaria, que tiene, sin embargo, la carga de notificar a la empresa de trabajo temporal dicho cambio.

A diferencia de lo que ocurre con el grueso del poder directivo, el poder sancionador o disciplinario sobre los trabajadores cedidos lo ejerce la empresa de trabajo temporal, bien directamente, cuando el incumplimiento sancionado afecte directamente a dicha empresa, bien a instancia de la empresa usuaria cuando la falta del trabajador haya incidido sobre ella (art. 15.2 ET, que presenta algunos problemas de interpretación; sobre ellos, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, págs. 130-131).

IV. El Poder de Dirección en los Grupos de Empresas.

Cuando existen varias empresas, de las que son titulares otras tantas sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, el supuesto normal es el de que cada empresario ejerce respecto de sus trabajadores el poder directivo que le confiere el ET, en los mismos términos que cualquier otro empresario. La existencia del grupo de empresas es, pues, irrelevante en principio, pues no tiene por qué desfigurar la personalidad jurídica propia de cada empresario integrante del mismo. Precisamente, lo que busca el Derecho al crear la personalidad societaria es constituir centros de imputación de derechos y obligaciones bien definidos y limitados, que lleven, por supuesto a respetar la independencia de la persona jurídica (en este sentido, CRUZ VILLALÓN, pág. 59). En consecuencia, no existe una cotitularidad de los diversos empresarios del grupo ni en cuanto a los derechos y deberes ni en cuanto al poder de dirección ejercitable sobre los trabajadores de las distintas empresas del grupo. Cada

empresario de éste ejerce su propio poder respecto de sus respectivos trabajadores.

En el supuesto de que un trabajador desenvuelva simultáneamente su prestación para más de una empresa del grupo, en virtud de la previa celebración de otros tantos contratos de trabajo, la cuestión se resuelve del mismo modo: en tal caso, es evidente que cada empresario ejercitará su poder directivo respecto del trabajador en tanto éste se incorpore al círculo organizativo empresarial. Igual ocurrirá si una de las empresas o filiales del grupo celebra una contrata con otra también del grupo, aportando sus trabajadores para la realización del servicio u obra objetos de la contrata (vid. PÉREZ DE LOS COBOS, págs. 660 y ss). Naturalmente, si la prestación de un trabajador a más de una empresa del grupo responde a un propósito fraudulento, aflorará, levantado el velo, la personalidad real del grupo como empresario, y, con ello, la responsabilidad solidaria de las distintas sociedades (y empresas) en él integradas.

Por tanto, la tendencia *pro operario* que se propone hacer tabla rasa de las fronteras entre las distintas personas jurídicas integrantes del grupo y tratar a éste, de modo simplista, como único empresario real, ha de ser contemplada con circunspección; el grupo carece de personalidad jurídica y no puede asimilarse, para erigirlo en empresario laboral o empleador, a las comunidades de bienes que el art. 1.2 ET reputa también empresarios (sobre esta cuestión, MOLINA NAVARRETE, págs. 158 y ss., y BAZ RODRÍGUEZ, págs. 52 y ss.). El grupo, pues, no constituye una titularidad jurídica unificada que, por tanto, pueda ejercitar un poder extendido a las diversas empresas en él integradas.

La situación es distinta cuando se da el supuesto -anómalo, patológico, y, sin embargo, el que más atención merece a doctrina y jurisprudencia- de contrato de trabajo celebrado en fraude de ley con una sociedad del grupo con el fin de perjudicar los derechos del trabajador. El remedio judicial frente a tales maquinaciones viene siendo el del "levantamiento del velo" para imputar responsabilidades al verdadero empresario, el grupo de empresas. El mecanismo jurídico que se emplea para evitar que la responsabilidad quede estancada en el empresario aparente o ficticio es el de la responsabilidad solidaria; bien entendido que para exigir ésta habrá de probarse por el trabajador el fraude contractual, para lo que serán útiles indicios la existencia de una confusión o unidad patrimonial entre las distintas empresas del grupo, una plantilla de trabajadores común o única, una caja única o, a los efectos que interesan a esta comunicación, una dirección única.

Dejando aparte estos supuestos patológicos, y teniendo presente que nuestro objetivo no es el estudio de las responsabilidades

en los grupos de empresa sino de la titularidad y ejercicio del poder directivo en ellos, y dejando sentado que cada empresario del grupo está legitimado para dirigir el trabajo de sus respectivos trabajadores, se plantean cuestiones específicas entre las que destaca la de si la sociedad "madre" o una de las filiales están facultadas para movilizar trabajadores de una a otra empresa del grupo. Parece evidente que en estos supuestos no cabe aplicar los arts. 39, 40 y 41 ET, que se refieren a variaciones dentro de la misma empresa; igualmente serán inaplicables las garantías contenidas a favor de los trabajadores en esos preceptos, pues no tiene sentido interpretar, como se ha hecho en alguna ocasión, que tales artículos no son aplicables al supuesto objeto de examen en cuanto al procedimiento a seguir para ejercer el *jus variandi* y sí lo son, por analogía, a la hora de reconocer las referidas garantías. Tal inaplicabilidad no supondría desregular los correspondientes procedimientos; la regulación de éstos dejaría de corresponder a la ley (al ET) pero sería cometido de las cláusulas contractuales (o de los acuerdos bilaterales sobrevenidos) o de convenio colectivo que pactaran las variaciones de referencia. Por tanto, el *jus variandi* inter-empresas del grupo sólo podrá fundarse en las cláusulas del contrato de trabajo o del convenio colectivo. Tampoco la inaplicabilidad de los arts. 39, 40 y 41 podría significar que dichos pactos (individuales o colectivos) de movilidad entre empresas del grupo estén exentos de ajustarse a los principios determinantes de su licitud y validez (buena fe, irrenunciabilidad de derechos, etc.). De ello hay ejemplos en la negociación colectiva: Convenios colectivos de Empresas de Mediación, Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo, Astilleros Españoles, Repsol, Petresa, Unión Fenosa Grupo, etc. No obstante, no puede ignorarse el riesgo que la celebración de los pactos indicados tiene para fundamentar la presunción de que se está ante un grupo de empresa configurado como empresario único; en efecto, la jurisprudencia ha considerado que la movilización de trabajadores de una a otra empresa por la dirección del grupo es indicador de que se está ante un "verdadero empleador único" (STS de 31 de enero de 1991), corolario de lo cual es la declaración de responsabilidad solidaria de las diversas empresas del grupo. El razonamiento que subyace en esta posición, mantenida en otras ocasiones por la Jurisdicción, es el de que dicha movilización de trabajadores de una a otra empresa es una muestra de unidad o confusión de plantillas; la identificación es simplista y habría que analizar en cada caso el alcance del *jus variandi* y si el ejercicio de éste tiene tal envergadura –y en último término, tal naturaleza fraudulenta- que permita afirmar que existe toda una plantilla común o indiferenciada (en similar sentido, ESTEVE SEGARRA, págs. 143 y ss.).

V. Bibliografía.

ALONSO OLEA, M. *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª ed. Civitas, Madrid 2002.

BAZ RODRÍGUEZ, J. *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Editorial Comares, Granada 2002.

CRUZ VILLALÓN, J. *Notas acerca del régimen contractual en los grupos de empresa. Temas Laborales:* nº38, 1996.

ESTEVE SEGARRA, Mª A. *Grupo de sociedades y contrato de trabajo.* Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

LLANO SÁNCHEZ, M. 1999. *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*. La Ley.

LÓPEZ ANIORTE, Mª C. *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo.* Ediciones Laborum, Murcia 2003.

MOLINA NAVARRETE, C. *Persona jurídica y disciplina de los grupos de empresa*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1995.

MONTOYA MELGAR, A. *El poder de dirección del empresario*. *Revista Española de Derecho del Trabajo*: nº 100, marzo-agosto, 2000.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *Filialización. Grupos de empresa. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2000.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. *Las empresas de trabajo temporal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia 1994.

La Obligación Patronal de Alimentar al Trabajador

Manuel Díaz Mujica

Profesor de Derecho del Trabajo en pre y postgrado
de la Universidad Católica Andrés Bello
Profesor invitado del Instituto de Estudios
Superiores de Administración (IESA)

Sumario:

I. Introducción.
II. Los Antecedentes.
2.1. El Decreto de Programa de Comedores para los Trabajadores.
2.2. La Ley Programa de Comedores para los Trabajadores.
2.3. La Asignación Especial de Alimentación.
2.4. El Subsidio a la Alimentación y al Transporte.
III.La Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores.
IV. La Ley de Alimentación para los Trabajadores.
4.1. Patronos obligados.
4.2. Trabajadores beneficiarios.
4.3. Extensión a casos no cubiertos.
4.4. El beneficio.
4.5. Modalidades de cumplimiento del beneficio.
4.5.1. El uso de comedores.
4.5.2. La contratación del servicio de comida preparada.
4.5.3. Los cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación.
4.5.3.1. Requisitos de los cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación.
4.5.3.2. Valor de los cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación.
4.5.3.3. ¿Quiénes pueden emitir cupones, tickets y tarjetas de alimentación?
4.5.3.4. La posibilidad de «dar vuelto» con ocasión del uso de cupones o tickets.
4.6. El carácter no salarial del beneficio.
4.7. Aspectos fiscales.
4.8. La sanción al empleador que incumple.
4.9. La vigencia del beneficio.
V. La alimentación del trabajador en la Ley Orgánica del Trabajo.
VI. Conclusiones.

Recibido: 30-03-2005 Aceptado: 22-07-2005

Resumen:

Se destaca, en la evolución de la historia venezolana reciente, la obligación patronal de alimentar al trabajador, y cómo se estructura actualmente dicha obligación.

En Venezuela, la alimentación del trabajador se ha convertido en una obligación principal de buena parte de los empleadores, la cual puede ser cumplida mediante distintos mecanismos (entre otros: instalación de comedores, contratación de servicio de comida elaborada por empresas especializadas, cupones, tickets o tarjetas electrónicas, instalación de comedores comunes por parte de varias empresas) a elección del empleador.

Una notable preocupación del legislador es, y lo ha sido también en el pasado, asegurar que el beneficio efectivamente se cumpla y que los recursos que a ello se destinen no se utilicen para fines distintos, por ello, se sanciona ahora severamente al patrono infractor y se regulan estrictamente las distintas modalidades de cumplimiento. La otra preocupación es la de evitar que por tratarse de un beneficio social de carácter no salarial, el patrono se vea tentado de conceder por esa vía los recursos adicionales que debería destinar a los aumentos de salario.

Abstract:

It stands out, in the recent Venezuelan history evolution, the employer obligation of feeding the worker, and such obligation is presently structured.

In Venezuela, feeding the workers has become a main obligation of most of the Employers, which can be fulfilled trough different mechanisms (such as: the setting of a lunchroom, hiring of food service prepared by specialized companies, coupons, tickets or electronic cards, setting of collective lunchroom for several companies) chosen by the employer.

A remarkable concern of the legislator is, and it has also been in the past, make sure that the benefit is effectively fulfilled and that the planned resorts are not used for a different purpose, thus the infringing employer it is now severely penalized and the different fulfillments modalities are firmly regulated. The other concern is the need to avoid that because of the social character of the benefit, the employer would be tempted to grant through this way the additional resorts that should be destined to the wage raises.

Palabras claves/key words:

i. Beneficio de Alimentación

ii. Obligación patronal

iii. Ley de Alimentación para los Trabajadores

I. Introducción.

En el marco de los derechos individuales de los trabajadores en Venezuela está el derecho a recibir de su patrono una comida balanceada durante su jornada de trabajo, cuando se cumplan ciertas condiciones referidas al salario del beneficiario y al número de trabajadores contratados por el empleador.

En la actualidad tal beneficio está ampliamente desarrollado en la Ley de Alimentación para los Trabajadores, que fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 38.094 de fecha 27 de diciembre de 2004. Esta ley derogó a la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores, de fecha 14 de septiembre de 1998.

El propósito de estas breves líneas es describir cómo ha evolucionado en la historia venezolana reciente la obligación patronal de alimentar al trabajador, y cómo se estructura actualmente dicha obligación a la luz de la Ley de Alimentación para los Trabajadores.

II. Los Antecedentes.

2.1.- El Decreto de Programa de Comedores para los Trabajadores.

El primero (1º) de agosto de 1984 el entonces Presidente de la República, Jaime Lusinchi, dictó el Decreto Nº 221 que intituló "PROGRAMA DE COMEDORES PARA LOS TRABAJADORES" (Gaceta Oficial Nº 33.048 del 24 de agosto de 1984); en lo sucesivo el "Decreto de Comedores". El Decreto de Comedores estuvo vigente por poco más de cuatro (4) años y su propósito, a semejanza del actual régimen de alimentación, era *"proveer a sus beneficiarios, durante su jornada de trabajo, una comida dietéticamente balanceada"*.

El Decreto de Comedores obligaba a todos los patronos de carácter privado que empleasen 10 o más trabajadores, y favorecía a los trabajadores de esos patronos que devengaran un ingreso en dinero efectivo inferior a Bs. 3.000,00 mensuales. La obligación del patrono, como antes se expresó, era la de conceder a sus trabajadores una (1) comida por jornada de trabajo, entendiéndose por jornada de trabajo aquella que tuviese una duración mayor a seis (6) horas efectivas de labor.

El patrono tenía en ese entonces, al igual que hoy, varias opciones para dar cumplimiento al referido Decreto. Así, podía instalar y poner en funcionamiento un comedor propio o un comedor compartido con otros patronos, pero también podía utilizar los servicios

de comida suministrada por terceros, y los comedores del Instituto Nacional de Nutrición.

El Decreto de Comedores fijaba el valor de cada comida en catorce bolívares (Bs. 14,00), que debía ser compartido entre el patrono y el trabajador, dependiendo del tamaño de la empresa. Así, en empresas que utilizaban de 10 a 25 trabajadores, Bs. 10,50 eran pagados por el patrono y Bs. 3,50 por el trabajador. En empresas que utilizaban de 26 a 50 trabajadores, Bs. 11,50 eran pagados por el patrono y Bs. 2,50 por el trabajador, y en empresas que utilizaban más de 50 trabajadores, Bs. 12,50 eran pagados por el patrono y Bs. 1,50 por el trabajador. El Decreto preveía que aquellas empresas que ya tenían comedores para sus trabajadores o que por contratos colectivos entregaban bonificaciones o primas de alimentación no tenían que crear un nuevo beneficio sino sólo ajustarlos a los términos del Decreto en caso de que fuesen menos favorables.

El Decreto de Comedores delegó en el Instituto Nacional de Nutrición la determinación del régimen dietético con arreglo al cual los patronos debían suministrar los alimentos en los comedores destinados al cumplimiento del Programa, y le obligaba a promover la instalación de comedores industriales para uso de los trabajadores.

Finalmente, el Decreto de Comedores establecía expresamente que los beneficios recibidos por los trabajadores de conformidad con el referido Decreto no tenían carácter de salario ni se debían tomar en consideración a los efectos del cálculo de los beneficios y prestaciones que legal o contractualmente pudieran corresponder a los trabajadores.

2.2.- La Ley Programa de Comedores para los Trabajadores.

El ocho (8) de agosto de 1988, el Congreso de la República de Venezuela sancionó la Ley Programa de Comedores para los Trabajadores, en lo sucesivo la “Ley de Comedores”, que luego de su promulgación fue publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 34.059 del 26 de septiembre de 1988.

Con un total de 20 Artículos, la Ley de Comedores reprodujo la mayoría de las disposiciones del Decreto de Comedores, actualizó los salarios y el valor de la comida que se utilizaban como referencia, y corrigió algunos problemas que la aplicación del Decreto de Comedores había evidenciado en la práctica. Adicionalmente, extendió el beneficio de alimentación a los empleados y obreros al servicio de organismos públicos nacionales, regionales o municipales, institutos

autónomos, poder legislativo nacional y regional y empresas del Estado, con efecto a partir del primero (1º) de enero de 1989.

Los beneficiarios de la Ley de Comedores eran los trabajadores que devengaban un salario básico (no un *"ingreso en dinero efectivo"* como sentenciaba el Decreto de Comedores) igual o inferior a Bs. 4.500,00 mensuales y que laboraban en empresas con 10 o más trabajadores y un capital social superior a Bs. 75.000,00.

La Ley de Comedores previó algo que no contempló el Decreto de Comedores, y es que los trabajadores perderían el derecho al beneficio de alimentación cuando llegaren a devengar un salario básico superior a Bs. 4.900,00 mensuales. De esta manera se impedía la posibilidad de que algún patrono pudiera eludir su obligación legal incrementando ínfimamente la remuneración de aquellos trabajadores que devengaban un salario cercano al tope de Bs. 4.500,00 mensuales que se requería para adquirir el beneficio.

El valor de la comida diaria que el patrono debía dar a sus trabajadores se fijó en Bs. 18,25, de los cuales Bs. 15,00 eran pagados por el patrono y Bs. 3,25 por el trabajador, independientemente de las características de la empresa, y se facultó al Ejecutivo Nacional a ajustar por Decreto este valor cuando lo estimase conveniente. El Ejecutivo Nacional también quedó facultado por la ley para aumentar mediante decreto el salario básico tope para tener derecho al beneficio.[1]

Es de destacar que la Ley de Comedores no repitió la norma del Decreto de Comedores que establecía expresamente el carácter no salarial del beneficio de alimentación, con lo que surgió la duda de

---

1 Este derecho fue ejercido por el Ejecutivo Nacional en varias oportunidades. La primera lo fue el 1º de marzo de 1989, cuando mediante Decreto Nº 52 (Gaceta Oficial Nº 34.169 de la misma fecha) se estableció que serían beneficiarios del Programa de Comedores para los Trabajadores quienes devengasen como remuneración por su trabajo un salario básico inferior o igual a Bs. 6.500,00 mensuales. Estos trabajadores serían excluidos del beneficio al pasar a devengar un salario básico superior a Bs. 6.900,00 mensuales. Posteriormente, el 14 de diciembre de 1989, mediante Decreto Nº 675 (Gaceta Oficial Nº 34.370 del 18 de diciembre de 1989) estableció que serían beneficiarios del Programa de Comedores para los Trabajadores quienes devengasen como remuneración por su trabajo un salario básico inferior o igual a Bs. 7.800,00 mensuales. Estos trabajadores serían excluidos del beneficio al pasar a devengar un salario básico superior a Bs. 8.280,00 mensuales. Finalmente, el 9 de mayo de 1991, mediante Decreto Nº 1.589 (Gaceta Oficial Nº 34.711 del 10 de mayo de 1991) estableció que serían beneficiarios del Programa de Comedores para los Trabajadores *tanto los obreros del sector público como los trabajadores del sector privado* que devengasen como remuneración por su trabajo un salario básico inferior o igual a Bs. 9.800,00 mensuales. Estos trabajadores serían excluidos del beneficio al pasar a devengar un salario básico superior a Bs. 10.600,00 mensuales.

si el valor de la comida debía entonces considerarse salario.

La Ley de Comedores no fue formalmente derogada hasta septiembre de 1998, con la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores, pero en la práctica dejó de aplicarse mucho antes, cuando el salario para acceder el beneficio -que no se revisó luego de mayo de 1991-, fue superado por la realidad.

2.3.- La Asignación Especial de Alimentación

Por Decreto Nº 144 dictado por el Ejecutivo Nacional el 26 de abril de 1989, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 34.209 del 29 de abril de 1989, se estableció una asignación especial de alimentación de Bs. 300,00 mensuales para cada funcionario público que devengase un *sueldo básico mensual* inferior o igual a Bs. 6.500,00. El beneficiario perdía el derecho a esta asignación cuando pasaba a devengar un *sueldo mensual* superior a Bs. 6.900,00.

Posteriormente, mediante Decreto Nº 679 dictado por el Ejecutivo Nacional el 14 de diciembre de 1989, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 34.370 del 18 de diciembre de 1989, se estableció una asignación especial de alimentación de Bs. 300,00 mensuales para cada funcionario público que devengase un sueldo básico mensual inferior o igual a Bs. 7.800,00. El beneficiario perdía el derecho a esta asignación cuando pasaba a devengar un sueldo básico mensual superior a Bs. 8.280,00.[2]

Esta asignación no se aplicaba a los funcionarios que recibían el beneficio de alimentación por ley, acuerdo o convenio con sus respectivos organismos. Igualmente se preveía que los funcionarios que tenían derecho a esta asignación la perderían cuando sus respectivos organismos les extendieran el beneficio de comedores previsto en la Ley de Comedores.

---

2 Mediante Decreto Nº 1.587 del Ejecutivo Nacional, de fecha 9 de mayo de 1991(Gaceta Oficial Nº 34.711 del 10 de mayo de 1991), se dispuso que la asignación especial de alimentación de Bs. 300,00 mensuales prevista en el Decreto Nº 679 del 14 de diciembre de 1989 sería percibida por los funcionarios públicos que devengasen un sueldo básico mensual inferior o igual a Bs. 9.800,00. El beneficiario perdía el derecho a esta asignación cuando pasaba a devengar un sueldo básico mensual superior a Bs. 10.600,00.

2.4.- El Subsidio a la Alimentación y al Transporte

Por Decreto del Ejecutivo Nacional Nº 247, dictado en fecha 29 de junio de 1994, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 35.493 del 30 de junio de 1994, se estableció un subsidio a la alimentación y al transporte equivalente al 2% del salario mínimo mensual por cada jornada de trabajo laborada.

Por extraño que parezca, la alimentación y el transporte, dos temas muy diferentes pero que tienen en común el constituir necesidades esenciales del trabajador, recibieron aquí un mismo tratamiento en un único subsidio. Con anterioridad a ese momento ambas necesidades fueron tratadas y atendidas cada una por separado, en sus propios instrumentos jurídicos.

Los beneficiarios de este subsidio fueron los trabajadores del sector privado y del sector público nacional que devengaban un salario mensual en dinero de hasta tres (3) salarios mínimos mensuales.[3] Los beneficiarios perdían el derecho al subsidio cuando llegaren a devengar un salario mensual en dinero equivalente a tres y medio (3 1/2) salarios mínimos mensuales. Lo percibido por los trabajadores beneficiarios de la Ley para el Pago del Bono Compensatorio de Gastos de Transporte era imputable a lo que les correspondiese por el subsidio de alimentación y transporte.

El subsidio a la alimentación y al transporte no se consideraba parte integrante del salario de base para el cálculo de prestaciones, beneficios e indemnizaciones que legal o contractualmente podían corresponder al trabajador durante la prestación del servicio o con ocasión de la terminación de su relación de trabajo, por disponerlo así expresamente el Decreto Nº 247. Además, cabe recordar que el literal b) del Parágrafo Único del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente para la fecha, consagraba el carácter no salarial de los subsidios o facilidades que el patrono establecía para permitir al trabajador la obtención de bienes y servicios esenciales a menor precio del corriente.

Este subsidio entró en vigencia el primero (1º) de julio de 1994 para los trabajadores del sector privado. Por lo que respecta a los

---

3 Con excepción de los trabajadores domésticos, los conserjes y los trabajadores rurales, quienes fueron expresamente excluidos en el propio Decreto Nº 247.

trabajadores del sector público nacional, el Decreto dispuso que el subsidio sería exigible cuando el Congreso Nacional aprobara la disponibilidad de los recursos económicos requeridos a tal fin.

El subsidio a la alimentación y al transporte fue modificado el 7 de febrero de 1996, mediante Decreto Nº 1.054 que fue publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 35.900 del 13 de febrero de 1996. En esta modificación el subsidio se elevó a Bs. 600,00 por cada jornada de trabajo laborada, pero únicamente para los *trabajadores del sector privado nacional* que devengaban un *ingreso* mensual en dinero de hasta Bs. 75.000,00. Los beneficiarios perdían el derecho al subsidio cuando pasaban a devengar un *ingreso* mensual en dinero de Bs. 90.000,00.

En el transcurso del mes siguiente, específicamente el 6 de marzo de 1996, el Ejecutivo Nacional dictó un nuevo Decreto, esta vez el Nº 1.240, que fue publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 35.915 del 7 de marzo de 1996, modificatorio del Decreto Nº 1.054. En esa oportunidad el subsidio se incrementó a Bs. 1.300,00 por jornada de trabajo laborada por los trabajadores del sector privado nacional que devengaban un ingreso mensual en dinero de hasta Bs. 75.000,00, y se dispuso que los beneficiarios perderían el derecho al subsidio cuando llegaren a devengar un ingreso mensual en dinero de Bs. 100.000,00, incluido el subsidio. Al incremento previsto en este Decreto se le dio carácter retroactivo, aplicándose desde el primero (1º) de febrero de 1996.[4]

El Decreto Nº 1.240 extendió tácitamente el subsidio a los trabajadores rurales, al no excluirlos expresamente de su ámbito de aplicación como si lo había hecho el Decreto Nº 247 del 29 de junio de 1994. Y ordenó realizar el pago del subsidio también durante el

---

4 La razón de este doble aumento en poco menos de un mes, y de que al subsidio de Bs. 1.300,00 por jornada trabajada se le diera carácter retroactivo, estriba en un hecho histórico muy curioso que poco tenía que ver con el subsidio. El 7 de febrero de 1996, fecha del Decreto Nº 1.054, el Ejecutivo Nacional dictó dos Decretos adicionales identificados con los números 1.052 y 1.053 (Gaceta Oficial Nº 35.900 del 13 de febrero de 1996), mediante los cuales incrementaba el salario mínimo de los trabajadores urbanos y rurales que prestaban servicios en el sector privado. El Congreso Nacional, en uso de la facultad que le confería el Artículo 22 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, suspendió estos dos últimos Decretos en fecha 22 de febrero de 1996 (Gaceta Oficial de la Republica de Venezuela Nº 35.906 del 23 de febrero de 1996), argumentando que los nuevos valores eran insuficientes, y le recomendó al Ejecutivo Nacional, entre otras medidas, la adopción de montos mayores y la unificación del salario mínimo para todas las categorías de trabajadores, sin discriminación alguna. El Ejecutivo Nacional respondió entonces aumentando el subsidio a la alimentación y al transporte (Decreto Nº 1.240) en lugar de insistir con un nuevo Decreto que ajustara el salario mínimo.

período vacacional, lo que de cierta manera contradecía el precepto general de que el beneficio se concedía por jornada efectivamente laborada. Evidentemente, se buscaba con el subsidio incrementar el ingreso del trabajador (aún durante las vacaciones) sin afectar excesivamente la carga de prestaciones, beneficios e indemnizaciones laborales que debía asumir el empleador.

III. La Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores.

El primero (1º) de septiembre de 1998 fue sancionada por el Congreso de la República de Venezuela la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores, que fue publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 36.538 de fecha 14 de septiembre de 1998 (en lo sucesivo la "LPAT").

La LPAT perseguía crear un programa de alimentación que mejorase el estado nutricional de los trabajadores, a fin de fortalecer su salud, prevenir las enfermedades profesionales y propender a una mayor productividad laboral, y se aplicaba con carácter obligatorio a los empleadores del sector privado y del sector público que tuvieran a su cargo más de cincuenta (50) trabajadores. El beneficio previsto en la LPAT, a semejanza de lo que disponían el Decreto de Comedores y la Ley de Comedores, era la provisión de una comida balanceada durante la jornada de trabajo.

El beneficio sería disfrutado por aquellos trabajadores que devengasen hasta dos (2) salarios mínimos mensuales, y ellos lo perdían cuando llegasen a devengar el equivalente a tres (3) salarios mínimos mensuales.

Un aspecto novedoso, que diferenciaba a la LPAT del Decreto de Comedores, la Ley de Comedores y el Subsidio a la Alimentación y al Transporte, es que se permitía que los empleadores otorgasen el beneficio de manera voluntaria cuando tuviesen a su cargo menos trabajadores de los exigidos en la Ley, y que lo extendieran a los trabajadores que devengasen una remuneración superior al límite estipulado.

La obligación de proveer una (1) comida balanceada durante la jornada de trabajo podía ser cumplida a través de la instalación de comedores propios o compartidos con otros patronos, la contratación

del servicio de comida elaborada por empresas especializadas en el ramo, y la utilización de los servicios de comedores administrados por el Instituto Nacional de Nutrición; mecanismos todos con los que ya los patronos y trabajadores estaban familiarizados. Sin embargo, adicionalmente a estas modalidades ya conocidas, la LPAT agregó una posibilidad adicional, que fue la "*provisión o entrega al trabajador de "cupones" o "tickets" con los que podrá obtener comidas o alimentos en restaurantes o establecimientos similares*, con los cuales la Empresa haya celebrado convenio a tales fines, directamente o a través de empresas de servicio especializadas;" (El subrayado y las cursivas son nuestras). Y para asegurar el objetivo de la ley, que era la obtención de la comida por parte del trabajador, la LPAT prohibió que el beneficio pudiera ser entregado en dinero.

La introducción de los cupones o tickets de alimentación como mecanismo válido para dar cumplimiento a la LPAT, ameritó la incorporación de una serie de disposiciones que regulasen el número de cupones a entregar, su valor, y los requisitos que ellos debían contener. Así, se dispuso que cuando se utilizaren cupones o tickets de alimentación, el patrono debía conceder un (1) cupón o ticket por cada jornada de trabajo, cuyo valor no podía ser inferior a cero coma veinticinco unidades tributarias (0,25 U.T.) ni superior a cero coma cincuenta unidades tributarias (0,50 U.T.).

Adicionalmente, se dispuso que los cupones o tickets se destinarían exclusivamente a la compra de comidas o alimentos, y que constituía infracción el canje del cupón o ticket por dinero, o por cualquier bien o producto que no estuviese destinado a la alimentación del beneficiario. Los cupones o tickets debían contener: (a) el valor que sería pagado al establecimiento proveedor, (b) la razón social del empleador que concedía el beneficio, (c) la mención *«Exclusivamente para el pago de comidas o alimentos, está prohibida la negociación total o parcial por dinero»,* (d) el nombre del trabajador beneficiario, y (e) su fecha de vencimiento. Finalmente, la LPAT disponía que el establecimiento habilitado para la recepción y canje de los cupones o tickets por comidas o alimentos no podía cobrar descuento alguno sobre el valor real del cupón o ticket, y tampoco podía utilizar los cupones o tickets que recibiera de los beneficiarios para otros fines que no fueran el reembolso directo en la empresa emisora de los cupones o tickets.

La LPAT expresamente estableció que el beneficio en ella

previsto no tendría carácter de salario, de conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo,[5] salvo que en las convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo se conviniese lo contrario.

Es de hacer notar que la LPAT entró en vigencia el primero (1º) de enero de 1999 excepto para el sector público, respecto del cual se dispuso que entraría en vigencia de manera progresiva, a medida que se estableciera la respectiva disponibilidad presupuestaria.

IV. La Ley de Alimentación para los Trabajadores.

La Ley de Alimentación para los Trabajadores (en lo sucesivo la "Ley de Alimentación") fue sancionada por la Asamblea Nacional el 7 de diciembre de 2004, promulgada por el Presidente de la República el 27 de diciembre de 2004, y publicada en esa misma fecha en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 38.094. Esta ley, que tan solo consta de 13 Artículos, consagra la obligación en que se encuentran ciertos patronos de otorgar a sus trabajadores de menores ingresos el beneficio de *una (1) comida balanceada durante la jornada de trabajo*.

4.1.- Patronos obligados.

La Ley de Alimentación es vinculante para todos aquellos patronos que tengan a su cargo veinte (20) o más trabajadores (Artículo 2 de la Ley de Alimentación), a diferencia de lo que ocurría bajo la LPAT, que sólo obligaba a aquellos patronos que empleasen más de cincuenta (50) trabajadores.

Es de hacer notar que para quedar sujeto a la Ley de Alimentación solo se requiere emplear veinte (20) o más trabajadores (incluyendo en el cómputo tanto obreros como empleados), independientemente de que no todos esos trabajadores o únicamente algunos de ellos puedan ser beneficiarios de dicha ley por la cuantía del salario que devenguen.

---

5 El numeral 1) del Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 consagró como "beneficios sociales de carácter no remunerativo" a los servicios de comedores, provisión de comidas y alimentos y de guarderías infantiles.

En el caso de patronos que individualmente empleen menos de veinte (20) trabajadores pero que formen parte de un grupo de empresas con otros patronos (tal y como el concepto del grupo de empresas es definido en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo),[6] y en total en las distintas empresas que conforman el grupo laboren en conjunto más de veinte (20) trabajadores, todas dichas empresas también se encuentran obligadas a cumplir la Ley de Alimentación, a tenor de lo dispuesto en su Artículo 9.

Cabe destacar que existe una pequeña inconsistencia entre el número de trabajadores que debe tomarse en cuenta para determinar la aplicabilidad de la Ley de Alimentación a un patrono en particular, que es veinte (20) o más trabajadores (Artículo 2) y el número de trabajadores referido a los grupos de empresas, que es más de veinte (20) trabajadores (Artículo 9). Pensamos que más que una diferencia deliberada que pretende distinguir dos situaciones, se trata en este caso de una inadvertencia del legislador.[7]

4.2.- Trabajadores beneficiarios.

La Ley de Alimentación beneficia a los trabajadores del sector privado y del sector público que devenguen un salario normal que no exceda de tres (3) salarios mínimos urbanos decretados por el Ejecutivo Nacional.

Si bien a primera vista la referencia al salario mínimo luce transparente, el problema se presenta cuando se repara que en la actualidad existen por lo menos tres (3) salarios mínimos urbanos

---

6 El Artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo define al grupo de empresas en los siguientes términos: "...Parágrafo Primero: Se considerará que existe un grupo de empresas cuando éstas se encontraren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieren a su cargo la explotación de las mismas.
Parágrafo Segundo: Se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando:
a) Existiere relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes;
b) Las juntas administradoras u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas personas;
c) Utilizaren una idéntica denominación, marca o emblema; o
d) Desarrollen en conjunto actividades que evidenciaren su integración."

7 Si la intención hubiese sido exigir un mayor número de trabajadores a los grupos de empresas, lo lógico hubiera sido mencionar 30, 40 ó 50 trabajadores. La diferencia entre "20 o más" y "más de 20" es tan pequeña que no parece deliberada.

decretados por el Ejecutivo Nacional.

En efecto, según el Decreto N. 2.902 del 30 de abril de 2004, que fue publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.928 de la misma fecha, el salario mínimo mensual obligatorio para los trabajadores urbanos que presten servicios en los sectores público y privado que empleen veinte (20) o más trabajadores es, a la fecha en que escribimos este artículo, la cantidad de trescientos veintiún mil doscientos treinta y cinco bolívares con veinte céntimos (Bs. 321.235,20), o diez mil setecientos siete bolívares con ochenta céntimos (Bs.10.707,80) diarios por jornada diurna. Y el salario mínimo urbano para los trabajadores de aquellas empresas que empleen menos de veinte (20) trabajadores es de doscientos noventa y cuatro mil cuatrocientos sesenta y cinco bolívares con sesenta céntimos (Bs. 294.465,60) mensuales o nueve mil ochocientos quince bolívares con veinte céntimos (Bs. 9.815,20) diarios por jornada diurna. Finalmente, el salario mínimo de los adolescentes trabajadores y aprendices, independientemente de que trabajen en el medio urbano o rural, es de doscientos cuarenta mil novecientos veintiséis bolívares con cuarenta céntimos (Bs. 240.926,40) mensuales u ocho mil treinta bolívares con noventa céntimos (Bs. 8.030,90) diarios por jornada diurna.

El Artículo 96 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo dispone que cuando el salario mínimo se estableciere como base de cálculo de beneficios, prestaciones, indemnizaciones o sanciones, se entenderá que se hace referencia al salario mínimo mensual vigente en la capital de la República. Y si en ésta se encontrasen en vigencia dos (2) o más salarios mínimos, se entenderá que se hace referencia a aquel de menor cuantía.

En nuestro criterio, la norma contenida en el Artículo 96 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo no es aplicable a este caso porque la Ley de Alimentación no utiliza el salario mínimo como base de cálculo del beneficio de alimentación, sino para determinar quién califica como beneficiario. De hecho, cuando la Ley de Alimentación utiliza una base de cálculo para estimar el beneficio es cuando se refiere a los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, porque debe darles un valor económico, y en esos casos la ley toma como medida la Unidad Tributaria en lugar del salario mínimo.

Entonces la duda se centra en determinar si el salario mínimo urbano al que se refiere la Ley de Alimentación debe ser el mayor o el menor que en un momento dado esté vigente, o si en cambio debe ser aquél que le resulta aplicable al trabajador por su condición en la empresa. Así, en el primer caso se podría decir que la interpretación más lógica apunta a considerar como salario mínimo urbano a estos fines aquél de mayor cuantía, que actualmente es de Bs. 321.235,20 mensuales. En el segundo caso se podría entender que si el trabajador presta servicios para un patrono que emplea veinte (20) o más trabajadores el salario mínimo será 321.235,20 mensuales, pero si trabaja en una empresa que emplea menos de veinte (20) trabajadores el salario mínimo urbano que le resultará aplicable será la cantidad de Bs. 294.465,60 mensuales. Finalmente, si el trabajador es un adolescente o aprendiz, el salario mínimo que le resultará aplicable será la cantidad de Bs. 240.926,40 mensuales.

En el pasado opinamos que ante la imprecisión de la LPAT, que solo se refería a salarios mínimos sin especificar si eran urbanos o rurales, debía privilegiarse la segunda interpretación que antes esbozamos y que consiste en aplicar la norma según las particularidades de la empresa o la condición del trabajador. Sin embargo, ahora que la Ley de Alimentación hace expresa referencia al salario mínimo urbano, nos parece que la interpretación que prevalecerá es la de aplicar el mayor salario mínimo vigente (actualmente Bs. 321.235,20 mensuales), en función de que se trata de un beneficio social de carácter alimentario, y de que podría verse como discriminatorio un tratamiento diferenciado entre trabajadores que, independientemente de las condiciones de la empresa, tienen similares necesidades de alimentación.[8]

La otra novedad que incorpora la Ley de Alimentación en este particular, es la referencia al "salario normal" del trabajador, desconocida por la LPAT. Esta calificación de salario normal obliga al intérprete a tomar como componentes del salario, a los fines de determinar si el trabajador es o no beneficiario de la Ley de Alimentación, únicamente aquellas percepciones que el trabajador

8 Esta interpretación también se vería avalada por el principio protectorio o de favor previsto en los Artículos 89 3) de la Constitución, 59 de la Ley Orgánica del Trabajo y 8 a) de su Reglamento, que establecen que cuando hubiere dudas sobre la interpretación de una determinada norma (en este caso el Parágrafo Segundo del Artículo 2 de la Ley de Alimentación), debe aplicarse la interpretación que más favorezca al trabajador.

recibe de manera regular y permanente por la prestación de sus servicios.[9]

La Ley de Alimentación no establece cómo ha de aplicarse el beneficio de alimentación a los trabajadores que perciben un salario variable, lo que es un caso de difícil solución porque en ellos el ingreso de un mes puede ser sustancialmente diferente al del mes anterior o al del mes siguiente, y en muchos casos no hay forma de saber el número de jornadas que laboran, como ocurre con los vendedores que perciben comisiones. Con respecto a estos trabajadores la solución parece ser la de conceder el beneficio únicamente en aquellos meses en los que su salario normal (básico más comisiones) no exceda de los tres (3) salarios mínimos mensuales, y por el número de días hábiles que ellos debieron laborar.

La anterior probablemente será la tesis que acoja el Ministerio del Trabajo, como se evidencia de la siguiente trascripción del Dictamen N° 2 del 4 de febrero de 1999, que interpretaba la LPAT pero cuyas conclusiones pueden ser extendidas a la Ley de Alimentación:

> "Respecto a los trabajadores que devengan un salario de tipo variable, el otorgamiento del beneficio que dispone la LPAT, se verificará atendiendo al promedio del salario mensual que éste perciba, el cual servirá de referencia a los fines de considerar si podrá ser beneficiario. *En consecuencia, los trabajadores aludidos podrán "emigrar" o "inmigrar" al ámbito subjetivo de validez de la LPAT, según la variabilidad de su salario, en repetidas ocasiones*. Este supuesto -reconocemos- deriva en importantes complicaciones prácticas que las partes deben prevenir, pues la fluctuación salarial implicaría la totalización de los ingresos mensuales del trabajador, frente a un beneficio de cumplimiento por jornada de trabajo." El resaltado es nuestro.

En la práctica, sin embargo, para evitar las complicaciones administrativas de incluir y excluir en distintos meses a los trabajadores

---

9 El Parágrafo Segundo del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo define al salario normal como *"la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio"*. Y agrega que quedan por tanto excluidos del mismo *"las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial"*.

a comisión, y prevenir que ellos pudieran verse estimulados a rendir menos de lo esperado para no perder el beneficio de alimentación, es posible que los patronos opten por extenderles el beneficio cuando su salario *básico* no exceda de tres (3) salarios mínimos urbanos, independientemente de las comisiones que devenguen, a menos que sea evidente que aún las comisiones de los meses "malos" sobrepasan los límites salariales previstos en la Ley de Alimentación.

4.3.- Extensión a casos no cubiertos

A pesar de que la Ley de Alimentación es vinculante únicamente para los patronos que en ella se describen, y pretende beneficiar sólo a un grupo de trabajadores con bajos ingresos, ella permite que el patrono voluntariamente, o en acuerdo con su personal, pueda otorgar el beneficio de alimentación aunque legalmente no esté obligado a ello, y que extienda el beneficio a los trabajadores que devenguen una remuneración superior al límite estipulado.

En estos casos, obviamente, el beneficio debe darse también por jornada trabajada, y deben respetarse las limitaciones que la Ley de Alimentación impone para los casos en que es vinculante. Si tales límites se mantienen, el beneficio voluntaria o concertadamente así otorgado no sería considerado como salario, a menos que las partes dispongan lo contrario.

4.4.- El beneficio.

El beneficio que consagra la Ley de Alimentación es el de una (1) comida balanceada durante la jornada de trabajo. A estos fines, se entiende por comida balanceada *"aquella que reúna condiciones calóricas y de calidad, tomando como referencia las recomendaciones y criterios establecidos por el órgano competente en materia de nutrición".* (Artículo 2 de la Ley de Alimentación).

La Ley de Alimentación no exige una duración mínima a la jornada para que surja el beneficio de alimentación, como si lo hacía el Decreto de Comedores al establecer que por jornada de trabajo debía entenderse aquella que tuviese una duración mayor a seis (6) horas efectivas de labor. En ausencia de este requisito mínimo se debe concluir que el trabajador tendrá derecho a la comida por cada

jornada ordinaria que labore, independientemente de su duración.[10]

Obviamente, no procede el beneficio cuando el trabajador esté disfrutando sus vacaciones o falte al trabajo por cualquier causa, justificada o no, incluyendo el disfrute de los días feriados o días de descanso semanal, los reposos de maternidad, la inhabilitación por enfermedad o accidente, los supuestos de suspensión de la relación de trabajo, el disfrute de permisos o licencias, o por cualquier otra circunstancia. En el otro extremo, el trabajador que labore un día feriado o de descanso semanal, legal o convencional, tendrá derecho a percibirlo.

En nuestro criterio, para tener derecho al beneficio de alimentación el trabajador debe trabajar íntegramente su jornada. Así, técnicamente no correspondería el beneficio en los casos en los que el trabajador se incorpore tarde al trabajo o lo abandone antes de tiempo, aún cuando se podría argumentar que si el trabajador arriba tarde al trabajo y el patrono le permite la entrada, o si la salida anticipada es con autorización del patrono, se ha perdonado la falta y habrá derecho a la alimentación en los mismos términos que el resto de los trabajadores.

En los casos en que el trabajador presta sus servicios durante horas extraordinarias no debería causarse el derecho a una comida adicional, toda vez que ello no constituye en si mismo una nueva jornada. Sin embargo, cuando el trabajador "redobla" y trabaja una segunda jornada a continuación de su jornada ordinaria, evidentemente se causará el derecho a una comida adicional. En este mismo orden de ideas, los trabajadores que trabajan cinco (5) días a la semana y recuperan durante ese tiempo el trabajo que deberían rendir el sábado, a tenor de lo previsto en el Artículo 196 de

---

10 Dada la naturaleza tan especial e indivisible que entraña el beneficio de alimentación, pensamos que en esta materia no es aplicable analógicamente o por extensión el Artículo 194 de la Ley Orgánica del Trabajo. Este artículo prevé que cuando la relación de trabajo se haya convenido a tiempo parcial o por una jornada menor a la permitida legalmente, el salario que corresponda al trabajador se considerará satisfecho cuando se dé cumplimiento a la alícuota respectiva, salvo acuerdo entre las partes más favorable al trabajador. Evidentemente, no es posible fraccionar la comida que se sirve en el comedor, o limitarla a un (1) sólo plato, por ejemplo, en el caso de un trabajador que labora una jornada ordinaria que fue convenida a tiempo parcial. A favor de esta interpretación se inclina el Dictamen emitido por la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo el 12-03-03 (http://www.mintra.gov.ve/consultoria/dictamenes/dictamen05_03.html) En sentido contrario, lo que pone en evidencia los vaivenes de la jurisprudencia administrativa, véanse los Dictámenes de dicha Consultoría, de fechas 06-09-00 y 02-11-99, en Porras Rengel y Porras Santana, Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento. Manual Práctico, Tomo III, Ed. Jurisprudencia del Trabajo, 2002, p. 629 y ss.

la Ley Orgánica del Trabajo, no deberían tener derecho a una comida por el día sábado ya que él se ha convertido, a todos los efectos legales, en un día de descanso contractualmente convenido.

4.5.- Modalidades de cumplimiento del beneficio.

El patrono puede dar cumplimiento a su obligación bajo la Ley de Alimentación de distintas maneras previstas en su Artículo 4, a saber:

1. Mediante la instalación de comedores propios de la empresa, operados por ella o contratados con terceros, en el lugar de trabajo o en sus inmediaciones.

2. Mediante la contratación del servicio de comida elaborada por empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales.

3. Mediante la provisión o entrega al trabajador de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, emitidas por empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales, con los que el trabajador podrá obtener comidas o alimentos en restaurantes o establecimientos de expendio de alimentos o comidas elaboradas.

4. Mediante la provisión o entrega al trabajador de una tarjeta electrónica de alimentación, emitida por una empresa especializada en la administración de beneficios sociales, la cual se destinará a la compra de comidas o alimentos, y podrá ser utilizado únicamente en restaurantes, comercios o establecimientos de expendio de alimentos, con los cuales la empresa haya celebrado convenio a tales fines, directamente o a través de empresas de servicio especializadas.

5. Mediante la instalación de comedores comunes por parte de varias empresas, próximos a los lugares de trabajo, para que atiendan a los beneficiarios de la ley.

6. Mediante la utilización de los servicios de los comedores administrados por el órgano competente en materia de nutrición.

De acuerdo a la ley, corresponde al patrono escoger la

modalidad de cumplimiento (primera parte del Artículo 4). Sin embargo, cuando el beneficio estuviera previsto en una convención colectiva de trabajo la elección de la modalidad de cumplimiento debe ser hecha de común acuerdo por el empleador y los sindicatos que formen parte de dicha convención (parte final del Artículo 4).

A pesar de que en principio corresponde al empleador seleccionar la modalidad de cumplimiento de la Ley de Alimentación, es recomendable que los cambios que se instrumenten con respecto a las modalidades en uso,[11] sean el fruto del consenso entre patronos y trabajadores, o sus sindicatos, aunque el beneficio no esté previsto en la convención colectiva de trabajo. De no hacerse así es posible que el cambio incida negativamente en el ambiente laboral, o que incluso pueda ser invocado por algún trabajador (con razón o sin ella) como una desmejora de sus condiciones de trabajo.

Aunque no está expresamente previsto en la Ley de Alimentación, nos parece perfectamente válido que el patrono dé cumplimiento a su obligación bajo la Ley de Alimentación de varias maneras diferentes en forma simultánea, siempre que todas las modalidades que instrumente se encuentren expresamente admitidas por la Ley. Por ejemplo, el patrono podría utilizar un comedor en su planta industrial y cupones o tarjetas electrónicas de alimentación para sus vendedores y trabajadores que normalmente no están en la planta y que por ello no podrían utilizar el comedor. También sería posible entregar tickets o cupones a los trabajadores amparados por la contratación colectiva y tarjetas electrónicas de alimentación para los restantes empleados. Cualquier combinación sería válida en la medida que el beneficio llegue a todos los trabajadores que deben recibirlo, y que el mismo se otorgue en las formas previstas en la propia Ley de Alimentación.

Un aspecto bien importante de la ley que se comenta es la prohibición expresa de que el beneficio de alimentación sea entregado en dinero al trabajador. Esta prohibición es absoluta y no permite excepciones, dado que la intención del legislador es asegurar la alimentación del trabajador. La Exposición de Motivos de la Ley de Alimentación, al criticar las prácticas imperantes bajo la vigencia de la

---

11 Esta situación podría presentarse, por ejemplo, cuando el patrono venía cumpliendo la LPAT de alguna manera escogida por él, y con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley de Alimentación decide implementar una modalidad diferente.

LPAT -que pretende corregir-, señala lo siguiente:

> "Cabe destacar que en la actualidad y como hecho cierto, se ha desvirtuado el objeto de la ley vigente, toda vez que la modalidad utilizada por los empleadores o patronos en el reconocimiento del programa de alimentación, ha desviado sus fines, al concederse en dinero efectivo en algunos casos y destinarse a la adquisición de productos que no son susceptibles del consumo humano en otros, no constituyendo, por supuesto, una comida balanceada. Por ello, la presente reforma de ley, persigue el fiel cumplimiento de la finalidad, mediante la incorporación de una serie de normas que permitirán el adecuado control de todos los actores involucrados en la concesión del beneficio en sus diferentes modalidades."[12]

Parece evidente que el riesgo que asume el patrono que entrega dinero al trabajador para tratar de cumplir su obligación bajo la Ley de Alimentación es que las cantidades así entregadas se consideren salario y deban incidir en el cálculo de beneficios laborales como la prestación de antigüedad, las utilidades y el bono vacacional, entre otros. Adicionalmente, el patrono seguiría obligado a suministrar la alimentación, no obstante haber entregado dinero al trabajador.

Finalmente, la Ley de Alimentación dispone que cuando en las convenciones colectivas, acuerdos colectivos o contratos individuales de trabajo vigentes existiesen beneficios sociales con carácter similar a los establecidos en ella, los empleadores sólo estarán obligados a ajustarlos a las previsiones de la Ley de Alimentación si aquellos fuesen menos favorables. Esta importante previsión evita la duplicidad de beneficios de similar contenido y naturaleza en el marco de una determinada empresa.

4.5.1.- El uso de comedores.

La primera opción que el legislador contempla para dar cumplimiento a la Ley de Alimentación es la instalación de comedores. Éstos pueden ser propios de una empresa en particular o compartidos

12 La Exposición de Motivos no fue publicada en la Gaceta Oficial junto con la Ley. Puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=439&dis=3.

entre varias empresas, y pueden ser operados directamente por ellas o contratados con terceros. También se permite que el patrono pueda celebrar convenios con el órgano público competente en materia de nutrición, para que sus trabajadores puedan utilizar los servicios de comedores administrados por aquel.

Sin duda alguna, si hubiese algún mecanismo que la Ley de Alimentación debería preferir sobre los demás es el de los comedores, porque ninguno como éste garantiza de manera más segura, directa e inmediata, sin el riesgo de desviaciones indebidas, la satisfacción de la finalidad perseguida, que no es otra que la alimentación del trabajador. Sin embargo, la Ley de Alimentación poco se ocupa de los comedores, ya que se limita a expresar únicamente que deberán instalarse en el lugar de trabajo o en sus inmediaciones. No se regulan sus características, capacidad, ni modalidades u horarios de operación. Tampoco se confiere especialmente a algún órgano del Estado la facultad de inspeccionar los comedores. Es de esperarse que estos extremos sean cubiertos en el Reglamento que la propia Ley de Alimentación anuncia en su Artículo 11.[13]

4.5.2.- La contratación del servicio de comida preparada.

En esta modalidad el patrono contrata a un tercero para que prepare y suministre las comidas que sus trabajadores habrán de consumir diariamente. La Ley de Alimentación dispone expresamente que las empresas que suministren este servicio deberán ser *"empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales"*. Esta figura también es mencionada en la Ley de Alimentación cuando se refiere a los cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación, y a ella nos referiremos posteriormente en este mismo artículo.

Resulta también insuficiente la regulación que la Ley de Alimentación hace de esta modalidad de cumplimiento, y al igual que en el caso de los comedores, se espera que el Reglamento regule una serie de aspectos básicos y necesarios en beneficio y garantía de los trabajadores.

---

13 El Artículo 11 de la Ley de Alimentación dispone que todo lo que ella no prevea será desarrollado por el Ejecutivo Nacional en su Reglamento, *"teniendo como principio preservar el carácter laboral del beneficio"*.

4.5.3.- **Los cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación.**

Las modalidades que más se regulan en la Ley de Alimentación son aquellas de cumplimiento "por equivalente"; que representan sustitutos de la comida preparada y servida al trabajador durante cada una de sus jornadas de trabajo, y respecto de las cuales se debe ser muy cuidadoso.

De estas modalidades, la Ley de Alimentación permite expresamente los cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación. Los cupones o tickets ya eran conocidos en el país y encontraron consagración expresa en la LPAT, pero las tarjetas electrónicas de alimentación son de reciente incorporación.[14]

Los cupones o tickets de alimentación son instrumentos con un valor económico específico impreso en su propio texto, que el trabajador sólo puede canjear por comidas preparadas y listas para el consumo, o por alimentos para prepararlas, en restaurantes, cafés, abastos, mercados y establecimientos similares de su libre elección, que estén afiliados a la red del ente emisor de los cupones o tickets.

Las tarjetas electrónicas de alimentación, por su parte, son tarjetas plásticas de tamaño reducido, parecidas a las tarjetas de crédito o débito bancario, que llevan incorporadas una banda magnética o cualquier otro medio electrónico de almacenamiento de datos, que son previamente "cargadas" con determinado saldo a instancias del patrono, y que el trabajador sólo puede utilizar -al igual que los cupones o tickets de alimentación-, para adquirir comidas y alimentos en restaurantes, comercios o establecimientos de expendio de comidas y alimentos.

Las tarjetas electrónicas de alimentación no pueden confundirse con las típicas tarjetas de servicios bancarios, a pesar que puedan compartir con éstas algunas características comunes. Las tarjetas

---

14 En Resolución dictada el 23 de julio de 2004 por el Ministerio de Estado para el Desarrollo de la Economía Social, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.987 del 26 de julio de 2004, se dispuso que el beneficio de provisión de comida balanceada por jornada de trabajo a que se refería la entonces vigente LPAT, se implementaría a través de una Tarjeta Electrónica de Alimentación para los trabajadores de todos los entes adscritos a dicho Ministerio, la cual sería expedida y respaldada por una entidad bancaria estatal. Entre nosotros éste es el primer ensayo oficial que hace referencia al uso de las tarjetas electrónicas para facilitar la alimentación del trabajador.

electrónicas de alimentación son instrumentos de único propósito (la alimentación), no permiten el retiro de dinero efectivo en cajeros automáticos o en los puntos de ventas, no tienen acceso a crédito o financiamiento, no deberían estar vinculadas a las cuentas bancarias que el trabajador pueda tener, y no pueden utilizarse para la adquisición de bienes y servicios distintos a la alimentación.[15]

Un tema que ha causado bastante controversia es la posibilidad de utilizar los cupones y tickets, y ahora seguramente las tarjetas electrónicas, para la compra de alimentos y no solo de comidas preparadas. De hecho, se argumenta que si la intención de la Ley es que el trabajador acceda a una comida por jornada de trabajo, los instrumentos que se emitan sólo deberían poder canjearse por comidas preparadas y no por alimentos o insumos para prepararlas.

Nuestra opinión es que de ambas maneras se favorece al trabajador y se propende a su alimentación, y que el uso de los cupones, tickets y tarjetas para la compra de alimentos, además de estar expresamente permitido por la Ley, es en muchos casos la única opción disponible. Así ocurre, por ejemplo, en los casos en los que por el horario de trabajo, por la ausencia de comedores o restaurantes en las proximidades del lugar de trabajo, o por cualquier otra circunstancia similar, al trabajador se le dificulte acceder a una comida preparada.

Dado que el legislador desea asegurarse por todos los medios a su alcance que los cupones, tickets y tarjetas electrónicas se utilizarán únicamente para la compra de comidas y alimentos, dispone en el Artículo 7 de la Ley de Alimentación que las siguientes prácticas constituyen infracción:

a) El canje del cupón o ticket por dinero, o la obtención de dinero, financiamiento o crédito con la tarjeta electrónica de alimentación.

b) El canje, pago o compra de cualquier bien o servicio que no se destine a la alimentación del trabajador.

c) El canje o compra de bebidas alcohólicas o cigarrillos.

---

15 Con esto se asegura el cumplimiento de la finalidad perseguida por la Ley de Alimentación, que no es otra que la alimentación del trabajador subordinado.

d) El cobro al trabajador beneficiario, por parte del establecimiento habilitado, de cualquier descuento sobre el valor real del cupón o ticket, o sobre el valor representado o pagado con la tarjeta electrónica de alimentación.

e) El cobro o transferencia al trabajador, por parte de las empresas de servicio especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales, de cualquier descuento, comisión o carga fiscal por la emisión o el uso de los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.

f) El uso, por parte del establecimiento habilitado, de los cupones, tickets o comprobantes de utilización de las tarjetas electrónicas de alimentación que reciba de los beneficiarios, para otros fines que no sean el reembolso directo en la empresa emisora de los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.

El incumplimiento de estas obligaciones por parte de los establecimientos habilitados para recibir los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación puede acarrear sanciones de advertencia, suspensión temporal de la habilitación y multas que oscilen entre 25 y 50 Unidades Tributarias. En caso de reincidencia incluso es posible el cierre temporal del establecimiento infractor y la cancelación de su habilitación para operar en el marco de la Ley de Alimentación (Artículos 7 y 8).

Adicionalmente, la Ley de Alimentación establece, en su Artículo 8, la prohibición absoluta en que se encuentran las empresas que emitan y administren cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación, de conceder crédito o financiamiento a los patronos para el pago de dichos cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación.

Lo anterior significa que los patronos deben pagar al contado a las empresas emisoras de los cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación el importe de los instrumentos que ordenen. Esto parece encontrar su justificación en el carácter social y alimentario del beneficio que se protege y regula en la Ley de Alimentación, y porque las propias empresas de servicios especializadas están en la obligación de destinar al reembolso de los cupones, tickets y tarjetas, el importe que reciban de los patronos y que respalden dichos instrumentos (Artículo 8).

4.5.3.1.- Requisitos de los cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación

Los cupones, tickets o tarjetas electrónicas que se utilicen para dar cumplimiento a la Ley de Alimentación deben contener las siguientes especificaciones que aparecen incluidas en su Artículo 6:

a. La razón social del empleador que concede el beneficio.

b. La mención *"Exclusivamente para el pago de comidas o alimentos, está prohibida la negociación total o parcial por dinero u otros bienes o servicios".*

c. El nombre del trabajador beneficiario.

d. La fecha de vencimiento del cupón, ticket o tarjeta.

e. La razón social de la empresa especializada en la administración y gestión de beneficios sociales que emite el instrumento.

Adicionalmente, los cupones o tickets deben contener el valor que será pagado a los establecimientos que provean la comida o los alimentos, y las tarjetas electrónicas tendrán acceso a la consulta del saldo disponible por el trabajador beneficiario.[16]

En el encabezamiento de este Artículo 6 de la Ley de Alimentación se observa otra inconsistencia, y es la referencia a las *"modalidades establecidas en los literales c) del Artículo 4 y en el primer aparte del Artículo 5 de esta Ley..."*. Es el caso que el Artículo 4 no tiene literales sino numerales, y que el Artículo 5 no se refiere a modalidad alguna de cumplimiento sino que consagra el carácter no salarial del beneficio. Esta inconsistencia, sin embargo, no tiene mayor trascendencia porque el primer aparte del mismo Artículo 6 descubre claramente la intención de la Ley al establecer inequívocamente que los cupones, tickets y tarjetas electrónicas deberán reunir los requisitos a los que antes hicimos mención.

---

16 Sería conveniente que en el Reglamento de la Ley de Alimentación se disponga que en cada transacción que se realice con las tarjetas electrónicas el saldo disponible por el trabajador se imprima en el comprobante que a él le corresponda. De esta manera el trabajador siempre sabrá el saldo actualizado del que dispone. Esta previsión es innecesaria en los cupones o tickets porque cada uno tiene su valor impreso.

4.5.3.2.- Valor de los cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación

Cuando el patrono da cumplimiento a la Ley de Alimentación mediante el suministro al trabajador de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación, debe cumplir los siguientes extremos:

a) Por cada jornada trabajada debe suministrar un (1) cupón o ticket, o una (1) carga a la tarjeta electrónica de alimentación. El beneficio no debería concederse durante los días de descanso, vacaciones u otros en los que el trabajador no preste el servicio. Aunque la obligación legal es suministrar un (1) cupón o ticket, o una (1) carga a la tarjeta, por cada jornada trabajada, nada obsta a que la entrega del beneficio a que el trabajador se haga acreedor se realice semanal, quincenal o mensualmente, y ésa fue la experiencia con los cupones y tickets que se emitieron con base en la LPAT. Nada impide tampoco que los cupones, tickets o tarjetas se entreguen de manera anticipada, previendo las jornadas que el trabajador laborará, descontando en el período siguiente las cargas o cupones entregados en exceso, si fuere el caso.

b) El valor del cupón, ticket o carga a la tarjeta electrónica que se cause por cada jornada trabajada no puede ser menor del equivalente a 0,25 Unidades Tributarias ni mayor de 0,50 Unidades Tributarias. Actualmente el valor de la Unidad Tributaria es de Bs. 29.400,00,[17] de manera que el cupón, ticket o carga a la tarjeta no podrá ser inferior a Bs. 7.350,00 ni superior a Bs. 14.700,00 por jornada trabajada.

c) La provisión mensual de cupones, tickets o cargas a las tarjetas electrónicas no debe exceder del treinta por ciento (30%) del monto que resulte de sumar al salario mensual del respectivo trabajador el valor de los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación recibidos por éste en el respectivo

17 Gaceta Oficial Nº 38.116, del 27 de enero de 2005.

periodo mensual.[18] Esto significa, por ejemplo, que si un trabajador devenga Bs. 525.000,00 mensuales en concepto de salario, no debería percibir más de Bs. 225.000,00 mensuales en tickets, cupones o tarjetas de alimentación, ya que la suma de ambos es igual a Bs. 750.000,00, y el 30% de Bs. 750.000,00 es Bs. 225.000,00.[19]

d) En los casos en que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley de Alimentación un trabajador se encuentre percibiendo en tickets, cupones o tarjetas electrónicas de alimentación un porcentaje superior al máximo referido en el literal c) anterior, el trabajador seguirá percibiendo el mismo beneficio actual (no se le puede reducir o ajustar), pero el patrono debe restablecer *gradualmente* la debida proporción en la(s) oportunidad(es) futura(s) en la(s) que ajuste el salario del respectivo trabajador.

   En otras palabras, si un trabajador que devenga un salario de Bs. 525.000,00 mensuales está percibiendo actualmente Bs. 247.000,00 en tickets (lo que excede el máximo legal permitido), lo pertinente es mantener el nivel del beneficio de alimentación, expresado en Unidades Tributarias, y restablecer la proporción legal de manera gradual en los sucesivos aumentos de salario. La Ley de Alimentación no impone un plazo al patrono para hacer estos ajustes de salario, y al señalar que puede hacerse de manera gradual se colige que el ajuste habrá de hacerse en las oportunidades en que corresponda realizar los sucesivos aumentos de salario, de acuerdo con las políticas y normas vigentes en la empresa de que se trate.

---

18 Quedan a salvo las situaciones especiales que pueden preverse en las convenciones colectivas de trabajo u acuerdos colectivos.

19 Esta previsión evita la descomposición del salario, asegurando que una parte sustancial de lo que perciba el trabajador incida en el cálculo y pago de su prestación de antigüedad y demás beneficios laborales.

4.5.3.3.- Quiénes pueden emitir cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación.

Los únicos entes que pueden emitir cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación, en el marco de la Ley de Alimentación, son las *"empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales".* La Ley de Alimentación no define lo que debe entenderse por estas empresas; sin embargo, pensamos que se refiere a aquellas entidades debidamente establecidas que tienen experiencia en la administración de los beneficios que la Ley Orgánica del Trabajo considera como de carácter social y no remunerativos. De acuerdo con el Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, los beneficios sociales no remunerativos son los siguientes:

a) Los servicios de comedores, provisión de comidas y alimentos y guarderías infantiles.

b) Los reintegros de gastos médicos, farmacéuticos y odontológicos.

c) Las provisiones de ropa de trabajo.

d) Las provisiones de útiles escolares y de juguetes.

e) El otorgamiento de becas o pago de cursos de capacitación o de especialización.

f) El pago de gastos funerarios.

Para que una empresa especializada en la administración y gestión de beneficios sociales pueda emitir válidamente cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación en el marco de la Ley de Alimentación, se requiere que cumpla con los siguientes requisitos que están previstos en el Artículo 8 de dicha ley:

(i) Tener como objeto principal la emisión, administración y gestión de beneficios sociales.

(ii) Tener un capital social pagado que no sea inferior al equivalente a quince mil (15.000) Unidades Tributarias; lo que al valor actual de la Unidad Tributaria, de Bs. 29.400,00, asciende a Bs. 441.000.000,00.

(iii) Disponer de una adecuada estructura organizativa, amplia red de establecimientos afiliados y excelente capacidad financiera,

que le permitan satisfacer con ventajas los requerimientos de los empleados y trabajadores, y asegurar el destino que se debe dar a los cupones, tickets y tarjetas de electrónicas de alimentación.

(iv) Inscribirse en el Ministerio del Trabajo y remitirle a dicho Ministerio o al órgano competente en materia de nutrición, cada seis (6) meses, la lista de los establecimientos habilitados para recibir los tickets, cupones y tarjetas electrónicas de alimentación, a los fines de controlar la adecuación de los mismos al objetivo de la ley.

(v) Destinar los fondos que reciban de los empleadores y que respalden los tickets, cupones y tarjetas electrónicas de alimentación emitidas, al reembolso de los establecimientos afiliados receptores de los mismos, no pudiendo utilizar estos fondos en ningún caso para fines especulativos.

Es importante apuntar que les está expresamente prohibido a las empresas emisoras de los cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación, cobrar o transferir al trabajador beneficiario cualquier descuento, comisión o carga fiscal por la emisión o el uso de los mismos.[20]

4.5.3.4.- La posibilidad de "dar vuelto" con ocasión del uso de cupones o tickets

Como quiera que el beneficio de alimentación no se puede otorgar en dinero al trabajador, la Ley de Alimentación no prevé la posibilidad de "dar vuelto" por la porción no consumida del cupón o ticket. Así, si el trabajador utiliza un ticket de Bs. 14.700,00, por ejemplo, para pagar una comida que cuesta Bs. 14.000,00, no tendrá derecho a recibir en dinero los Bs. 700,00 restantes. En esa situación el trabajador necesariamente deberá adquirir algún alimento o comida por el saldo no utilizado, emplear dinero en lugar del ticket, o resignarse a perder la diferencia no utilizada.[21]

---

20 Está claro, por ejemplo, que el uso de las tarjetas electrónicas de alimentación no supone el pago de impuesto al débito bancario por parte del trabajador beneficiario, ya que no se trata en realidad de una cuenta bancaria del trabajador contra la que se gira, sino de un mecanismo prepagado con un saldo disponible a ciertos fines muy limitados. El impuesto al débito bancario que generen las respectivas transacciones sería en todo caso pagado por las empresas especializadas que emitan las tarjetas, al momento de rembolsar a los establecimientos habilitados el importe de las transacciones autorizadas, con cargo a sus cuentas bancarias.

21 Esta diferencia quedaría en beneficio de los establecimientos comerciales, que tendrían derecho a redimir ante las empresas emisoras de los cupones o tickets el valor íntegro del boleto.

Es evidente que si la Ley de Alimentación permitiese devolver al trabajador, en dinero efectivo, el importe de los cupones o tickets no utilizados, se perdería el control sobre el beneficio y sería muy fácil que el mismo se desviase completamente. Se podría presentar el caso, por ejemplo, de un trabajador que utilizase un ticket de Bs. 14.700,00 para comprar alimentos por Bs. 1.000,00, y que destinase el vuelto de Bs. 13.700,00 a la compra de otros insumos no relacionados con su alimentación.

Una opción intermedia que impide que el trabajador pierda la diferencia no utilizada en el valor del cupón o ticket, y que al mismo tiempo garantiza la finalidad perseguida, es la que adopta por ejemplo la legislación brasileña, que dispone que en estos casos el comercio devuelva al trabajador un vale por la diferencia.[22]

En el transcurso del primer semestre del año 2001, con motivo de ciertas denuncias que se hicieron de su conocimiento, el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) emitió un Comunicado a la Opinión Pública en el que sin desconocer la específica finalidad de los cupones o tickets de alimentación, trató de resolver el problema que se presentaba con la diferencia o saldo no utilizado del instrumento, en el marco de la LPAT. En el referido comunicado se dispuso que las empresas que expendían comidas ya preparadas dieran vuelto a los usuarios como algo excepcional, en una cantidad que no excediera de un veinte por ciento (20%) del valor de aquel cupón o ticket no consumido íntegramente.

Se agregó además que si luego de hecha la mencionada devolución aún quedase algún remanente del cupón o ticket sin consumir, el usuario podía solicitar su compensación a través de bienes de consumo que se expendieran en el mismo establecimiento. Finalmente, el INDECU aclaraba que el dar vuelto era una situación excepcional, aplicable únicamente a los expendios de comidas ya preparadas, y que si este caso se presentaba en establecimientos distintos a aquellos que expendían comidas preparadas (como por ejemplo en abastos o supermercados), lo que el trabajador debía hacer era agotar el saldo adquiriendo allí otros productos destinados a su

---

22 PORTARIA N° 03 DE 01 DE MARÇO DE 2002, parcialmente reformada por la PORTARIA Nº 61, DE 28 DE OUTUBRO DE 2003: "...Art. 18. Em caso de utilização a menor do valor do documento de legitimação, o estabelecimento comercial deverá fornecer ao trabalhador um contravale com a diferença, vedada a devolução em moeda corrente."

alimentación.

En la práctica son raros los casos en los que el trabajador pierde parte del valor del cupón o ticket ya que, consciente del riesgo y con la experiencia adquirida bajo la LPAT, se asegura de utilizarlos para la adquisición de comidas y alimentos por un monto igual o superior a su valor.[23]

4.6.- El carácter no salarial del beneficio.

El beneficio previsto en la Ley de Alimentación no tiene carácter de salario por disponerlo así expresamente su Artículo 5, excepto que en las convenciones colectivas, acuerdos colectivos o contratos individuales de trabajo se disponga lo contrario. Repite así la Ley de Alimentación la norma contenida en el Artículo 5 de la LPAT ya derogada.

El carácter no salarial del beneficio, en el marco de la LPAT, fue ratificado por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social (en lo sucesivo el "TSJ-SCS") en una interesante sentencia dictada el 30 de julio de 2003 (caso: Febe Briceño de Haddad contra Banco Mercantil C.A., S.A.C.A.), que tendremos la oportunidad de comentar más adelante.

4.7.- Aspectos fiscales.

Aunque la Ley de Alimentación no lo establece así expresamente, somos del criterio que el beneficio de alimentación –cualquiera sea su modalidad de otorgamiento- no es gravable para el empleado con el impuesto sobre la renta ni está sujeto a retención alguna, por cuanto está destinado exclusivamente a suplir necesidades básicas del trabajador, en virtud de disposiciones legales. En este sentido, en caso de un litigio es muy probable que el juez tributario siga, a efectos fiscales, la caracterización del beneficio desde el punto de vista laboral, a fin de concluir que se trata de un beneficio no salarial que, como tal,

---

23 Es un hecho que la mayoría de los cupones o tickets de alimentación se emplean para la compra de alimentos en abastos y mercados, en circunstancias en que los cupones o tickets deben ser complementados con la entrega de dinero por parte del trabajador, ya que por lo general el precio de los productos que se adquieren excede del valor representado en los cupones o tickets.

no está sujeto al impuesto sobre la renta. El Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) llegó a esta misma conclusión en el Dictamen no publicado N° DCR-5-9389 de 2001. Según el SENIAT, sin embargo, si la convención colectiva de trabajo aplicable dispone que el beneficio tiene carácter salarial, entonces estará sujeto al impuesto sobre la renta.

Lo que el empleador entregue a sus trabajadores por este concepto, aunque no tenga carácter salarial, puede ser deducido por el empleador de su impuesto sobre la renta de acuerdo con el Artículo 27, numeral 22, de la Ley de Impuesto sobre la Renta, por tratarse de un gasto normal y necesario para la producción de la renta, previsto en una ley.

4.8.- La sanción al empleador que incumple.

El empleador que estando obligado a ello no otorgue el beneficio previsto en la Ley de Alimentación, puede ser sancionado con multas que oscilen entre 10 y 50 Unidades Tributarias *por cada trabajador afectado*, correspondiéndole a la Inspectoría del Trabajo imponer la sanción. Adicionalmente, el patrono continúa obligado a cumplir su obligación de alimentación para con los trabajadores afectados (Artículo 10 de la Ley de Alimentación).[24]

Es importante destacar que además de la obligación de cumplir con el beneficio de alimentación, la Ley de Alimentación impone a los empleadores (Artículo 7) la obligación de orientar a sus trabajadores sobre la correcta utilización de los cupones, tickets y tarjetas

24 Pensamos que en los casos en que el patrono se atrasa en el otorgamiento del beneficio, él debe asegurarse de no entregarlo en dinero, sino representado en alguna de las modalidades permitidas por la Ley de Alimentación, como los cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación. Por decisión del 2 de diciembre de 2004 (Ramón Alonzo Rodríguez contra Gobernación del Estado Apure), el TSJ-SCS estableció la obligación en que se encontraba un empleador que no entregó oportunamente los tickets de alimentación a su trabajador, de otorgarlo posteriormente, aún cuando para ese momento ya la relación de trabajo había concluido. La citada decisión recayó en un caso regido por la LPAT, pero el criterio es igualmente aplicable a la nueva ley. En la señalada decisión se lee textualmente lo siguiente: *"De lo antes transcrito, observa la Sala que* ***la recurrida no infringió de forma alguna las normas delatadas, por cuanto ordenó el pago del beneficio del cesta ticket, mas no ordenó que el mismo se hiciera en dinero****, tampoco transgredió lo referente a la disponibilidad presupuestaria en los organismos del sector público, puesto que no ordena que el mismo se haga de forma inmediata, y finalmente tampoco lo considera salario,* ***sino como un beneficio que debe pagársele al trabajador, que no fue satisfecho en su debida oportunidad****, razón por la cual, el monto de cuatrocientos sesenta y dos mil bolívares (Bs. 462.000,oo), indicado en el dispositivo del fallo, debe tomarse como un error material, por cuanto previamente ya había indicado que dicho monto no está incorporado al salario****, por lo que debe entenderse que dicho beneficio se pagará en* **la forma establecida en la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores**. Así se decide." El resaltado es nuestro.

electrónicas de alimentación.

4.9.- La vigencia del beneficio.

La Ley de Alimentación entró en vigencia el 27 de diciembre de 2004 para los empleadores del sector privado en todo caso, así como para los empleadores del sector público que ya otorgaban para esa fecha el beneficio de alimentación a sus trabajadores, contractualmente o bajo los términos de la LPAT.

Los organismos de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal que para el 27 de diciembre de 2004 aún no otorgaban a sus trabajadores el beneficio de alimentación,[25] tienen plazo de seis (6) meses contados a partir de dicha fecha para otorgar el beneficio, debiendo incorporar en el respectivo presupuesto la partida de fondos que al efecto se requiera (Artículo 12 de la Ley de Alimentación).

V. La alimentación del Trabajador en la Ley Orgánica del Trabajo.

La Ley Orgánica del Trabajo toca el tema de la alimentación al referirse a los trabajadores en la navegación, a los deportistas profesionales y a los trabajadores venezolanos contratados para prestar servicios en el extranjero. También se refiere a la alimentación cuando define el salario y cuando excluye de él los beneficios que no tienen tal condición. En el presente trabajo nos referiremos únicamente a la consideración que la Ley Orgánica del Trabajo hace de la alimentación como componente salarial.

La primera parte del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, al definir el salario, incluye a la alimentación entre los beneficios que lo pueden conformar, en los siguientes términos:

> "Artículo 133. *Se entiende por salario* la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al

25 La Ley de Alimentación (Artículo 12) se refiere indebidamente al *"beneficio establecido en la presente Ley"*, cuando debía referirse simplemente al beneficio de alimentación, en forma genérica, o en todo caso al beneficio de alimentación que consagraba la LPAT.

> trabajador por la prestación de su servicio *y, entre otros*, *comprende* las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, *alimentación y vivienda*..." El resaltado es nuestro.

Posteriormente, la misma disposición en su Parágrafo Tercero señala que los servicios de comedores y la provisión de comidas y alimentos no forman parte del salario:

> "PARÁGRAFO TERCERO.- Se entienden como beneficios sociales de carácter no remunerativo:
>
> 1) Los servicios de comedores, provisión de comidas y alimentos y de guarderías infantiles..."

Por su parte, el Artículo 147 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que "...Podrá estipularse como parte del salario, cuando ello conlleve un beneficio social para el trabajador, la dotación de vivienda, la provisión de comida y otros beneficios de naturaleza semejante."

Finalmente, el Artículo 671 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que los comisariatos o casas de abasto, los aportes patronales para el fomento del ahorro de los trabajadores, los servicios de salud o educación y comedores, previstos en convenciones colectivas de trabajo, no serán estimados como integrantes del salario para el cálculo de las prestaciones, beneficios o indemnizaciones que deriven de la relación de trabajo, salvo que en aquéllas se hubiere estipulado lo contrario.

Es evidente la contradicción que existe en el Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, cuando por una parte considera salario al beneficio de alimentación y por otro lo consagra como un beneficio social de carácter remunerativo. En nuestra opinión, esta contradicción debe resolverse en función de la intención y propósito como la alimentación es concedida, de tal manera que si el beneficio se otorga con intención de remunerar la prestación del servicio tendrá carácter salarial, pero si la intención es la de conceder al prestador del servicio una contribución social, independiente de su esfuerzo, rendimiento y

productividad, no tendrá tal condición.[26]

El autor Rafael Alfonzo-Guzmán ha estudiado el tema en su obra Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo, concluyendo de esta manera:

> "Si bien la alimentación y vivienda son conceptos expresamente integrados a la "remuneración, provecho o ventaja" del trabajador (art. 133, encabezamiento); y, si bien, además, el Parágrafo Primero de esa misma disposición legal enfatiza el carácter salarial de los subsidios o facilidades otorgados con el propósito de mejorar la calidad de vida del trabajador y su familia, los beneficios de provisión de comidas y alimentos, así como los comedores facilitados por el empleador, carecen de carácter salarial cuando tal suministro no se efectúa por el patrono con la intención de retribuir el trabajo que recibe. Es esta la idea que explica el contenido del Parágrafo Tercero *ejusdem*, que excluye del salario los beneficios allí enunciados de carácter no remunerativo y, al mismo tiempo, la que permite reconciliar la Ciencia del Derecho, cuya esencia descansa en la intencionalidad de los actos, con el encabezamiento del Artículo 133 y con la nueva regla del Artículo 671 sobre los comisariatos o casas de abasto, planes de ahorro, servicios de salud y educación, los cuales sólo son conceptuados salariales cuando las partes les atribuyan convencionalmente tal carácter. En otras palabras, mientras patronos y trabajadores no se acuerden en ello, dichos beneficios no han de considerarse componentes del salario a ningún efecto prestacional ni indemnizatorio."[27]

El Artículo 73, literal b), del Reglamento de la Ley Orgánica del

---

26 Por ello la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, en acertado Dictamen Nº 08-17/01/96, estimó como salario los tickets que el patrono concedía en atención a las evaluaciones por desempeño de su personal. Se lee lo siguiente, en el referido Dictamen: *"Dado que el patrono condicionó el porcentaje de cestatickets a ser recibido por cada trabajador, al resultado de la evaluación del rendimiento laboral al que están sujetos, estableciendo una escala que abarca las categorías de "regular a excelente", este beneficio es otorgado por la labor prestada. Por tanto, se trata de una percepción dotada de inmediatez, toda vez que el trabajador lo percibe de su patrono como una retribución de la labor pactada; proporcional al rendimiento en la ejecución del trabajo; desprovisto parcialmente de álea... características estas que lo dotan de carácter salarial y por tanto, con incidencia en las prestaciones sociales y demás indemnizaciones de que sea acreedor el trabajador cuando termine su relación de trabajo."*

27 Decimoprimera Edición. Editorial Melvin. Caracas, 2000, pp, 229-230.

Trabajo, exige que los beneficios sociales a los que se refiere el Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo guarden proporción y adecuación con las necesidades que se pretenden satisfacer, y el literal d) del mismo Artículo dispone que los beneficios sociales no revisten carácter salarial cualquiera fuere su modalidad de cumplimiento, salvo que se hubiere pactado lo contrario en convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo. Finalmente, el literal c) de la norma que se comenta establece que los beneficios sociales no remunerativos deben aprovechar al trabajador, su cónyuge o concubino, o a sus familiares.

Lo anterior significa que la provisión de alimentos y comidas a que se refiere el Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo debe hacerse dentro de parámetros razonables, y debe guardar proporcionalidad con lo que realmente requiere el trabajador para atender su necesidad de alimentación y la de su familia inmediata. Si se excediera esta necesidad habría el riesgo de que un tribunal considerase como parte del salario el beneficio otorgado y opinase que con su instrumentación se quiso encubrir una parte de la remuneración, para abaratar los costos derivados de la prestación de servicios.

La provisión de comidas y alimentos a que alude el Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo puede darse en especie, mediante la entrega de los alimentos, o de alguna otra manera que garantice que el beneficio será obtenido.[28] Si el patrono entregase dinero al trabajador a estos fines, aun cuando le hiciera firmar un compromiso de que utilizará los fondos para adquirir comidas y alimentos, existiría el riesgo de que los tribunales entiendan como salarial el beneficio, ya que no hay manera de controlar que efectivamente los fondos se destinarán a la alimentación.

Finalmente, hay que tener en cuenta que el beneficio social debe ser un accesorio del salario y no debe representar un porcentaje muy significativo del ingreso del trabajador; además de guardar proporción con la necesidad a satisfacer. La inobservancia de estas simples reglas pone en riesgo el carácter no salarial del beneficio,

---

28 Aquí caben también los cupones, tickets y tarjetas electrónicas de alimentación, aunque en este caso los emisores de dichos instrumentos no tendrían que ser necesariamente "empresas especializadas en la administración y gestión de beneficios sociales", ya que estos beneficios se otorgarían en el marco de la Ley Orgánica del Trabajo, no de la Ley de Alimentación, y la Ley Orgánica del Trabajo no incorpora tal exigencia.

por las razones expresadas anteriormente.

En una importante sentencia dictada el 30 de julio de 2003 (caso: Febe Briceño de Haddad contra Banco Mercantil C.A., S.A.C.A.), el TSJ-SCS opinó que los cupones o tickets que se entregaban en cumplimiento de la entonces vigente LPAT no tenían carácter salarial. Tampoco tienen carácter salarial, según la indicada sentencia, aquellos tickets o cupones que se entregan en desarrollo de la Ley Orgánica del Trabajo, siempre que en este último caso el beneficio cumpla con los requisitos exigidos por el Artículo 73 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

Para arribar a la conclusión precedentemente expuesta, la sentencia que se comenta contrastó la definición de salario contenida en el encabezamiento del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo con la norma contenida en el Parágrafo Primero del mismo Artículo que considera salario *"los subsidios o facilidades que el patrono otorgue al trabajador con el propósito que éste obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia".* El TSJ-SCS concluyó que entre ambos preceptos existe una antinomia o contradicción, toda vez que siendo los subsidios ayudas de carácter familiar que complementan el salario, no podrían ser al mismo tiempo salario, y sostuvo expresamente que *"...*el Parágrafo Primero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, debe ser interpretado en el sentido de *que los subsidios o facilidades que el patrono otorga al trabajador con la finalidad de obtener bienes y servicios para mejorar su vida y la de su familia no son salario*, pues sería ilógico y jurídicamente imposible que los subsidios y facilidades referidos sean, al mismo tiempo, salario y complemento del salario". (El resaltado es nuestro).

Tras hacer las anteriores consideraciones, la sentencia se refirió expresamente a la naturaleza de los tickets, cupones o vales previstos en la LPAT, así como a aquellos mecanismos que como el "cesta-ticket" son utilizados con apego a la Ley Orgánica del Trabajo para otorgar al trabajador y a su familia el beneficio de los subsidios y facilidades establecidos en el Artículo 133, Parágrafo Primero de dicha ley, y sostuvo que estos últimos *"...son un instrumento para la materialización del beneficio correspondiente y que por lo tanto no se confunde con el beneficio mismo, el cual puede ser entregado lícitamente por otros medios, como el servicio de comedores para el*

trabajador...”.

Con base en lo anterior, la sentencia concluyó que *“...los tickets, vales o cupones en las disposiciones laborales vigentes no revisten carácter salarial...”*. Finalmente, el TSJ-SCS advirtió que no obstante las consideraciones expuestas en la sentencia, los referidos tickets, vales o cupones deben satisfacer todas las exigencias legales y reglamentarias a objeto de preservar su carácter no salarial, en conformidad con lo dispuesto en el Artículo 73 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.[29]

VI. Conclusiones.

i. La alimentación del trabajador se ha convertido en una obligación principal de buena parte de los empleadores que operan en Venezuela, y en un beneficio altamente apreciado por los trabajadores de menores recursos. La sola circunstancia de que este beneficio pueda representar hasta un treinta por ciento (30%) del ingreso del trabajador, en el marco de la Ley de Alimentación únicamente, pone en evidencia la importancia que con el tiempo este tema ha ido adquiriendo.

ii. La incorporación de las tarjetas electrónicas de alimentación en el marco de la Ley de Alimentación constituye una clara evidencia del deseo del legislador de diversificar al máximo posible las opciones de cumplimiento de la obligación prevista en dicha ley, lo que beneficia por igual a patronos y trabajadores.

---

29 *“Artículo 73º.- Beneficios sociales no remunerativos. Los beneficios sociales no remunerativos previstos en el Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo:*

a) Revisten carácter excepcional.

b) Deberán guardar proporción o adecuación con las necesidades que se pretenden satisfacer.

c) Deberán aprovechar al trabajador, su cónyuge o concubino, o a sus familiares; y

d) No revisten carácter salarial cualquiera fuere la modalidad de cumplimiento y fuente de la obligación, salvo que se hubiere pactado lo contrario en convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo. Por tanto, los beneficios derivados del servicio de comedores organizados y financiados total o parcialmente por el empleador, así como de la provisión o suministro de alimentos a través de comisariatos, abastos o de la entrega al trabajador de cestas de productos alimenticios, no revisten carácter salarial de conformidad con lo previsto en numeral 1) del Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Así mismo, los beneficios previstos en los numerales 2) y 6) del Parágrafo Tercero del Artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, podrán brindarse mediante la contratación de pólizas de seguro.”

iii. Una de las preocupaciones fundamentales del legislador es, y lo ha sido también en el pasado, cómo asegurar que el beneficio efectivamente se cumpla y que los recursos que a ello se destinen no se utilicen para fines distintos. Por ello se sanciona ahora severamente al patrono infractor y se regulan estrictamente las distintas modalidades de cumplimiento. La idea es refinar cada vez más los controles, de manera de ir reduciendo al mínimo posible las desviaciones que inevitablemente habrán de existir.

iv. La otra preocupación es la de evitar que por tratarse de un beneficio social de carácter no salarial, el patrono se vea tentado de conceder por esa vía los recursos adicionales que debería destinar a los aumentos de salario. El legislador, consciente de esta situación, ha dispuesto los límites porcentuales a que antes hicimos mención al revisar la Ley de Alimentación, y ha establecido en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo que el beneficio de alimentación ha de ser proporcional a la necesidad que se pretende satisfacer, y no debe sobrepasarla.

v. Finalmente, aunque se puede discutir sobre la conveniencia o no de establecer como política de Estado la obligación patronal de alimentar al trabajador, porque en el fondo se trata de recursos teledirigidos que privan al trabajador del control de lo que debería ser una parte de sus ingresos, es generalmente aceptado que el esquema es importante, necesario y justificado en sociedades que como la nuestra deben hacer frente a graves carencias en la nutrición de sus ciudadanos, y que se caracterizan por tener niveles de ingreso esencialmente deficitarios.

Apuntamientos sobre el contenido del Salario a la luz de la legislación venezolana

Domingo Javier Salgado R.

Profesor de postgrado de la Universidad «Santa María» y Universidad Nacional Experimental Rómulo Gallegos
Profesor de pregrado de la Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado (UCLA)

Sumario:

I. Nota introductoria.
II. Salarios Conceptos.
III. Componentes del salario.
IV. Exclusiones Salariales.
V. Salario de eficacia atípica.
VI. Bibliografía.

Resumen:

Bajo La denominación **APUNTAMIENTOS SOBRE EL CONTENIDO DEL SALARIO A LA LUZ DE LA LEGISLACION VENEZOLANA** se presenta una investigación analítica sobre el desarrollo doctrinal del concepto salario, haciendo especial referencia al tratamiento legislativo que sobre el mismo se ha dado en la legislación venezolana desde la Ley del Trabajo de 1936, pasando por el Reglamento de ésta de 1973, la Ley Orgánica del Trabajo de 1991 y su reforma 1997 así como el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999. Se hace entonces un análisis de los emolumentos que forman parte del salario y de aquellos que no lo integran, bien porque así expresamente lo señale el legislador o porque no reúnen las características propias del mismo. Finalmente se hace un examen sobre denominado "salario de eficacia atípica" o salario de efectos parciales, presentando algunos cuadros prácticos que pueden facilitar la determinación de su alcance.

A manera de dedicatoria: *Las líneas que siguen las dedico a ese grupo de hombres y mujeres que con innegable vocación han levantado la jurisdicción laboral en Venezuela, logrando un verdadero cambio de paradigma del concepto de administración de justicia laboral, con sentido social y a la vez con identificación, mística y disciplina. A ustedes honorables Jueces del Trabajo, secretarios, abogados relatores, asistentes y alguaciles y en especial a mis ex compañeros de faenas y luchas en la circunscripción judicial del Estado Lara, República Bolivariana de Venezuela.*

Recibido: 28-05-2005 Aceptado: 01-07-2005

Abstract:

Under the denomination **NOTE ABOUT THE CONTENT OF THE WAGE IN THE LIGHT OF VENEZUELAN LEGISLATION** an analytic investigation is presented about the doctrinal development of the wage concept, with a special reference to the legislative treatment that has been given in the Venezuelan legislation from the 1936 Work Law, passing trough its regulation in1973, the Organic Work Law of 1991 and its reform in 1997, in the same way as in the regulation of the Work Law in 1999. And analysis is made about the emolument that conform the wage and those that do not integrate it, whether it is expressly pointed out by a legislator or because it does not gather its own proper characteristics. Finally a test is made about the "atypical efficiency wage" or wages of partial assets, presenting some practical charts that can facilitate the determination of its capacity.

Palabras claves/key words:

i. Salario

ii. Componentes del Salario

iii. Exclusiones Salariales

iV Salario de Eficacia Atípica

Abreviaturas

LOT.	Ley Orgánica del Trabajo
RLOT.	Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo
OIT.	Organización Internacional del Trabajo
TSJ.	Tribunal Supremo de Justicia.
RLT.	Reglamento de la Ley del Trabajo.

I. Nota introductoria.

En los últimos años en Venezuela se han materializado algunas reformas legislativas en materia laboral, tanto en el plano del Derecho Sustantivo, como en el régimen procesal, en las cuales las instituciones de ésta disciplina jurídica han experimentado importantes transformaciones. El salario viene a ser una de las instituciones objeto de transformaciones sustanciales, incorporándose en su contenido algunos emolumentos que antes estaban expresamente excluidos o así se entendía del análisis doctrinal y jurisprudencial. De manera tal que el presente ensayo se circunscribe al estudio analítico del salario y sus componentes así como de las exclusiones salariales. Se delimitan estos comentarios a la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, reformada por el extinto Congreso de la República de Venezuela, hoy República Bolivariana de Venezuela, en el año 1997 y promulgada por el Presidente de la República el 19 de junio del mismo año, publicada en la misma fecha en Gaceta Oficial No.5152, así como también a su Reglamento publicado en el año de 1999.

II. El Salario. Conceptos.

El eminente escritor argentino Guillermo Cabanellas definió salario como: *"… la composición que recibe el obrero o empleado a cambio de ceder al patrono todos sus derechos sobre el trabajo realizado. Comprende la totalidad de los beneficios que el trabajador obtiene por sus servicios u obras, no solo la parte que recibe en metálico o especie, como retribución inmediata y directa de su labor, sino también las indemnizaciones por espera, impedimento o interrupciones del trabajo, aportaciones patronales, por los seguros y bienestar, beneficios a los herederos y conceptos semejantes."* Pérez Botija afirma que el salario es la contraprestación del trabajo, es lo que el trabajador percibe a cambio de su esfuerzo en la actividad profesional. Para la Organización Internacional del Trabajo, en lo adelante OIT, en el Convenio No.95 sobre protección del salario ratificado por Venezuela el 27 de agosto de 1981 y publicado en Gaceta Oficial No.2847, el término salario significa *"la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar, o por servicios que haya*

efectuado o deba efectuar", definición que sirvió de inspiración al relator del vigente artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo al momento de concebir el sentido de salario que hoy se acepta, y se amplía *infra.*

Lupo Hernández Rueda citado por el profesor Fernando Villasmil, apunta: *"Con el nombre de salario denominamos todo tipo de retribución, directa o indirecta, ordinaria, extraordinaria, condicional, complementaria o compensatoria, que el trabajador recibe del patrono en virtud de su contrato de trabajo o por el servicio prestado, o como consecuencia de éste"*.[1]

En la Legislación Venezolana abrogada (Ley del Trabajo de 1936) no se llegó a definir el salario, sino que el artículo 66 se limitó a establecer las reglas para fijar su monto, así se lee: *"El salario se estipulará libremente, pero en ningún caso podrá ser menor al fijado como mínimo de acuerdo con las prescripciones de ésta ley en su artículo 75."* Mas adelante al consagrar el principio de igualdad salarial (art.73 L.T.). Sin embargo, el Reglamento de la Ley del Trabajo promulgado el 31 de diciembre de 1973, sí aventuró un concepto de salario, en tal sentido establecía:

> *"Artículo 106: Se entiende por salario la retribución que con carácter periódico recibe el trabajador por la labor que ejecuta y comprende los pagos que se le hacen por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas permanentes, sobresueldos, retribución de las horas extras, bonificación del trabajo nocturno, comisiones y el equivalente a prestaciones en especie, tales como uso de vivienda, de vehículos y otras que sean necesarias para la ejecución del servicio, o la realización de la labor, y cualquiera cantidad que pueda calificarse como tal de acuerdo con la Ley del Trabajo y el presente Reglamento."*

Aunque la anterior disposición reglamentaria se encuentra hoy abrogada con la derogatoria de la Ley del Trabajo y la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo en el año 1991, reformada en 1997, y más adelante el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo en el año 1999, cobra aún pertinencia su análisis, en el sentido que el reglamentista usó como técnica definitoria la enumeración de los

---

1 VILLASMIL BRICEÑO, Fernando. *Comentario a la Ley Orgánica del Trabajo*. Volumen I. Paredes Editores. Caracas, 1993.

conceptos que forman parte del salario, muchos de los cuales parecieran ser hoy excluidos expresamente y otros tácitamente del lápiz del legislador.

De manera tal, que al desglosar el *ut supra* referido artículo 106 (DEROGADO), encontramos:

1) Sólo se incorpora en el salario las remuneraciones que el trabajador recibe *con carácter periódico*, por descontado entonces, que las remuneraciones o bonificaciones eventuales o esporádicas que el trabajador recibiere puedan pasar a formar parte del salario.

2) El pago de la vivienda o de la habitación del trabajador queda incorporado al salario.

3) Los gastos necesarios para la realización del trabajo, tales como vehículos, viáticos, costo de pasajes por traslado, pasaban a formar parte del salario aunque ellas no representaban ninguna ventaja o provecho económico para el trabajador. Al respecto, el admirado ius laboralista venezolano Rafael Alfonso Guzmán, apuntó:

"La idea de cambio que la noción de salario envuelve según el artículo 73 de la Ley, supone una necesaria transferencia de la propiedad del objeto de las recíprocas prestaciones: o sea, que únicamente las percepciones económicas disponibles por el trabajador, por constituir incrementos patrimoniales trasmitidos por el patrono en cumplimiento de su obligación de dar, como retribución directa del trabajo recibido, deben considerarse legalmente como salario…" [2]

Por fin, la Ley Orgánica del Trabajo sancionada por el extinto Congreso de la República de Venezuela el 27 de noviembre de 1990, promulgada el 20 de diciembre de 1990 y publicada en Gaceta Oficial No.4240 de igual fecha, y en plena en vigencia a partir del 01 de mayo de 1991, definió salario en los siguientes términos:

> *"Artículo 133: Para los efectos legales se entiende por salario la remuneración que corresponde al trabajador por la prestación de sus servicios y comprende tanto lo estipulado por unidad de tiempo, por unidad de obra, por piezas o a destajo, como las*

2 ALFONSO GUZMÁN, Rafael. *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana*. Tomo II. Contemporánea de Ediciones S.R.L. Caracas, 1987.

> *comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobre-sueldos, bono vacacional, así como los recargos legales o convencionales por día feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación o vivienda, si fuere el caso, y cualquier otro ingreso, provecho o ventaja que perciba por causa de su labor…"*

Más adelante, la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo publicada en Gaceta Oficial No.5152 del 19 de junio de 1997, estableció:

> *"Artículo 133: Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera que sea su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de sus servicio y, entre otros comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobre-sueldos, bono vacacional, así como los recargos por día feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación o vivienda…"*

Tal como lo apuntamos en los comentarios a la Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo que publicamos en el año 1997[3], con un criterio más técnico el legislador del 90 redimensiona la definición de salario, manteniéndose en el fondo su definición original, señalándose en esas apuntaciones, que no era cierto que se tratara de una redefinición del salario conceptualizado en 1990, pues en todo caso el legislador lo que aclaró es que resulta indiferente la denominación que escojan los empleadores a una remuneración, a un provecho o a una ventaja, toda vez, que la misma será salario, lo cual así igualmente lo era antes de la reforma de 1997, no obstante, se debe destacar que la anterior definición reproduce el concepto salario acordado en el Convenio No. 95 O.I.T. de 1949, sobre la protección del salario, ratificado por Venezuela el 27 de agosto de 1981, publicado en Gaceta Oficial No. 2.847.

La distinción que incorpora la reforma del 97, entre "… *remuneración, provecho o ventaja…"* equivale según Longa Sosa:

---

3 GARCIA GARCÍA, Antonio y SALGADO RODRÍGUEZ, Domingo Javier. *Comentarios a la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo*. Jurídicas Rincón. Barquisimeto, 1997.

"remuneración, lo cual se entiende como recompensa o premio en general; todo pago de servicios; cantidad concreta a la que asciende esa retribución. Es también un provecho, es decir cualquier beneficio o utilidad; toda ganancia o lucro; finalmente es también ventaja, esto es, sobresueldo, utilidad, provecho."[4]

III. Contenido del Salario conforme la LOT.

Del análisis del artículo 133 de la vigente Ley Orgánica del Trabajo, pudiera en principio desprenderse que en Venezuela el concepto salario abarca de manera amplia toda percepción de carácter económico que emane de la prestación de servicios por parte del trabajador, pues tal como se señaló *supra,* el legislador "aclaró" que en el mismo se comprende cualquier remuneración, provecho o ventaja que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio, siempre que la misma pueda ser valorada en efectivo, por lo tanto, el legislador patrio pareciera que sólo impone dos (2) condiciones:

i) Que la remuneración, provecho o ventaja pueda ser valorada en efectivo, lo cual supone, la posibilidad fáctica de una estimación en dinero del beneficio obtenido por el trabajador, dándose entonces por descontada cualquier pretensión de aspiración salarial de beneficios no remunerativos, tales como: Condecoraciones, prerrogativas por cargo, fueros, entre otros.

ii) Que la remuneración, provecho o ventaja corresponda al trabajador por la prestación de su servicio. De manera tal, que si éste beneficio es obtenido por el trabajador por razones distintas a la prestación de su servicio, como por ejemplo una bonificación por su cumpleaños, o una ventaja u obsequio en honor a alguna fiesta comercial (día de las madres, día del oficio o de profesión en que éste se desempeñe), indistintamente que pueda ser estimada en dinero, carece de la naturaleza salarial a la luz de la legislación en comento.

Nos vemos entonces obligados a profundizar en el anterior

---

4 LONGA SOSA, Jorge Rogers. *Ley Orgánica del Trabajo Comentada*. Volumen I. Jurídicas Santana Editores. San Cristóbal, Venezuela, 1999. En el marco de los derechos individuales de los trabajadores en Venezuela está el derecho a recibir de su patrono una comida balanceada durante su jornada de trabajo, cuando se cumplan ciertas condiciones referidas al salario del beneficiario y al número de trabajadores contratados por el empleador.

enfoque, ello por cuanto la concepción de salario asumida por la Ley Orgánica del Trabajo retoma la superada noción contractualista de salario como contraprestación económica del patrono *"… por la adquisición del resultado de la prestación profesional del servicio realizada por el trabajador"* (Bayón Chacón). Se deja entonces fuera del concepto salarial toda remuneración que sea pagada con ocasión del trabajo, salvo las referentes a días de descanso y feriados.

La *ut supra* referida teoría ha sido igualmente asumida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela al intentar explicar su tesis sobre el no-carácter salarial de los subsidios y facilidades que otorgue el patrono al trabajador para la obtención de bienes y servicios a un menor precio del corriente en el mercado, en sentencia de fecha 02 de octubre del 2003, caso Gustavo Toro Ardí Vs. Banco Hipotecario Consolidado, en la cual apuntó:

> "… Sin embargo, los subsidios son asignaciones que otorga el patrono, dentro del ámbito del contrato de trabajo, y que poseen un esencial carácter de ayuda, *otorgados no por la prestación del servicio sino por la existencia del contrato de trabajo*…" (Cursivas nuestras).

iii) Habiendo quedado establecido en líneas anteriores, que será salario cualquier remuneración, provecho o ventaja que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio, siempre que la misma pueda ser valorada en efectivo, solo con carácter meramente enunciativo el artículo 133 LOT cita algunos conceptos, beneficios o denominaciones, así se lee: "*entre otros comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobre-sueldos, bono vacacional, así como los recargos por día feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación o vivienda…";* de esto, sólo amerita comentario los dos últimos conceptos citados, es decir, la alimentación y la vivienda. En cuanto a la alimentación, esta constituye hoy una obligación conforme a lo pautado en la Ley de Alimentación para los Trabajadores promulgada el 27 de diciembre del 2004 y publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No.38.094, de igual fecha, para aquellos patronos que ocupen más de veinte (20) trabajadores, pero en todo caso la misma ley especial que regula la obligación alimentaria excluye el carácter salarial del beneficio, así se lee en el artículo 5º lo siguiente:

"Artículo 5. El beneficio contemplado en esta Ley no

> *será considerado como salario de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo, salvo que las convenciones colectivas, acuerdos colectivos o contratos individuales de trabajo se estipule lo contrario."*

Aunado a que la misma Ley Orgánica del Trabajo en el numeral 1º del parágrafo tercero del artículo 133, excluye el carácter salarial del servicio de comedores, provisión de comidas y alimentos. Sobre estos se ampliará infra.

Y en cuanto a la vivienda, estimamos en principio, que igualmente no puede ser considerada de manera objetiva parte integrante del salario, pues en algunos casos la misma representa un reintegro al gasto necesario para el desempeño o ejecución de las labores, lo cual aunque expresamente no se encuentra excluido en la norma in comento, el mismo carece de las esenciales características de salario y por lo tanto éstos (los reintegros) no pueden ser estimados como salario. Nos referimos entonces al típico caso del trabajador que es trasladado temporalmente a otra ciudad distinta de su domicilio, y que su patrono reintegra al mismo los cánones de arrendamientos, o le suministra temporalmente una vivienda para su uso, en tales casos, consideramos que los mismos no pueden ser considerados salarios por carecer del elemento de la disponibilidad y por no constituir ello un incremento al patrimonio del trabajador.

Distinto es si el trabajador recibe un bono fijo u ocasional para cubrir gastos de vivienda, el cual no deba reportar, pues en este caso si estamos en presencia de un componente salarial, tal como de manera acertada lo estableciera la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 02 de noviembre del 2000, con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, en caso Aurelio Correa vs. Petroquímica de Venezuela S.A. (PEQUIVEN), en la cual apuntó:

> *"... Ahora bien, todo lo que perciba el trabajador de manera habitual con motivo de los servicios prestados, en su respectiva jornada personal, no sujeto a una calificación especial prevista en la Ley que permita afirmar lo contrario, debe entenderse que corresponde a retribución de su trabajo ordinario, y en tal sentido, formará parte tanto de su salario integral como de su salario normal. En este orden de ideas, se observa que el referido bono por*

> *compensación del alto costo de los servicios públicos, ni al bono para cubrir el alquiler de la vivienda, les corresponde alguna calificación particular que permita asignarles un origen distinto al de retribución por el trabajo ordinario…"*

iv) De manera expresa el parágrafo primero del artículo 133 LOT le otorga carácter salarial a "… *los subsidios o facilidades que el patrono otorgue al trabajador para la obtención de bienes y servicios que permitan mejorar la calidad de vida y la de su familia";* esta incorporación elimina la exclusión expresa que antes de la reforma legislativa del 97 se establecía en el literal "b" del parágrafo único del para entonces artículo 133 LOT, y que sirvió de fundamento legal para una perversa práctica patronal de disfrazar gran parte del ingreso real del trabajador, decayéndose en una suerte de una "*remuneración desalarizada*", que aportó un ingrediente importante en el colapso del modelo jurídico laboral vigente hasta el año de 1997, por lo que sin ánimo de plantear bondades o perversiones, si fueren el caso, del modelo jurídico laboral actual. Se cree pertinente recordar parte de los acontecimientos que dieron nacimiento a la redacción del artículo 133 LOT (artículo 4 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo), en los términos establecidos.

Así, arropados por la expresa exclusión que hacía el legislador en el mencionado literal "b" del parágrafo único del artículo 133 antes de la reforma de LOT, una parte importante de los trabajadores del país recibían el mayor porcentaje de sus ingresos a través de las denominadas Cesta Ticket, Bono Restaurante, Ticket para adquisición de ropas y otros similares, que el trabajador obtenía a cambio de un pago irrisorio al patrono; se conoció de casos en los cuales un ticket que podía ser canjeado en el mercado por productos de cualquier tipo (ropa, comida, calzado, útiles escolares e incluso hasta bebidas alcohólicas), por un valor real de hasta Treinta Mil Bolívares (Bs.30.000,oo) era entregado al trabajador a cambio de irrisorias cantidades quinientos (Bs.500) o Un Mil Bolívares (Bs.1.000,oo), lo que sin duda alguna era una burda apariencia que pretendía disfrazar el carácter salarial de la remuneración del trabajador a través del supuesto subsidio patronal de la diferencia.

Como si fuera poco, el Ejecutivo Nacional coadyuvó al *"disfraz"* cuando a través de los Decretos Presidenciales Nos. 274 del 29/06/1994, 617 del 11/04/1995, 1054 y 1055 del 07/02/1996, 1240 del 06/03/1996 y 1824 del 30/04/1997, se efectuaron verdaderos aumentos

salariales, pero de manera expresa les fue excluido su carácter como tal, enmascarados en supuestos subsidios o facilidades, pretendiéndose indebidamente subsumir dentro del supuestos establecido de literal "b" del parágrafo único del artículo 133 antes de la reforma de LOT, y con ello aumentar el ingreso del trabajador sin soportar la carga del impacto salarial. Todo lo anterior decayó como acertadamente lo apuntara Hernández Álvarez *"… en una tendencia hacia la desalarización o bonificación del ingreso del trabajador, que llegó a su máxima expresión al momento de la aprobación del denominado ""bono puente"" (Decreto 1824 del 30/04/97), que determinó que de los setenta y cinco mil Bolívares (Bs.75.000,oo) que constituía el ingreso mínimo del trabajador venezolano, sólo quince mil bolívares (en algunos casos once mil bolívares) tenían carácter salarial."*[5]

Así, después de múltiples reuniones el Ejecutivo Nacional en representación del Estado Venezolano, la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV), la Confederación de Sindicatos Autónomos (CODESA) y la Confederación General de Trabajadores (CGT), acompañados de un panel de destacados profesionales como asesores técnicos, en representación de los trabajadores; y por la parte patronal la Federación de Cámaras de Industrias y Comercio (FEDECAMARAS), el Consejo Nacional de los Comercios y Servicios (CONSECOMERCIO), la Confederación Venezolana de Industrias (CONINDUSTRIAS), la Federación de Agricultores (FEDEAGRO) y la Federación de Artesanos, Pequeñas y Medianas Industrias de Venezuela (FEDEINDUSTRIAS), reunidos en el Palacio de Miraflores en la ciudad de Caracas en fecha 17 de marzo de 1997, se suscribió el **"Acuerdo Tripartito Sobre Seguridad Social Integral y Política Salarial"**, el cual sirvió de base para la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, en este, *"… convencidos, de la impostergable necesidad de avanzar hacia la constitución de un sistema de seguridad social integral que garantice protección a los ciudadanos y erradique las practicas que condujeron al colapso del modelo vigente…"*, se estableció la necesidad de efectuar ajustes en la política salarial, en tal sentido, se acuerda la salarización de las bonificaciones recibidas por los trabajadores del sector público y del sector privado, señalándose: *"… Las normas de la Ley Orgánica del Trabajo que*

---

5 BERNARDONI (LUZ), BUSTAMANTE (UCV), CARVALLO (UCAB), DIAZ (LUZ), GOIZUETA (UC), HERNANDEZ (UCLA), ISTURRASPE (UCV), JAIME (UCAT), RODRIGUEZ (UC), VILLASMIL (UCAB), ZULETA (LUZ). *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*. Barquisimeto, Venezuela, 1999.

han dado lugar a la descentralización de la remuneración, entre otras los artículos 133, 138, y 146, se reformarán con el propósito de consolidar el carácter salarial de todas las remuneraciones del trabajador." (Cursivas Nuestras).

Mas adelante, la "Exposición de Motivos" de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo publicada en 1997, señaló: *"… se suprimen las remuneraciones no salariales que precarizaron aquel instituto…"*; Por lo tanto, somos enfáticos en considerar que la redacción del artículo 133 referente a incorporación salarial de los subsidios o facilidades que el patrono otorgue al trabajador con el propósito de que éste obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar la calidad de vida, no es producto de un error técnico o material, sino que obedeció a la impretermitible necesidad de "recomponer" el salario, y con ello erradicar el "abuso de interpretación" que llevó a los excesos antes comentados.

No obstante a lo anterior, tal como se señalara "supra" un respetado criterio del máximo Tribunal de Justicia, consideró la existencia de una "antinomia" o contradicción en la misma norma, así apunta:

> *"… Sin embargo los subsidios son asignaciones que otorga el patrono, dentro del ámbito del contrato de trabajo, y que poseen un esencial carácter de ayuda, otorgados no por la prestación del servicio sino por la existencia del contrato de trabajo.*
> *Sobre el particular estima la Sala particular relevancia, a los fines de esclarecer el sentido y alcance del artículo 133, Parágrafo Primero, de la Ley Orgánica del Trabajo vigente del cual no sólo depende el carácter salarial o no de los ticket sino de todas las asignaciones las asignaciones no salariales, analizarla cuidadosamente tomando en consideración la definición de salario contenida en la primera parte del artículo 133 ejusdem, según la cual ""… se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio…"*
> *Al confrontar ambos preceptos se evidencia que entre ellos hay una antinomia, toda vez si los subsidios son una ayuda de carácter familiar que complementa el salario, no pueden, a la vez ser*

> *salario, de donde se infiere que el Parágrafo Primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, debe ser interpretado en el sentido de que los subsidios o facilidades que el patrono otorga al trabajador con la finalidad de obtener bienes y servicios para mejorar su vida y la de su familia no son salario, pues sería ilógico y jurídicamente imposible que los subsidios y facilidades referidos sean, al mismo tiempo, salario y complemento del salario…"* [6]

El anterior criterio fue ratificado por el máximo Tribunal de Justicia en Venezuela, ahora en fecha 02 de octubre del 2003, en sentencia No.631 y nuevamente con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, pero además se agrega: *"… los subsidios son una ayuda de carácter familiar que complementan el salario y constituye una liberalidad del patrono, pues su otorgamiento no está consagrado como obligatorio en la legislación…"*

Tesis de la exclusión igualmente compartida por el ilustre tratadista venezolano Mille Mille, al señalar:

> «En beneficio del sector patronal, compartimos la tesis de que los subsidios y facilidades, cualquiera sea la forma de concederlos, incluyendo dinero en efectivo, no deben tenerse como salario y mucho menos como elementos a promediar para el cálculo y pago de las horas extraordinarias , bono nocturno, vacaciones, utilidades y prestación de antigüedad, entre otros, pues a nuestro modo de ver no forman parte de los elementos remunerativos de servicios prestados: es decir, no se otorgan como contraprestación económica o retribución de la actividad laboral a la que se encuentra obligado el trabajador, si bien constituyen en realidad material y humana, provechos o ventajas; pues en definitiva son una consecuencia directa y exclusivamente relacionada con la existencia de la relación laboral y no con la prestación de los servicios; no remuneran la actividad laboral…»[7]

---

6 SALA DE CASACION SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, *Sentencia 489 del 30 de julio del 2003*, ponencia del Magistrado JUAN RAFAEL PERDOMO.

7 MILLE MILLE, Gerardo. *Temas Laborales Volumen XVIII Doctrina y Jurisprudencia Laboral*. Comentario a Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia. Paredes Editores. Caracas, Venezuela, 2004.

Finalmente para concluir el análisis de los conceptos que integran en salario conforme a lo preceptuado en la legislación venezolana, debemos referirnos al "valor del derecho de percibir propinas". En efecto, el artículo 134 de la Ley Orgánica del Trabajo incluye dentro del salario otro concepto, así se lee:

> *"Artículo 134: En los locales en que se acostumbre cobrar al cliente por el servicio un porcentaje sobre el consumo, tal recargo se computará en el salario, en la proporción que corresponda a cada trabajador de acuerdo con lo pactado, la costumbre o el uso. Si el trabajador recibiera propinas de acuerdo con la costumbre o el uso local, se considera formando parte del salario un valor que para él representa el derecho a percibirlas, el cual se estimará por convención colectiva o por acuerdo entre las partes. En caso de desacuerdo entre el patrono y el trabajador la estimación se hará por decisión judicial. PARAGRAFO UNICO: El valor que para el representa el derecho a percibir la propina se determinará considerando la calidad del servicio, el nivel profesional y la productividad del trabajador, la categoría del local y demás elementos derivados de la costumbre y el uso."*

Se plantean dos supuestos: a) El recargo de un porcentaje en el consumo por el servicio prestado, el cual supone que éste es repartido entre los trabajadores que participan del servicio en proporciones iguales o en la proporción que ellos pacten; y, b) El valor que representa para cada trabajador el derecho a recibir propinas *(propinas voluntarias)*, cuando se trate de establecimiento o locales en donde por el uso o la costumbre el trabajador reciba éstas de los clientes.

En el primero de los casos, no se plantean mayores dificultades, pues el recargo del porcentaje es perfectamente controlable a través de la facturación obligatoria que de acuerdo a reglas contables y tributarias, debe efectuar el patrono; constituye entonces una parte del costo del servicio o consumo, "no existe en este caso relación entre cliente y el trabajador…" "(…) simplemente se reduce a una relación bilateral entre el patrono y el consumidor, éste último está obligado a pagar el porcentaje que se le incluye junto con el precio

final"[8]; quedando claro, que el porcentaje que corresponda a cada trabajador queda completamente integrado al salario del trabajador, formando incluso parte integrante del denominado "salario normal", pues lo percibido por el porcentaje, que no siempre es coincidente el monto, es una percepción regular y permanente. A manera de ejemplo, la costumbre nos presenta como principales patronos afectos a esta disposición a los Restaurantes, Bares, Cafés o similares.

El otro caso se presenta con los trabajadores que realizan labores en donde por el uso o la costumbre reciben regularmente propinas, como lo serían los mesoneros, botones de hoteles, camareras en los hoteles, bármanes, en estos casos, no es la propina la integrante del salario, sino el valor que representa para cada trabajador el derecho a percibirlas, tomando en consideración la calidad del servicio corporativo e individual, el nivel profesional del trabajador, la productividad del trabajador, la categoría del local, entre otros. A los fines de evitar desavenencias, los patronos acostumbran a incluir el convenio sobre el valor que representa el derecho a recibir propinas en el contrato individual de trabajo, el cual supone una negociación independiente con cada trabajador, sin que ello violente el principio de proporcionalidad e igualdad salarial (a igual trabajo, igual salario), toda vez, que la misma disposición a personalizado la fijación del valor del beneficio.

IV. Exclusiones Salariales.

Antes del análisis de las exclusiones salariales tipificadas en la legislación venezolana, resultaría oportuno revisar las características propias del salario, ello facilitará la comprensión sobre la inclusión o bien la exclusión salarial sobre determinado beneficio recibido por el trabajador.

Así sin mayor abundamiento tenemos que el salario debe tener *disponibilidad patrimonial* del trabajador, es decir, supone la adquisición de la propiedad plena por parte del trabajador de las cantidades recibidas, las cuales puede hacer uso de ellas sin limitación alguna frente al patrono y sin rendir cuentas sobre su destino, ello representa entonces un incremento del contenido patrimonial del

8 LONGA SOSA, Jorge Rogers. *Ley Orgánica del Trabajo Comentada*. Volumen I. Jurídicas Santana Editores. San Cristóbal, Venezuela, 1999.

trabajador y de su familia. Este elemento fue recogido por el reglamentista[9] al señalar en el artículo 72 RLOT lo siguiente: *"No revisten carácter salarial aquellas percepciones o suministros que: a) No ingresen, efectivamente, al patrimonio del trabajador; b) No fueren libremente disponible…"*; otra característica que se desprende precisamente del sentido contractualista del salario, está relacionada con la *causalidad del salario*, también entendida como la *conmutabilidad del salario,* es decir, el mismo tiene relación intima y estrecha con la labor que se ejecuta, en una especie de causa y efecto, otros lo denominan "el carácter bilateral del salario"; una tercera característica la constituye la *proporcionalidad del salario,* la cual encuentra su sentido en la razón social del mismo, por ello las cantidades recibidas por el trabajador por salario deben guardar relación y coherencia con la magnitud de la labor prestada, el nivel de responsabilidad, la preparación intelectual o técnica que se requiera para ejecutarlo, entre otros elementos. Al respecto debemos confesar que el legislador venezolano se ha mostrado tímido al regular la proporcionalidad, sin embargo, encontramos algunas disposiciones constitucionales y legales en donde se observa la necesidad de resguardar tal característica, así, por ejemplo el artículo 91 constitucional establece:

> *Artículo 91: Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley…"*

De igual manera los artículos 130, 135, 137 y 138 de la Ley Orgánica del Trabajo disponen:

> *"Artículo 130. Para fijar el importe del salario en cada clase de trabajo, se tendrá en cuenta la cantidad y calidad de servicio, así como la necesidad de permitir*

9 REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO (1999). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.*** N° 5.292 (Extraordinario)

> *al trabajador y a su familia una existencia humana y digna"*
> *"Artículo 135: A Trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual. A estos fines se tendrá presente la capacidad del trabajador con relación a la clase de trabajo que ejecuta."*
> *"Artículo 137: Los aumentos de productividad en una empresa y la mejora de la producción causarán una mas alta remuneración para los trabajadores.*
> *A estos fines, la empresa y sus trabajadores acordarán, en relación a los procesos de producción en un departamento, sección o puesto de trabajo, planes y programas orientados a mejorar tanto la calidad del producto como la productividad y en ellos considerarán los incentivos para los participantes, según su contribución."*
> *"Artículo 138. El salario debe ser suficiente para el sustento del trabajador y de su familia, los aumento y ajuste que se le hagan serán preferentemente objeto de acuerdo…"*

La característica anterior tiene estrecha relación con los principios de libre estipulación, de suficiencia y de igualdad. Otra de característica la constituye la *seguridad y certeza del salario*, es decir, el trabajador una vez realizado el trabajo e incluso antes de iniciarse el mismo, sabe cuanto percibirá por salario, el momento, lugar y forma de su pago. Igualmente la legislación venezolana en cuanto a esta característica a normado en los artículos 147 al 152 de la Ley Orgánica del Trabajo, planteándose la obligatoriedad de efectuarse el pago en efectivo y por excepción previamente convenida entre las partes, podrá hacerse en cheque ó a través de una entidad bancaria, siendo común la utilización del denominado método de las "cuentas nóminas", se prohíbe el pago en especie, vales, fichas, salvo la vivienda, la comida y hoy las denominadas cestas ticket; se establece el pago personalísimo, es decir, debe ser pagado directamente al trabajador o persona autorizados por éste, salvo orden judicial o administrativa que autorice al cónyuge o concubino (a) a cobrar hasta el cincuenta por ciento (50%) del salario del trabajador para cubrir obligaciones alimentarias de la familia; se establece el lapso o intermitencia para el pago salario, el cual no podrá exceder de quince días o de un mes cuando se le otorguen al trabajador alimentación y vivienda; y finalmente se establece que el salario debe ser pagado en el sitio de

trabajo. Finalmente en cuanto a las características quedan excluidas los elementos de periocidad y permanencia, lo cual sólo será indispensable a los efectos de la determinación del denominado "salario normal".

Ahora bien, la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de manera poco feliz redactó las excepciones en los términos siguientes:

> *"Parágrafo Tercero: Se entienden como beneficios sociales de carácter no remunerativos los siguientes:*
> *1.- Los servicios de comedores, provisión de comidas y alimentos y de guarderías infantiles.*
> *2.- Los reintegros de gastos médicos, farmacéuticos y odontológicos.*
> *3.- Las provisiones de ropa de trabajo.*
> *4.- Las provisiones de útiles escolares y de juguetes.*
> *5. El otorgamiento de becas o pago de curso de capacitación o de especialización.*
> *6.- El pago de gastos funerarios.*
> *Los beneficios sociales no serán considerados como salario, salvo que en las convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo, se hubiere estipulado lo contrario…"*

Antes de analizar cada uno de los supuestos antes referidos, cabría preguntarse el ¿por qué de ésa la redacción en el encabezado del artículo? -*"se entienden como beneficios sociales de carácter no remunerativos"*-, cuando hubiese resultado mucho mas cómodo referirse "no se consideran salario", tal como lo planteaba el artículo *"in comento"* antes de su reforma en el año 1997. De manera tal, que a los fines de disipar cualquier duda al momento de aplicar la hermenéutica jurídica que nos ordena el artículo 4º del Código Civil, acudimos al significado exacto de las palabras, y en consecuencia, de acuerdo a la Real Academia de la Lengua española, el término remunerativo significa: *"Que remunera o produce, recompensa o provecho"* y por *"remunerar"* se entiende *"recompensar, premiar, galardonar, retribuir, pagar un servicio…"*[10] Por lo tanto, que los conceptos a excluir al no ser remuneración y como consecuencia de ello tampoco son "provecho", sólo pueden ser ubicados dentro de las

---

10 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, España, 1992.

denominadas “ventajas”, resultando poco convincente pretender que un beneficio o una ventaja por no ser remunerativo no sea salario, mas aún cuando en el encabezado del artículo 133 de la LOT se incluyen dentro del concepto salario a toda remuneración, provecho o ventaja, por lo tanto, aunque pudiera creerse que se trata de una simple exquisitez terminológica, resultaba mas correcta la expresión abrogada, es decir, aquellas que para excluir los conceptos salariales utilizaba: *“no se consideran salario”.*

Sin mayores profundidades el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo desarrolla el parágrafo legislativo, estableciendo los requisitos que deben reunir las excepciones salariales para encontrarse subsumidas en el supuesto en referencia, así expresa:

> *“Artículo 73: Los beneficios sociales no remunerativos previstos en el Parágrafo Tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo:*
> *a) Revisten carácter excepcional.*
> *b) Deberán guardar proporción o adecuación con las necesidades que se pretenden satisfacer.*
> *c) Deberán aprovechar al trabajador, su cónyuge o concubino, o a sus familiares; y*
> *d) No revisten carácter salarial cualquiera fuere la modalidad de cumplimiento y fuente de la obligación, salvo que se hubiere pactado lo contrario en convenciones colectivas o contratos individuales de trabajo. Por tanto, los beneficios derivados del servido de comedores organizados y financiados total o parcialmente por el empleador, así como de la provisión o suministro de alimentos a través de comisariatos, abastos o de la entrega al trabajador de cestas de productos alimenticios, no revisten carácter salarial de conformidad con lo previsto en el numeral 1) del Parágrafo Tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.”*

Así pasamos a delimitar cada uno de los supuestos legislativos de exclusión:

i) En cuanto a la *“…los servicios de comedores, provisión de comidas y alimentos”*, se refiere a la prestación directa de comidas al trabajador, bien dentro de la misma empresa, suministrado directamente por ella o con proveedores externos, o fuera de ellas mediante el servicio de comedores compartidos o a través de cualquier

restaurante. Al respecto podrían presentarse dos supuestos, el primero que se trate del cumplimiento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores promulgada el 27 de diciembre del 2004 y publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No.38.094, de igual fecha, por tratarse de trabajadores acreedores del beneficio que esa Ley señala, en cuyo caso, tal como lo señalamos "supra" por disposición de la misma ley en su artículo 5º este beneficio o ventaja no será salario, y el segundo supuesto, trata del otorgamiento o provisión de comidas para trabajadores no afectos al beneficio de la Ley de Alimentación para los Trabajadores, bien porque se trate de trabajadores que exceden el límite o tope salarial (tres salarios mínimos), o porque la empresa ocupe menos de veinte (20) trabajadores, en cuyo caso esta ventaja o beneficio tampoco tendrá carácter salarial por disposición del parágrafo que se analiza.

Mas adelante el mismo numeral excluye el beneficio de guarderías infantiles, el cual constituye para los patronos con más de veinte (20) trabajadores una obligación, ello de conformidad a lo establecido en el artículo 391 de la Ley Orgánica del Trabajo en concordancia con el artículo 126 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

ii) Los reintegros de gastos médicos, farmacéuticos y odontológicos, los cuales aunque no constituyen obligación alguna para los empleadores, salvo que se trate de enfermedades ocupacionales o accidentes de trabajo, obedecen por lo general al resultado de acuerdos colectivos o de beneficios o ventajas acordadas en el contrato individual del trabajo, a ellos se les ha excluido su carácter salarial. Nótese que se tratan de REINTEGROS, ello supone que el trabajador necesariamente realice el pago del servicio médico u odontológico y de la medicina, y posteriormente acuda al patrono a fin de que éste le reembolse lo gastado. Por lo tanto, no es de dudar del carácter salarial de cualquier bonificación o asignación fija, regular u ocasional que se le pague al trabajador para cubrir eventualidades de gastos de salud, pues se estaría pretendiendo esconder una ventaja salarial con la exclusión del reintegro referida en la norma *in comento*.

Los reintegros carecen de la características de disponibilidad, no aumentan el patrimonio del trabajador, en todo caso evitan la disminución del mismo, por ello aunque el legislador no lo estableciera los mismos no pueden ser considerados salarios.

iii) Las provisiones de ropas de trabajo. Esta percepción no debe ser considerada salario, no tan sólo por su expresa exclusión, sino porque la misma no es mas que el desarrollo de las normas que fomentan la protección del higiene y seguridad en el trabajo, además de carecer de la características de disponibilidad y de no aumentar el patrimonio del trabajador. Lo anterior nos permite extender como parte de ésta exclusión los demás equipos para la protección de la seguridad e higiene industrial, tales como mascarillas, protectores auditivos, lentes protectores, botas, cascos, guantes, etc., tal como lo plantea el RLOT cuando en el literal "d" del artículo 72 señala: *"No revisten carácter salarial aquellas o suministros: (…) d) Proporcionaren al trabajador medios, elementos o facilidades para la ejecución de su labor, tales como herramientas, uniformes, implementos de seguridad…"*

iv) Las provisiones de útiles escolares y de juguetes, las cuales tampoco representan una obligación legal, pero constituyen un beneficio comúnmente acordado por los trabajadores y patronos en las Convenciones Colectivas o bien otorgados unilateralmente por el patrono. Algunos autores como el profesor Arria Salas, justifican el carácter no salarial de éste beneficio en la carencia *"…de todo parentesco con la relación de causalidad que debe existir esencialmente entre la prestación de servicios, como hecho objetivo, y la remuneración que ella genera."*[11]

v) El otorgamiento de becas o pagos de cursos de capacitación o de especialización. Dentro de ésta expresa exclusión se comprenden tanto los cursos resultantes de la obligación patronal referida en el artículo 245 de la Ley Orgánica del Trabajo, como de aquellas que el patrono otorgue voluntariamente o bien acordadas por la convención colectiva o por los acuerdos colectivos celebrados con coaliciones de trabajadores.

vi) El pago de gastos funerarios, que similar como algunos otros señalados "supra" no significan una obligación patronal, no obstante en caso de otorgarse convencionalmente o de manera unilateral los mismos se encuentran excluido del salario, a menos que las partes dispongan lo contrario.

---

11 ARRIA SALAS, Alberto. *Análisis de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo*. Cela Editora C.A. Caracas, Venezuela, 1997.

vii) Finalmente ratifica la disposición que se analiza, que los beneficios sociales NO SE CONSIDERAN SALARIO, salvo pacto en contrario, el cual está referido entre otros a: planes recreativos concedidos por el patrono a sus trabajadores (clubes, paseos, convenciones), planes de asistencia médica, fiestas de fin de año o de aniversario, primas por nacimiento de hijos o por matrimonios, pago total de primas de seguros (H.C.M.), etc.

Analizado lo anterior, nos preguntamos ¿Qué pasó con las exclusiones anteriores?, ¿son o no salario? Al respecto opinamos: El artículo 133 LOT reformado en 1997 establecía en su parágrafo único lo siguiente:

> "No se considerarán formando parte del salario:
> a) Las gratificaciones no relacionadas directamente con la prestación de trabajo, que por motivos especiales conceda voluntariamente el patrono al trabajador.
>
> b) Los subsidios o facilidades que establezca el patrono para permitir al trabajador la obtención de bienes y servicios esenciales a un menor precio del corriente.
>
> c) Los aportes del patrono para el ahorro del trabajador en cajas de ahorro, en otras instituciones semejantes o mediante planes acordados para tal fin, salvo que el patrono y el trabajador acuerden tomar en cuenta dicho aporte en el salario de base para el cálculo de lo que corresponda al trabajador a consecuencia de la terminación de la relación de trabajo; y
>
> d) El reintegro al trabajador de los gastos que haya hecho en el desempeño de sus labores."

1.- Con respecto a *"las gratificaciones no relacionadas directamente con la prestación de trabajo"*, constituyen liberalidades que el patrono puede voluntariamente otorgar en cualquier momento al trabajador, sin estar obligado ni legal, ni convencionalmente a ello, por lo tanto no guardan relación de causalidad alguna con el servicio prestado por el trabajador, en consecuencia, aun cuando no se les haya excluido expresamente por el legislador en el año 1997, NO SON SALARIO, simplemente porque no encuadran dentro de las características del mismo, dependen exclusivamente de la voluntad

de quien las otorga.

Al parecer fue el criterio que entendió el reglamentista cuando en el literal "e" del artículo 72 señala: *"No revisten carácter salarial aquellas o suministros: (…) e) Constituyan gratificaciones voluntarias o graciosas originadas en motivos diferentes de la relación de trabajo."*

2.- Con respecto a *"los subsidios o facilidades que establezca el patrono para permitir al trabajador la obtención de bienes y servicios esenciales a un menor precio del corriente"*, ya hemos señalado "supra" que después de la reforma quedó acentuado de manera expresa su integración al salario.

3.- En cuanto a *"los aportes del patrono para el ahorro del trabajador en cajas de ahorro, en otras instituciones semejantes o mediante planes acordados para tal fin"*, el legislador mantuvo la exclusión en el artículo 671 LOT, así se lee:

> *"Los comisariatos o casas de abastos, aportes patronales para el fomento del ahorro de los trabajadores, servicio de salud o educación, comedores, previstos en Convenciones Colectivas de trabajo, no serán estimados como integrantes del salario para el cálculo de prestaciones, beneficios o indemnizaciones que deriven de la relación de trabajo, salvo que en aquellas se hubiere estipulado lo contrario"*

Se establecen entonces cinco (5) supuestos, algunos coincidentes con los establecidos en el parágrafo tercero del artículo 133 de la LOT, y otros que al imperio de la legislación anterior no eran considerados salarios, como el caso de los comisariatos y casas de abastos y los aportes patronales para el fomento del ahorro del trabajador.

Ambos encuadraban dentro de los supuestos tipificados en los literales "b" y "c" del parágrafo único del artículo 133 de la LOT reformado. Los comisariatos o casa de abastos encuadraban dentro del supuesto referido a los subsidios o facilidades que establezca el patrono para permitir al trabajador la obtención de bienes y servicios esenciales a un menor precio del corriente en el mercado, pues lógico

es suponer que en estos comisariatos existe una especie de subsidio patronal a los productos allí expendidos. Por lo que de no existir la norma en comento (artículo 671 LOT), pudiera sin dudas concluirse que los mismos ahora si forman parte del salario, ello por la afirmación de incorporación que hace el legislador de los subsidios y facilidades, aunque contraria sea la respetable opinión de nuestro Supremo Tribunal.

Y en lo referente a los aportes patronales para el fomento del ahorro del trabajador, encuadraban dentro del literal "c" del reformado artículo que se analiza. Ahora bien, a la luz de la vigente legislación (671 LOT) los comisariatos, abastos y los aportes patronales al ahorro del trabajador no dejan de ser considerados salarios, ellos son salarios a la luz del artículo 133 LOT y del Convenio 98 OIT, lo que hace la norma en comento es reprimir su carácter salarial a los efectos de la integración del salario base para el cálculo de las prestaciones, beneficios o indemnizaciones que deriven de la relación de trabajo. Sin embargo, la represión del carácter salarial que hace el 671 LOT está sólo referido a los beneficios contenidos en las Convenciones Colectivas de Trabajo, y al formar parte de las denominadas "Disposiciones Transitorias", enunciadas así por el artículo 12 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo, debe entenderse que está referida sólo a las Convenciones Colectivas depositadas antes del 19 de junio de 1997 y las posteriores que antes de ésta fecha ya contemplarán el beneficio. Por descontada la exclusión salarial, cuando los comisariatos, casas de abasto y/o fondos de ahorros se acordaren con posterioridad a la referida fecha, o por acuerdos distintos a la convención colectiva, pues en tales casos, estos deben ser tomados en consideración con todo su carácter salarial, y por ende formando parte del salario base para el cálculo de prestaciones, beneficios e indemnizaciones que surjan con ocasión a la relación de trabajo o por la terminación de la misma.

4.- Y finalmente, en cuanto al *"reintegro al trabajador de los gastos que haya hecho en el desempeño de sus labores",* estos aunque no fueron expresamente excluidos de las denominaciones salariales, por descontado que pueda pretenderse tal carácter, pues el "reintegro" no constituye una remuneración o enriquecimiento para el trabajador, ni un provecho o ventaja, significa sólo restituir una mermada, es decir, rembolsar o devolver al trabajador gastos que a el no le corresponden, sino por el contrario le pertenecen al patrono, como dueño o beneficiario de la obra o servicio. Tal como lo señala el

RLOT en el literal "c" del artículo 72, el cual se lee: *"No revisten carácter salarial aquellas o suministros: (…) c) Estuvieren destinadas a reintegrar los gastos en que hubiere incurrido el trabajador con ocasión de la prestación de sus servicios y cuyo coste deba ser asumido por el patrono."*

Similar criterio asumió el Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela cuando en sentencia de fecha 24 de octubre del 2001 y ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, sostuvo:

> *"… Así mismo, es criterio del sentenciador de la última instancia, que los beneficios de los cuales gozan los empleados para facilitar el cumplimiento de las funciones de trabajo, encuadran en los supuestos de la norma antes mencionada y, en consecuencia, tienen carácter salarial; en el caso concreto, a partir de los alegatos del actor y del análisis de las declaraciones de los testigos, estableció en cuanto al uso dado por el trabajador al vehículo para la movilización dentro de las instalaciones de la empresa a los fines del normal y buen cumplimiento de sus labores, que éste se traduce en un beneficio directo y por lo tanto susceptible de ser considerado salario.*
>
> *Ahora bien, esta interpretación dada al artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo en cuanto a que los beneficios, ventajas o provechos obtenidos por el trabajador al estar destinados para la realización de su labor, forman parte del salario, resulta errada a la luz de los actuales criterios doctrinales y jurisprudenciales, ya que debe considerarse al salario como un medio remunerativo del trabajo; como una contraprestación al trabajo subordinado y, en consecuencia, no todas las cantidades, beneficios y conceptos que un patrono pague a un empleado durante la relación de trabajo, tendrá naturaleza salarial.*
>
> *Resulta oportuno reiterar el concepto de salario, del cual el legislador hizo un revisión a partir de la reforma de los artículos 133, 134, 138 y 146 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, recogido por esta Sala en la decisión de fecha 10 de mayo de 2000 (caso Luís Rafael Scharbay Rodríguez contra Gaseosas Orientales, S.A.), al siguiente tenor:*

"Salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Continúa expresando la referida decisión, lo siguiente:

Con esta revisión el legislador patrio rectifica la falta de técnica en la cual incurrió en 1990, pues confundía a ciertas modalidades para el cálculo del salario (unidad de tiempo, unidad de obra, por pieza o a destajo) con percepciones de eminente naturaleza salarial, y además elimina la frase "para los efectos legales" contenidos en la versión modificada, definiendo así el concepto de salario para todos los efectos. Asimismo, cuando la reforma considera salario a toda remuneración, provecho o ventaja, cualquiera que sea su método de cálculo, ***siempre que pueda evaluarse en efectivo y que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio*** *y establece además que los subsidios o facilidades de iniciativa patronal para* ***la obtención de bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia****, también constituyen salario, concibe a éste en términos amplísimos (con las únicas exclusiones previstas en la norma en su parágrafo tercero) y aplica el principio de la primacía de la realidad cuando identifica como tal,* ***a toda remuneración provecho o ventaja percibida por la prestación del servicio****, independientemente de la denominación que las partes puedan darle a la percepción, reiterando el contenido patrimonial del salario al precisar que éste debe ser, en todo caso, evaluable en efectivo". (Subrayado de la presente decisión).*

En este mismo sentido, estima el autor, Dr. Rafael Alfonso Guzmán que salario es:

"…la remuneración del servicio del trabajador, integrado por la suma de dinero convenida expresa o tácitamente con su patrono, y por el valor estimado de los bienes en especie que éste se haya obligado a transferirle en propiedad o a consentir que use

para su provecho personal y familiar. (Nueva didáctica del Derecho del Trabajo).

Por su parte, esta misma Sala, en sentencia de fecha 22 de marzo de 2000, dejó establecido con relación a la correcta interpretación de la norma delatada, lo siguiente:

"El dispositivo denunciado del artículo 133 de la reformada Ley Orgánica del Trabajo, contiene una amplia descripción de lo que debía de incluirse como salario, extendiéndose como allí se expresa, a cualquier ingreso, provecho o ventaja percibido como contraprestación a las labores realizadas por el trabajador, o "por causa de su labor", como señala el sentenciador de la recurrida recogiendo la expresión legal; pero quien, no obstante esa declaración, a renglón seguido interpreta erróneamente que ello se refiere a que el beneficio o provecho respectivo, para conformar parte del salario, tendría que estar destinado exclusivamente para la realización de esa labor, lo cual es erróneo.

Por el contrario, de determinarse que el elemento alegado como beneficio, provecho o ventaja -en el caso del uso de un vehículo- sólo servirá, exclusivamente, para la realización de las labores, no podría catalogárselo como salario, porque ***no sería algo percibido por el trabajador en su provecho, en su enriquecimiento, sino un instrumento de trabajo necesario para llevarlo a cabo****, como lo son todos los artefactos que se utilizan en los distintos tipos de faenas y que no pueden calificarse como integrantes del salario. Debe tratarse, pues, no de un elemento o instrumento "para" prestar el servicio, como entiende el fallo impugnado, sino de un beneficio cuantificable en dinero que se recibe "por" el hecho de prestar el servicio". (Subrayado de la presente decisión).*

Con relación al punto bajo análisis, el autor supra citado, expresa que 'ninguna de las menciones legales comprendidas en el encabezamiento del actual artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, posee objetiva e indiscutidamente, naturaleza salarial si se las desprende de la intención retributiva del trabajo con que ellas son practicadas. Tal intención se hallaba insita en los términos en que

todas nuestras leyes anteriores definían el salario: Salario es la remuneración (o sea, retribución, pago o recompensa) correspondiente (que toca, que pertenece) al trabajador por el servicio prestado'.

Continúa así el autor exponiendo:

"Al olvido de la sencilla noción jurídica, que delinea al salario como la prestación debida por el patrono a cambio de la labor pactada, se debe el desconcierto del intérprete en la apreciación del viático, el uso del vehículo, la comida y la vivienda, citados sólo como casos ejemplares, pues todos ellos podrían ser apreciados como salario, en su calidad de ventajas necesarias para la ejecución del servicio o la realización de la labor (art. 106 R.LT. 1973); como bienes y servicios que permiten mejorar la calidad de vida, (art. 133, Parágrafo Primero), ***y también como percibos no salariales por la intención con que son facilitados al trabajador, y la finalidad inmediata que dichas entregas tienen****". (Rafael Alfonso Guzmán. Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo).(Negrillas de la Sala).*

Por su parte la doctrina especializada en la materia, se ha pronunciado con relación a los conceptos o elementos excluidos de la noción de salario, en los términos siguientes:

"(...) La nueva redacción -del Primer Parágrafo del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo- no le da carácter salarial a aquellas prestaciones 'necesarias para la ejecución del servicio o realización de la labor', pues centra el concepto de salario en la 'remuneración que corresponde al trabajador' y que constituye para él una remuneración, provecho o ventaja' concatenando estas expresiones con las empleadas al establecer los principios generales del salario (...), ***podemos afirmar que éste es un activo que se incorpora al patrimonio del trabajador, el cual le es pagado directamente (art. 148) y del cual tiene derecho a disponer (art. 131)****. Esta concepción del salario como remuneración patrimonial que se hace al trabajador con ocasión de la relación de trabajo, excede de la tradicional idea según la cual el contrato de trabajo se limita a establecer un intercambio de prestaciones: la ejecución del servicio a cargo del trabajador y el*

pago del salario a cargo del patrono. De este modo, el salario se reducía a ser un valor de intercambio que estaba constituido por aquello que el patrono pagaba al trabajador 'a cambio de su labor', con lo cual podían considerarse salario los pagos hechos al trabajador pero que no lo beneficiaban directamente.

(Omissis).

***Este concepto de salario permite, además, excluir del mismo, aun cuando la Ley no lo haga expresamente, aquellos pagos que están destinados a permitir o facilitar al trabajador el cumplimiento de las labores encomendadas, pero que no constituyen activos que ingresan a su patrimonio**. (...) Es en este sentido que la doctrina ha distinguido entre prestaciones pagadas por el trabajo, que forman parte del salario y prestaciones pagadas para el trabajo, es decir, como medio de permitir o facilitar la ejecución del mismo, las cuales tienen naturaleza extra salarial (José Martins Catharino, Tratado jurídico do Salario, 1951, p. 175)".(Oscar Hernández Álvarez, Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo, 1999).*

"(...) En cuanto concierne específicamente a la DOTACIÓN DE VIVIENDA, es necesario hacer algunos comentarios para aclarar que NO SIEMPRE SU EQUIVALENTE ECONÓMICO CONSTITUYE SALARIO, a pesar de que esta especie aparece mencionada en el elenco del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En efecto, si bien es cierto que el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo menciona la vivienda entre los elementos remunerativos de los servicios prestados por los trabajadores; no es menos cierto que lo que hace en el contexto de una enumeración enunciativa y a manera de simple señalamiento, mención, catálogo o menú de conceptos que -en dinero o en especie- tienen o pueden tener la naturaleza jurídica de salario. En otras palabras, el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, hace señalamientos que no son categóricos o terminantes ni mucho menos aislados o desvinculados de la obligatoria interpretación conjunta o sistemática que debe hacerse con las disposiciones contenidas en

los artículos 129 y 147 eiusdem.

(Omissis).

(...) la dotación de vivienda no es salario cuando en la relación laboral el patrono asigna una vivienda en el cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Trabajo; pues en muchos casos ocurre que de no dotar de vivienda a determinados trabajadores en determinado sitio equivaldría a no alcanzar el cumplimiento del objeto social de la empresa". (Gerardo Mille Mille, Temas Laborales, Volumen XI, Comentarios Sobre Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Laboral 1996-1997).

De acuerdo con los criterios anteriormente transcritos y conforme a los hechos establecidos por la sentencia recurrida, observa la Sala que los conceptos reclamados por el actor, no poseen naturaleza salarial, pues, adolecen de la intención retributiva del trabajo, es decir, como bienes cuya propiedad o goce le fueron cedidos por el empleador en contraprestación de sus servicios, formando parte de su patrimonio y de libre disposición.

Por el contrario, quedó establecido que se trataban de ventajas necesarias proporcionadas para la ejecución del servicio y para el normal y buen desempeño de las labores, en consecuencia, el sentenciador de alzada debió considerar la finalidad inmediata que tenían las entregas de los referidos bienes al trabajador, a los fines de determinar el carácter salarial o no de los mismos.

Es por todo lo expuesto, que esta Sala declara procedente la denuncia de ley del escrito de formalización, por cuanto la recurrida infringió por errónea interpretación el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se declara."

Dentro del grupo anterior se subsumen los denominados "viáticos", los cuales no revisten carácter salarial en tanto se encuentren sometidos a la rendición de cuenta por parte del trabajador; sin embargo, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo ha señalado en algunas oportunidades, que el elemento esencial para determinar que el viático o el gasto de representación son o no salario

está en el destino del mismo y que en todo caso la "rendición de cuentas" no es mas que la prueba, pero no la única, por lo que resulta necesario estudiar las características particulares de la relación de trabajo, es decir, es indispensable determinar si en la ejecución de la labor pactada entre las partes supone la necesidad de que el trabajador efectúe gastos, y que la cantidad otorgada por viático guarda razonable proporcionalidad con los gastos efectuados o que normalmente pudiera efectuar, pues de lo contrario, no descontamos su carácter salarial en virtud de que ello si representa una remuneración o provecho que incrementa el patrimonio del trabajador.

V. Salario de eficacia atípica.

Establece el legislador en el mismo parágrafo único del artículo 133 en comento lo siguiente:

> *"… las convenciones colectivas y, en las empresas donde no hubiere trabajadores sindicalizados, los acuerdos colectivos, o los contratos individuales de trabajo podrán establecer que hasta el veinte por ciento (20%) del salario se excluya de la base de cálculo de los beneficios, prestaciones o indemnizaciones que surjan de la relación de trabajo, fuere de fuente legal o convencional. El salario mínimo deberá ser considerado en su totalidad como base de cálculo de dichos beneficios, prestaciones o indemnizaciones."*

Se trata pues del mismo concepto de salario pero con efectos económicos y jurídicos reducidos, es decir, constituye un abaratamiento del salario mediante una formula consensual que permite a las partes negociar la exclusión de una porción del salario (hasta un 20%) de algunos de los efectos típicos del mismo, como lo es la integración del salario base para el cálculo de beneficios, prestaciones o indemnizaciones a las que se hace acreedor el trabajador por la prestación de su servicio o por la terminación de la relación de trabajo.

El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo promulgado en 1999 de manera bastante técnica desarrolla y explica la disposición

legislativa antes referida, en consecuencia, del artículo 74 se entiende:

1.- La exclusión no puede exceder el 20% del salario.

2.- Cuando existiere por lo menos un trabajador sindicalizado que labore para ese patrono, el acuerdo sólo puede realizarse a través de la Convención Colectiva, descartándose otro medio de acuerdo.

3.- En el caso de tratarse de un patrono en el cual no hubieren trabajadores sindicalizados, la eficacia atípica del salario puede convenirse en un acuerdo colectivo logrado con una coalición de trabajadores alcanzado conforme a las previsiones que establece el artículo 164 del RLOT. Asimismo en este mismo supuesto, de trabajadores no sindicalizados puede perfectamente acordarse la atípica eficacia en el contrato individual de trabajo, el cual necesariamente debe hacerse por escrito.

4.- Los instrumentos anteriores también son aplicables a los trabajadores expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Convención Colectiva.

5.- Puede pactarse o bien al inicio de la relación de trabajo, o iniciada la misma, en este último caso siempre se respetará la eficacia plena del salario antes del acuerdo.

6.- Es indispensable que se precisen en el acuerdo que lo contiene, las prestaciones, beneficios e indemnizaciones excluidas de la eficacia del salario.

7.- La cuota del salario a la que se le atribuya eficacia atípica conserva su carácter salarial y por lo tanto se encuentra sometida al régimen de protección modalidad de pago y privilegios propios del salario.

8.- El salario mínimo establecido por el Ejecutivo Nacional, no puede ser afectado de la eficacia atípica.

A manera de ejemplos:

A.- Salario de eficacia atípica convenido al inicio de la relación de trabajo:

Salario Pactado	**% Efic. Atip Convenido**	**Afecto de E.A.**	**Salario a Devengar**	**Salarios para Prest., Benef. E Indem.**
Bs.1.000.000,oo	20	Bs.200.000,oo	Bs.1.000.000,oo	Bs.800.000,oo

B.- Supongamos que el salario mínimo fuese Bs.450.000,oo mensual, y la eficacia atípica fuese convenida igualmente al inicio de la relación de trabajo:

Salario Pactado	**% Efic. Atip Convenido**	**Afecto de E.A.**	**Salario a Devengar**	**Salarios para Prest., Benef. E Indem.**
Bs.500.000,oo	20	Bs.100.000,oo sólo se toma Bs.50.000,oo	Bs.500.000,oo	Bs.450.000,oo

En el ejemplo anterior hemos limitado la afectación al monto del salario mínimo con el objeto de dar cumplimiento con lo establecido en la última parte del parágrafo primero del artículo 133 LOT.

C.- Salario de eficacia atípica convenido después de iniciada la relación de trabajo:

Salario Anterior	**% Efic. Atip Convenido**	**Afecto de E.A.**	**Salario a Devengar**	**Salarios para Prest., Benef. E Indem.**
Bs.1.000.000,oo	20	Bs.500.000,oo	Bs.2.500.000,oo	Bs.2.000.000,oo
Salario nuevo Bs.2.500.000,oo				

D.- Salario de eficacia atípica convenido después de iniciada la relación de trabajo, pero respetando la integridad del salario anterior:

Salario Anterior	**% Efic. Atip Convenido**	**Afecto de E.A.**	**Salario a Devengar**	**Salarios para Prest., Benef. E Indem.**
Bs.500.000,oo				
Salario nuevo Bs.600.000,oo	20	Bs.120.000,oo Se limita a Bs.500.000,oo	Bs.600.000,oo	Bs.500.000,oo

Es de hacer notar que este salario de eficacia atípica sólo puede tener una justificación, que no es otra que permitir un mayor ingreso diario o mensual para el trabajador, por significar para el patrono un salario a menor costo, pues si ésta habilitación para convenir un *"salario barato",* no conlleva a una mejoría remunerativa del trabajador en mediano plazo, y con ello un mejor bienestar social de él y su familia, estaremos involucionado en la reforma legislativa, y entonces haríamos nuestra la opinión o crítica del ilustre colega Carlos Sainz Muñoz, quien preocupado del resultado de las transformaciones legislativa en el Derecho del Trabajo en Venezuela, y en referencia a los legisladores manifiesta: *"… no pensaron que un trabajador cuando va a pedir trabajo con un alto índice de desempleo no le va imponer el patrono la posibilidad de que el 20% de su salario no sea considerado como medida de cálculo?, la respuesta la puede dar el lector, no hace falta ser un experto en materia laboral, solamente hay que ver que con estas medidas se despoja aparte del salario de los trabajadores de uno de los aspectos a que hacíamos referencia al analizar este capítulo que era tan importante como es, si usted me reduce los*

elementos que integran el concepto de salario, el trabajador se empobrece, ya que recibe menos y se degrada, ya que a menor número de elemento salarial que se tome como base de cálculo, menor será el resultado…"[12]*;* lo anterior cobra bastante sentido, cuando conocido es por todos que la negociación individual del contrato de trabajo en los países con amplio índice de desempleo como el nuestro, ha perdido su bilateralidad, hasta el grado de convertirse en una contratación con condiciones unilaterales de decisión patronal, o lo que es peor aun en una especie de contrato de adhesión.

VI. Bibliografía.

ALFONZO GUZMÁN, Rafael. *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana*. Tomo II. Contemporánea de Ediciones S.R.L. Caracas, 1987.

ARRIA SALAS, Alberto. *Análisis de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo*. Cela Editora C.A. Caracas, Venezuela, 1997.

BERNARDONI (LUZ), BUSTAMANTE (UCV), CARVALLO (UCAB), DIAZ (LUZ), GOIZUETA (UC), HERNANDEZ (UCLA), ISTURRASPE (UCV), JAIME (UCAT), RODRIGUEZ (UC), VILLASMIL (UCAB), ZULETA (LUZ). *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*. Barquisimeto, Venezuela, 1999.

GARCIA GARCÍA, Antonio y SALGADO RODRÍGUEZ, Domingo Javier. *Comentarios a la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo*. Jurídicas Rincón. Barquisimeto, 1997.

LONGA SOSA, Jorge Rogers. *Ley Orgánica del Trabajo Comentada*. Volumen I. Jurídicas Santana Editores. San Cristóbal, Venezuela, 1999.

MILLE MILLE, Gerardo. *Temas Laborales Volumen XVIII Doctrina y Jurisprudencia Laboral*. Comentario a Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia. Paredes Editores. Caracas, Venezuela, 2004.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, España, 1992.

SAINZ MUÑOZ, Carlos. *Valoración Crítica del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*. Caracas Venezuela 1999.

VILLASMIL BRICEÑO, Fernando. *Comentario a la Ley Orgánica del Trabajo*. Volumen I. Paredes Editores. Caracas, 1993.

---

12 SAINZ MUÑOZ, Carlos. *Valoración Crítica del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*. Caracas Venezuela 1999.

El Poder negocial del Trabajador en el Contrato individual de trabajo

Mario Castillo Serrano

Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad «Santa María».
Ex-juez el Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui (Venezuela)

Sumario:

I. Nota introductoria.
II. El Contrato individual de trabajo.
III. El Pacto individual, de lo conceptual a lo real.
IV. La Autonomía de la voluntad.
V. Contrato de trabajo y crisis económica.
VI. De lo individual a lo colectivo, una visión de tres expertos.
VII. La primacía de la Autonomía colectiva.

Resumen:

La negociación del trabajador en el contrato individual de trabajo en la mayoría de los países de América Latina, es una utopía, no existe la posibilidad de que un operario exija al empleador al momento de iniciar la relación o incluso en el curso de ella, negocie condiciones favorables o que mejoren la oferta patronal, al trabajador solo queda aceptar lo que se ofrece y adherirse al contrato preelaborado que le presenta el empleador, convirtiéndose de esta manera el contrato individual de trabajo en un contrato unilateral y de adhesión.

Recibido: 28-05-2005 Aceptado: 16-07-2005
Revista Derecho del Trabajo n° 1/2005 (enero-diciembre) *291-302*

Abstract:

The negotiation of the worker in the individual work contract in most of the Latin-American countries, is an utopia, there is not the possibility that a workman demands the employer at the beginning of the work relation or even during its length, that negotiate favorable conditions or an improvement in the employer's offer, for the worker the only thing left is to accept whatever is offered and to stick to a pre-elaborated contract that the employer presents, turning in this way the individual contract in a unilateral adhesion contract.

Palabras claves/key words:

i. Contrato de Trabajo.
ii. Poder Negocial.
iii. Trabajo.
iv. Consensual.
v. Individual.
vi. Trabajador.
vii. Sindicato.
viii. Colectivo.
ix. Poder.
x. Flexibilización.
xi. Fenómenos.
xii. Autonomía.
xiii. Voluntad.
xiv. Unilateral.

I. Nota introductoria.

Cuando pensamos en el contrato individual de trabajo, asumimos la etiología de la relación contractual y lo describimos como la unión de voluntades que emanan de las partes, que se entrelazan en una relación jurídica, y lo entendemos como un pacto bilateral donde confluye la autonomía de la voluntad. Sí, en teoría el contrato individual de trabajo es un contrato bilateral y consensual, en el que las partes convienen de común acuerdo las condiciones que regirán la relación de trabajo. Pero en la práctica el contrato individual de trabajo en su gran mayoría no contiene un acuerdo de voluntades, pues se predomina la voluntad del empleador, quien con base a su poder de dirección y fortaleza económica, impone de forma unilateral las condiciones que regirán la relación.

II. El Contrato individual de trabajo.

La doctrina ha definido el contrato invidual de trabajo como <*un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, en que a la prestación de servicio por parte del trabajador, debe corresponder la contraprestación del patrono de pagar el salario en forma cierta, segura actual y efectiva*>[1] .

Según LOTMAR, en el plano del derecho positivo el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona <trabajador> se obliga respecto de otra <patrono> a trabajar durante un tiempo determinado o a ejecutar alguna obra mediante un precio.

Para *A.* ROUAST, en la obra de PLANIOL Y RIPERT, define este contrato *"como una convención por la cual una persona pone su actividad profesional a disposición de otra, de modo que trabaje bajo la dirección de esta y para su provecho, mediante una remuneración denominada salario"*.

HINOJOSA, en sus comentarios a la ley española de contrato de trabajo, lo define como *"aquél en virtud del cual, una o más personas que no sean funcionarios públicos en la prestación de su servicio, se obliga a ejecutar una obra o prestar un servicio a uno o*

---

1 Enciclopedia Jurídica OPUS tomo II ediciones Libra Caracas Venezuela.

varios patronos, fuera de todo carácter familiar o de mutuos auxilios, bajo la dependencia de aquél, sea cual fuere la forma de remuneración pactada por dicho servicio u obra".

Pocos contratos han merecido tantas y tan antagónicas definiciones. Ello es en razón de su rápido devenir y a los diversos factores sociales y económicos que ejercen marcada influencia sobre él. El concepto de obrero ha sufrido una intensa transformación: ya no son únicamente los trabajadores manuales a los que les afecta la relación de derecho que surge de la prestación de un servicio; son también los llamados trabajadores intelectuales los que se incluyen dentro de las normas de este contrato, que cada vez abarca nuevas fases de la actividad humana hasta comprender toda relación jurídica en donde exista la realización de un esfuerzo, físico o intelectual, una dependencia directa entre las partes y una remuneración o salario.

PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA hacen una configuración dogmática del contrato de trabajo y la define así:

> *"el contrato de trabajo es el origen y el permanente fundamento de las obligaciones reciprocas entre dos personas (empresario y Trabajador), en las que el trabajador entrega libremente su trabajo, en un tiempo dado y bajo la potestad organizadora del empresario, quien debe retribuirlo. La categoría jurídica contractual cumple la función que le es propia de constituir y regular la relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario."* [2]

MONTOYA MELGAR *"lo define como el negocio jurídico bilateral que tiene por finalidad la celebración de una relación Jurídico-laboral constituida por el cambio continuado entre una prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena y una prestación salarial."* Y lo caracteriza como a) típico y nominado, b) oneroso, por generar obligaciones de contenido patrimonial, c) conmutativo, por cuanto la equivalencia entre prestaciones es cierta y no aleatoria, d) consensual, por perfeccionarse con el consentimiento de las partes y normado, por estar sometido a una extensa regulación estatal y <<colectiva>>.[3]

---

2 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Novena Edición. Editorial Centro de Estudios RAMÓN ARECES Madrid 2001.

3 MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Décimo Novena Edición. Editorial Tecnos. Madrid 2002.

El contrato como fuente de las obligaciones transpoló al derecho del trabajo para regular la relación laboral, que aunque son dos instituciones con características propias deben analizarse de forma separada. Sin embargo, al no existir equilibrio o igualdad entre los sujetos del contrato, el derecho del trabajo y su marco regulatorio impone rígidamente condiciones y requisitos a la relación contractual entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe.

Nuestra legislación lo dispone así:

> **Capítulo II**
> **Del Contrato de Trabajo**
>
> **Artículo 67.** 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.
>
> **Artículo 68.** El contrato de trabajo obligará a lo expresamente pactado y a las consecuencias que de él se deriven según la Ley, la costumbre, el uso local y la equidad.
>
> **Artículo 69.** Si en el contrato de trabajo celebrado por un patrono y un trabajador no hubiere estipulaciones expresas respecto al servicio que deba prestarse y a la remuneración, éstos se ajustarán a las normas siguientes:
> a) El trabajador estará obligado a desempeñar los servicios que sean compatibles con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición, y que sean del mismo género de los que formen el objeto de la actividad a que se dedique el patrono; y
> b) La remuneración deberá ser adecuada a la naturaleza y magnitud de los servicios y no podrá ser inferior al salario mínimo ni a la que se pague por trabajos de igual naturaleza en la región y en la propia empresa.
> Cuando la labor ordenada no sea, a juicio del trabajador, de las que está obligado a ejecutar, deberá cumplirla, siempre que no sea manifiestamente improcedente y no ponga en peligro al propio trabajador o a la actividad de la empresa, establecimiento o explotación del patrono, consignando ante éste o su representante su no conformidad, sin que el haber cumplido la orden implique su aceptación de las modificaciones de las condiciones de trabajo, si fuere el caso.
>
> **Artículo 70.** El contrato de trabajo se hará preferentemente por escrito, sin perjuicio de que pueda probarse su existencia en caso de celebrarse en forma oral.

III. El Pacto individual, de lo conceptual a lo real.

Acaso así sucede en la realidad, el artículo 67 es el único que cuadra en el estereotipo pues el trabajador se obliga a trabajar y el patrono a remunerarlo, ¿pero las condiciones son pactadas o impuestas?, ¿el contrato es predominantemente verbal o escrito?, ¿el servicio se presta en condiciones de compatibilidad con las fuerzas, aptitudes, estado o condición del trabajador?, ¿la remuneración es adecuada a la naturaleza y magnitud de los servicios?, son preguntas que tienen respuestas comunes.

En nuestros países de América Latina, donde impera la crisis económica y el porcentaje de desempleo alcanza dos (2) dígitos, hace imposible que el débil económico en la relación pueda negociar condiciones contractuales. En estas circunstancias resulta difícil encontrar empleo e igualmente mantener el que ya se tiene, por lo que la imposición omnímoda del patrono es evidente. Así las cosas referirnos al poder negocial del trabajador en el contrato individual de trabajo, nos circunscribe al estudio en teoría o cuando se trata de trabajadores de alto nivel en el que predominan destrezas no comunes o calificaciones profesionales de gran magnitud, casos en los cuales el patrono se ve en la necesidad del servicio personal y allana su poder de dirección permitiendo la negociación.

IV. La Autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad de las partes en el contrato individual de trabajo está siempre limitada, bien por normas autónomas (convenios colectivos) o normas heterónomas (legislación), en las primeras se impone el poder sindical y en las segundas el poder del estado. Sin embargo tales limitaciones no extirpan la posibilidad de consensuar las normas del contrato individual y concebir un pacto derivado de la inédita voluntad común de las partes. Si bien el trabajador mantiene una fortaleza jurídica en la relación que limita la libertad de pacto, el poder de dirección del patrono aunado a la necesidad del hiposuficiente económico, hace que la voluntad no sea tan autónoma como debería.

La autonomía individual, entendida como, la negociación del trabajador en el contrato individual de trabajo, en la mayoría de nuestros países de América Latina es una utopía, no existe la posibilidad

de que un operario exija al empleador al momento de iniciar la relación o incluso en el curso de ella, condiciones favorables o que mejoren la oferta patronal, al trabajador solo queda aceptar lo que se ofrece y adherirse al contrato preelaborado que le presenta el empleador, convirtiéndose de esta manera, el contrato individual de trabajo (de ser en teoría un contrato bilateral consensual) en un contrato unilateral y de adhesión.

V. Contrato de trabajo y crisis económica.

La crisis económica de los países en desarrollo convierte al empleo en un tesoro que todos añoran, ya conseguir ocupación a cambio de una remuneración es un logro importante, pues las condiciones en que se pacta la relación pasa a un plano secundario.

De allí el ejemplo que escuché una vez en Lima Perú con ocasión uno de los congresos de Derecho del Trabajo, denominado el ejemplo del barco y se refiere a que la relación de trabajo se equipara a un gran barco de pasajeros en el que existen cuatro clases distribuidas en cuatro compartimientos distintos de la nave. En la primera Clase los pasajeros tienen la posibilidad de salir al exterior a ver el mar, las butacas son muy cómodas y reclinables, el ambiente es impecable, la comida es gourmet, las azafatas son modelos de pasarela, en definitiva estos pasajeros van muy cómodos en el barco. La segunda clase mantiene butacas reclinables cómodas, pero ya no puedes salir a ver el mar, la comida es buena, las azafatas son amables, pues van bien en el barco. La tercera clase no tiene butacas solo sillas, no hay azafatas, la comida es aceptable, el pasajero debe servirse, no hay aire acondicionado, el pasajero viaja con cierto grado de incomodidad. La Cuarta clase no tiene ni butacas ni sillas, solo tiene bancos de madera, solo hay café, agua y pan blanco con queso fresco, hace mucho calor pues esta muy cerca de la sala de maquinas y el ruido molesta. En este barco que simulamos como la relación de trabajo existen trabajadores muy protegidos con excelentes condiciones laborales, otros protegidos con buenas condiciones y beneficios laborales, otros semi-protegidos y con escasos beneficios y condiciones de trabajo y por último unos trabajadores mal protegidos y con precarias condiciones y beneficios laborales, sin embargo y ante tales circunstancias estos trabajadores de la cuarta clase exclaman, es preferible viajar en esta cuarta clase que quedarse en el puerto viendo zarpar el barco.

Con este ejemplo observamos que el trabajo precario existe y además es aceptado, pues el hombre necesita el sustento diario para sí y su familia y ante la carencia de empleo digno, debe conformarse con lo que existe, de allí el nacimiento del trabajador precario que ronda por nuestros países de América Latina. Así las cosas pensar en la fortaleza individual del trabajador en el contrato de trabajo, es como ya lo dije, utópico y mucho más en el poder negocial que puede tener el sujeto activo de la prestación del servicio en la relación de trabajo.

Los trabajadores que pudieran estar más protegidos, por efecto de las calificaciones profesionales y por la rama de industria donde se desempeñen, mantienen en sus contratos individuales la hiposuficiencia de la voluntad, pues el patrono impone su poder en la negociación del contrato, al punto de reglamentar de forma unilateral las condiciones de trabajo en reglamentos internos preparados y redactados por él de forma heterónoma, pero que previamente exige al trabajador su conformidad con tales reglamentaciones en el contrato individual de trabajo.

La evolución de los derechos del hombre, los grandes acontecimientos sociales, como la Revolución Industrial, que separó el viejo arrendamiento de servicios del contrato de trabajo, el ojo viso de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), son marco de referencia para los que estudiamos el hecho social trabajo, sin embargo pareciera que las cosas no están bien, al presentarse hoy en nuestros días la institución del contrato individual de trabajo tan desmejorada e incluso tan criticada.

VI. De lo individual a lo colectivo, una visión de tres expertos.

Con ocasión del *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, tres laboralistas de tres países distintos abordaron el tema de la relación entre lo individual y lo colectivo, cuyas impresiones están recogidas en el libro de ponencias del congreso, cuyas apreciaciones quiero plasmar de seguida:

César CARBALLO MENA, de Venezuela señala: “Lo individual y lo colectivo se imbrican en la esfera del Derecho del Trabajo, reclamando idéntico protagonismo y, al tiempo, desarrollando una nítida interdependencia: lo colectivo surge como imperativo de los

trabajadores, individualmente considerados, frente a la notoria debilidad que, en este plano, ostentan frente a su patrono o empleador. Así, una realidad común, caracterizada por exiguas remuneraciones y condiciones de trabajo inseguras e insalubres, promovió la integración espontánea de trabajadores mediante estructuras organizativas elementales -incluso, en su momento, ilícitas- a los fines de reclamar, frente al empleador, el derecho a cogobernar las relaciones de trabajo que se anidan en el proceso productivo bajo la dirección y disciplina de éste, y con ello defender la libertad, dignidad y respeto a la vida y salud de quienes conforman la respectiva categoría profesional. De ello, como luce evidente, emerge –sustentado en una estructura organizativa y mecanismos democráticos de representación– un sujeto colectivo, distintos a los individuos que lo integran.

En consecuencia, la realización del trabajador, en su plano individual, solo es posible a través de lo colectivo, es decir, en tanto, por este conducto, logren restituirse las libertades que, en el plano individual, resultan sacrificadas por virtud del asimétrico poder de negociación que exhiben los sujetos de la relación individual de trabajo. Desde la perspectiva contraria, lo colectivo solo se entiende y admite a partir de la existencia de individuos, para la defensa y promoción de cuyos intereses y, en definitiva, para su realización, se organizan y actúan los sujetos colectivos."

Joao De Lima TEIXEIRA, de Brasil opina: "Cualquiera que sea la coyuntura por la que atraviese la sociedad, permanece verdadera la notable y siempre actual advertencia de Américo Plá Rodríguez, para quien en todo el Derecho del Trabajo hay un punto de partida: la unión de los trabajadores; y un punto de llegada: el mejoramiento de las condiciones de los trabajadores. Derecho Individual y Derecho Colectivo del Trabajo son simplemente distintas sendas para recorrer el mismo itinerario.

Esa interconexión de los hemisferios del Derecho del Trabajo, como las dos caras de una moneda, para que tenga valor, propicia la formulación de sistemas jurídicos de relaciones de trabajo que privilegian, con mayor o menor énfasis, derecho individual del trabajo sobre el derecho colectivo o a la inversa. Razones históricas, culturales, políticas, sociales, económicas de cada pueblo determinan esa gradación. El intervencionalismo estatal tiende a prestigiar las relaciones individuales y a limitar las relaciones colectivas,

especialmente en la organización sindical y en el derecho de huelga. El régimen autodeterminado, con fundamento en el dialogo social, privilegia las relaciones de grupos y no resulta antagónico con la tutela legal, en tanto esta se contenga en los limites de las normas de orden público, sobrepasar ese campo enrarece el oxigeno de la autonomía privada colectiva.

Es inadmisible la retirada de normas protectoras de los trabajadores sin que permanezca un núcleo de garantías mínimas, de orden público, y sin que existan mecanismos de canalización y de defensas de sus intereses, como son, por excelencia, los sindicatos. Y la contrapartida es verdadera; la intervención legislativa no puede darse con tal intensidad que los sindicatos acaben por abdicar de las funciones justificatorias de su existencia.

Constituye presupuesto fundamental de las relaciones colectivas de trabajo la participación insustituible y mediadora de los cuerpos intermediarios, basada en el principio de subsidiariedad. Según este principio, el Estado tiene solo una función supletoria, debiendo centralizarse y desempeñar aquellos papeles que no puedan ser asumidos directamente por los ciudadanos o por los cuerpos sociales intermedios: los sindicatos, las empresas y otras instituciones que se interponen entre los ciudadanos y el Estado."

Bernardo VAN DER LAAT, de Costa Rica expone: "Los fenómenos que están afectando el modelo en que se desarrolla el trabajo, las nuevas concepciones sobre la estructura y funcionamiento de la empresa tienen, sin duda, gran impacto sobre el trabajo en el plano individual.

La empresa cambia: se limitara a realizar aquello en que es verdaderamente eficiente, lo que realizara conformando un núcleo duro en la empresa, con trabajadores más capacitados, capaces y acostumbrados al trabajo en equipo, en suma una situación que potencia la negociación individual de condiciones de trabajo, frente a la colectiva.

El resto del trabajo lo enviara a una instancia externa, -descentralizará producción-, resumiendo para ello a una amplia gama de opciones reales, pero también en muchos casos fingidos, tales como la celebración de contratos mercantiles o civiles, el teletrabajo, la "filializacion", el "franchising", el suministro de mano de obra

temporal.

La descentralización productiva se caracteriza, en palabras de Martín Valverde, por la obtención de los objetivos de una empresa principal, no por la incorporación de trabajadores a su plantilla, sino por la combinación o coordinación de aportaciones parciales llevadas a cabo por empresas auxiliares o por colaboración de externos.

Se produce una dualidad en el mercado de trabajo: un mundo de personal permanente que todavía puede aspirar a hacer su carrera en la empresa y otro, el personal periférico, al que se recurre en función de las necesidades fluctuantes de la empresa. Esta empresa moderna podría, en una situación limite, carecer de personal de producción propia, ser el centro de una red de relaciones comerciales que le une a diferentes agentes externos que producen.

Diferentes motivos inspiran la decisión de utilizar la tercerización: funciones difíciles de administrar o fuera de control; cuando no se cuenta con los recursos internos para afrontar una función o actividad especifica; si se desea reducir o controlar los costos de operación; para implementar la disponibilidad de fondo de capital; para lograr un redireccionamiento de los recursos liberados, especialmente humanos, hacia actividades mas importantes; para acelerar los beneficios de los cambios enfocados a mejorar el servicio.

A través del outsourcing, se puede conseguir o disminuir el costo de algunas operaciones y focalizar los recursos liberados en actividades de mayor importancia, todo lo cual podría constituir ventaja competitiva para la organización."

La opinión de los tres expertos citados, coincide en cuanto a que se debe potenciar la actividad colectiva en detrimento de la actividad individual, propender a la negociación colectiva es limitar el exceso que se produce en el pacto individual. La tendencia de individualización de las relaciones laborales como fenómeno que amenaza las relaciones de trabajo en el mundo, preocupa a los que dedican parte de su vida al estudio del derecho del trabajo, los fenómenos de flexibilización y desregulación unidos a la descentralización productiva y la tercerización laboral, atentan contra su propia integridad y nos hace ver el previsible futuro de la disciplina.

La intervención de los Estados en la innovación social, en la

producción de norma heterónoma y de las corporaciones sindicales en la producción de normas autónomas, que frenen los fenómenos antes comentados, que limiten la traslación de la norma imperativa a norma dispositiva, podrán lograr mantener la protección que en un mundo globalizado requieren quienes necesitan prestar un servicio por cuenta ajena, para poder subsistir.

VII. La primacía de la Autonomía colectiva.

La forma de solución o por lo menos de apaciguamiento de la problemática, es impulsar la autonomía colectiva, que es la única que puede soportar el peso del poder, equilibrando de esta manera la desigualdad natural de la relación de trabajo, lográndose condiciones menos precarias para trabajadores que así lo requieren.

La autonomía colectiva y las organizaciones sindicales tienen el reto de mantener viva la llama de la protección social del trabajo humano, el sindicato ejerciendo la fiscalización de las relaciones de trabajo en defensa de sus agremiados y la autonomía de la voluntad, creando el marco regulatorio dispositivo que sirva de riel a las relaciones entre trabajadores y empleadores, evitando la unilateralidad de una relación que por naturaleza es bilateral.

En las pequeñas empresas donde no pueda prosperar el emprendimiento sindical, será difícil hacer valer derechos laborales, sin embargo la fortaleza que los trabajadores individualmente considerados impriman a sus reclamos y denuncias que obliguen al empleador a rectificar forzosamente, dará frutos al reconocimiento de ciertos derechos laborales que deben permanecer inalterables en las relaciones de trabajo. Finalmente podemos decir siendo optimistas, que el trabajo precario no ha vencido al trabajo subordinado, solo le ha sobrevivido.

Situación jurídica de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales en la Ley Orgánica del Trabajo

José Manuel Arráiz Cabrices

Juez Primero de Primera Instancia de Juicio de la Coordinación del Trabajo del Estado Lara (Venezuela)

Sumario:

I. Introducción.
II. El Trabajador permanente.
i) Antecedentes próximos en la legislación venezolana
ii) Definición legal vigente
iii) Condiciones objetivas del trabajo permanente
iv) Condiciones subjetivas del servicio permanente
v) Concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo. Presunciones legales y preconstitución de la prueba
III. El Trabajador temporero.
i) Antedecentes próximos en la legislación venezolana
ii) Definición legal vigente
iii) Distinción del trabajador temporero del trabajador contratado por tiempo determinado
IV. El Trabajador eventual y el trabajador ocasional.
i) Antecedentes próximos en la legislación venezolana
ii) Definición legal vigente
iii) Distinción del trabajador eventual u ocasional del trabajador contratado para una obra determinada
V. El Trabajador autónomo y los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales.
VI. Derechos de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales en la Ley Orgánica del Trabajo y los medios de protección.
i) Situación jurídica de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales en la Ley Orgánica del Trabajo
ii) Principios protectorios del Derecho del Trabajo aplicables a la situación de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales
VII. Bibliografía.

Recibido: 26-05-2005 Aceptado: 01-07-2005

Resumen:

En principio, la utilización de los calificativos de eventual y ocasional, a los cuales la Ley parece tratar como sinónimos, sugieren la idea de un trabajador que realiza labores en forma irregular, no continua ni ordinaria y cuya relación de trabajo termina al concluir la labor encomendada dentro del contexto de la actividad general del patrono; es decir, son contratados para cubrir una necesidad imprevista y la cual, aún cuando, en definitiva pudiere incidir o tener relación con la actividad ordinaria de la empresa, no constituye labor permanente y ordinaria.

En el ámbito de la estabilidad, la calificación de un trabajador como temporero, eventual u ocasional lo excluye automáticamente de la posibilidad de solicitar la calificación del despido, obtener el reenganche con el pago de los salarios dejados de percibir durante el procedimiento; o a las indemnizaciones que establece el Artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Asimismo se considera que le son aplicables a los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales, los mecanismos de protección consagrados para los trabajadores contratados por tiempo determinado y para una obra determinada, respecto de la continuidad de la relación.

Abstract:

At first, the use of the qualifiers of eventual or occasional, to which the law refers as synonyms, they suggest the idea of a worker that performs a job in an irregular way, non-continued and non-ordinary and whose work relation ends with the commended job conclusion within the context of the employer general activity; in other words, they are hired to cover a unexpected necessity which could have relation with the regular company's work activity, it does not constitute an ordinary and permanent job.

In the stability scope, the qualification as a temporary, eventual or occasional worker automatically excludes him of the possibility of soliciting discharge qualification, obtaining a rehiring with the payment of the wages not perceived during the procedure; or to the indemnification that the Article 125 of the Organic Work Law establishes.

Likewise it is considered that the mechanisms of protections are applicable to the hired workers whether for limited time or for a specific labor, in regard of the continuity of the work relation.

Palabras claves/key words:

i. Trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales
ii. Trabajo permanente.
iii. Contrato de trabajo a tiempo determinado e indeterminado.
iv. Contrato de trabajo para una obra determinada.
v. Prórroga del contrato de trabajo.
vi. Estabilidad de un trabajador temporero

I. Introducción.

En el Derecho del Trabajo venezolano existen diversas formas de contratación de trabajadores; también se regulan diversas categorías de trabajadores.

Las formas de contratación están referidas al vínculo jurídico que se establece entre las partes con la celebración del contrato de trabajo (por tiempo indeterminado, por tiempo determinado y por obra determinada).

La descripción de las categorías de trabajadores distingue las diversas funciones que en específico puede realizar el prestador del servicio en la organización laboral (obreros y obreros calificados; trabajadores de vigilancia e inspección; empleados; empleados de confianza y de dirección; trabajadores representantes del empleador).

Existe una categoría de trabajadores que reúne ambos elementos: Determina la naturaleza del vínculo jurídico que se establece entre las partes; y también el tipo de actividad que el trabajador se obliga a realizar. Este es el caso de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales, quienes tienen reconocidos ciertos derechos en la Ley.

Estas categorías de trabajadores provienen del trabajo en el medio rural. El Artículo 27 del Reglamento del Trabajo en la Agricultura y en la Cría[1] (RTAC) los definía. Luego las definiciones pasaron al Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973[2] (RLT) dentro de las normas sobre el trabajo rural (Artículo 261). Posteriormente se adoptó la distinción entre los trabajadores temporeros, eventuales u ocasionales por el régimen de estabilidad relativa previsto en la Ley Contra Despidos Injustificados[3] (Artículo 12 LCDI) y su reglamento[4] (artículos 2 a 4).

---

1 Decreto N° 119, de fecha 4 de mayo de 1945.

2 Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.631, Extraordinario, de fecha 31 de diciembre de 1973.

3 Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 30.468 de fecha 8 de agosto de 1974.

4 Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 30.604 de fecha 22 de enero de 1975.

La Ley Orgánica del Trabajo[5] (LOT) acoge las categorías en el ámbito del trabajo rural (Artículo 316), en la estabilidad relativa (artículos 112 a 115)[6] y en los infortunios laborales (Artículo 563). El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT) no contiene ninguna norma al respecto[7]. Como se puede apreciar, los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales están sometidos a una escasa regulación. La doctrina no se ha pronunciado profunda y extensamente sobre ellos. La jurisprudencia judicial y los dictámenes emanados de los órganos administrativos se dedican a resolver los asuntos particulares sin adentrarse en su naturaleza jurídica. Tales omisiones doctrinales y jurisprudenciales podrían justificarse por la claridad de su regulación normativa, pero no es así:

* La situación jurídica del trabajador temporero se asemeja a la de aquel trabajador que es contratado por tiempo determinado.

* La situación jurídica de los trabajadores eventuales u ocasionales se asemeja a la de quienes son contratados por obra determinada.

En ocasiones se identifica a los trabajadores autónomos o independientes con los trabajadores temporeros, eventuales u ocasionales. Las afirmaciones precedentes son suficientes para justificar los aspectos que se pretenden exponer y resolver en el presente trabajo:

PRIMERO: Definir y caracterizar a los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales.

SEGUNDO: Diferenciar a los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales de aquellos que son contratados por tiempo determinado o para una obra determinada; y de quienes prestan servicios en forma independiente o autónoma

---

5 Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.152, Extraordinario de fecha 19 de junio de 1997).

6 Estos aspectos no los modificó la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.504, de fecha 13 de agosto de 2002.

7 Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.292, Extraordinario, de fecha 25 de enero de 1999.

TERCERO: Determinar los derechos de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales en el contexto de la Ley Orgánica del Trabajo y los mecanismos de protección.

II. El Trabajador permanente.

i) Antecedentes próximos en la legislación venezolana.

¿Por qué comenzar la exposición con el análisis del *trabajador permanente* si este trabajo está dedicado a los trabajadores temporeros, eventuales u ocasionales? La legislación laboral venezolana (vigente y derogada) opone el concepto de trabajador permanente al de los trabajadores temporeros, eventuales u ocasionales (vid. artículos 112 y 316 LOT). Por ésta razón es necesario referirse a aquellos (los trabajadores permanentes) en forma previa.

El Artículo 27 del Reglamento del Trabajo en la Agricultura y en la Cría (1945) definía al trabajador permanente como aquel que *por virtud de su contrato, expreso o tácito, o por la naturaleza de la labor que debía realizar, estaba obligado a prestar sus servicios en el fundo por un período continuo no menor de seis meses, sea cual fuere el número de días que en la semana preste sus servicios, y siempre que lo haga para un solo patrono*.

Bajo la vigencia de este reglamento de 1945 dos cuestiones fundamentales determinaban la calificación de un trabajador rural como permanente: (A) Un elemento temporal, esto es, que se prestara servicios en forma continua por un periodo no menor de seis meses; y (B) la exclusividad, esto es, que durante ese lapso mínimo se prestara servicios para un solo empleador. El elemento volitivo podía ser expreso o tácito.

El trabajador rural permanente en el contexto del reglamento de 1945 tenía derecho a un preaviso mayor que el previsto para los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales; y al pago de los productos que tuviere cultivados a sus expensas en una parcela asignada por el empleador (Artículo 30 RTAC).

El Articulo 261 del Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973 acoge la definición del Reglamento del Trabajo en la Agricultura y en

la Cría (1945)[8], pero sin otorgarles derechos especiales respecto de los trabajadores rurales temporeros u ocasionales.

El Artículo 2 de la Ley Contra Despidos Injustificados (1974) establece que los trabajadores permanentes con más de tres meses ininterrumpidos de servicios, que presten servicios en organizaciones laborales que utilicen más de diez trabajadores están protegidos contra los despidos injustificados[9]; dicha Ley igualmente declara que sus disposiciones no son aplicables a los trabajadores temporeros, eventuales u ocasionales (Artículo 12, literal d, LCDI).

El Artículo 2 del Reglamento de la Ley Contra Despidos Injustificados (1975) definía a los trabajadores permanentes como *aquellos que en virtud de un contrato, o por la naturaleza de la labor que realizan, prestan servicios durante lapsos determinados o indeterminados, en forma regular e ininterrumpida*.

Nótese que la norma abandona la exclusividad como uno de los elementos caracterizantes del trabajador permanente en el medio rural que contenía el Reglamento del Trabajo en la Agricultura y en la Cría (1945) y el Reglamento de la Ley del Trabajo (1973). La norma da mayor relevancia a la naturaleza de la labor y a su ejecución regular e ininterrumpida.

Con respecto al elemento temporal del trabajo permanente, el Artículo 2 del Reglamento de la Ley Contra Despidos Injustificados se refiere a lapsos determinados o indeterminados. Luego el Artículo 5 eiusdem refiere que los *trabajadores permanentes contratados a tiempo indeterminado o contratados por tiempo determinado o por obra determinada* estarán protegidos por la Ley Contra Despidos Injustificados siempre que hayan cumplido más de tres meses.

Conforme a lo expuesto, podría considerarse que la situación jurídica del trabajador permanente se amplió en el ámbito de la Ley Contra Despidos Injustificados (1974) y su reglamento: (A) La

---

8 "Artículo 261.- (…) Se entiende por trabajadores permanentes aquellos que en virtud de su contrato, expreso o tácito, o por la naturaleza de la labor que deban realizar, están obligados a prestar sus servicios en el fondo por un periodo continuo no menor de seis meses cada año, sea cual fuere el número de servicios (…)".

9 La protección consistía en obtener de un organismo administrativo (Comisión Tripartita) una orden de reincorporación a su puesto de trabajo o el pago doble de la indemnización de antigüedad y del auxilio de cesantía, más el doble de lo que le correspondería por el preaviso (Artículo 6).

categoría ahora es aplicable también a los trabajadores urbanos; (B) incluye entre sus presupuestos a los trabajadores que hayan celebrado contratos por tiempo indeterminado, por tiempo determinado y por obra determinada; (C) la referencia temporal se redujo de seis meses a tres meses de servicios ininterrumpidos.

ii) Definición legal vigente.

En 1990, el Artículo 316, literal a, la Ley Orgánica del Trabajo[10] acoge totalmente la noción de trabajador permanente del Reglamento del Trabajo en la Agricultura y en la Cría (1945) y en el Reglamento de la Ley del Trabajo (1973). Sus elementos caracterizantes explicados en el punto anterior se dan aquí por reproducidos.

En el ámbito de la estabilidad, la Ley introduce otra definición:

> Artículo 113.- Son trabajadores permanentes aquellos que por la naturaleza de la labor que realizan, esperan prestar servicios durante un periodo de tiempo superior al de una temporada o eventualidad, en horma regular e ininterrumpida[11].

Dos parámetros permiten calificar a un trabajador como permanente: (A) La naturaleza de la labor, que se comprometa a realizar una actividad regular, ordinaria, intrínseca al objeto de la organización; y/o (B) que el trabajador espere o aspire prestar servicios durante un periodo superior al de una temporada o eventualidad, en forma ininterrumpida.

El primer parámetro, esto es, el *compromiso de prestar un servicio regular en una organización* constituye el aspecto de carácter OBJETIVO del trabajo permanente.

El segundo parámetro, es decir, que el *trabajador espere o aspire prestar servicios en forma ininterrumpida* constituye el aspecto

---

10 Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.240, Extraordinario, de fecha 20 de diciembre de 1990. Estas normas no sufrieron modificación con la reforma legal de 1997 ni con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

11 A diferencia de lo que establece el Reglamento de la Contra Despidos Injustificados (1975), los trabajadores contratados por tiempo determinado y por obra determinada no se incluyen como submodalidades de trabajo permanente (vid. Artículo 112, Parágrafo Único, LOT).

SUBJETIVO del trabajo permanente.

iii) Condiciones objetivas del trabajo permanente.

Las condiciones objetivas del trabajo permanente en el contexto del Articulo 113 de la Ley Orgánica del Trabajo están referidas a la naturaleza de la labor y a la regularidad del servicio.

De la *naturaleza de la labor* deriva la *regularidad*. El servicio a prestar por el trabajador tiene por objeto cubrir las necesidades o exigencias normales de la organización; que la labor tiene relación directa o conexa con la producción de los bienes o con la prestación de los servicios que constituyen el negocio de la empresa, establecimiento, explotación o faena. La actividad que se compromete a realizar el trabajador debe ser inherente o conexa con el objeto o la finalidad de la organización laboral, es decir, a la producción o a los servicios que explota la unidad productiva.

En estos casos, la Ley presume que el trabajador ha sido contratado para PERMANECER ININTERRUMPIDAMENTE en el ejercicio de su cargo. Si el servicio a prestar no corresponde con el objeto o negocio de la organización, no significa que estemos en un supuesto de excepción al servicio permanente, por que puede ser que el "trabajador esperaba prestar servicios durante un periodo superior al de una temporada o eventualidad". Cada caso permitirá determinar si se cumplen o no con los extremos objetivos del servicio permanente.

iv) Condiciones subjetivas del servicio permanente.

El Artículo 113 de la Ley Orgánica del Trabajo prevé un elemento subjetivo fundamental para considerar que un servicio contratado tiene carácter permanente: Que el trabajador "espere prestar servicios durante un periodo superior al de una temporada o eventualidad, en forma regular e ininterrumpida".

La norma privilegia la posición del trabajador, tal y como lo hace al presumir que los contratos de trabajo se celebran por tiempo indeterminado "cuando no aparezca expresada la voluntad de las partes, en forma inequívoca, de vincularse sólo con ocasión de una

obra determinada o por tiempo determinado" (Artículo 73 LOT) en aplicación del principio de la conservación de la relación de trabajo (Artículo 8, literal d, acápite I, RLOT).

Entonces el alegato que pretenda desvirtuar el carácter PERMANENTE del trabajador porque los servicios contratados no superan la temporada o una eventualidad debe haberse expresado en forma *inequívoca* al momento de celebrase el contrato, porque la norma exige como mecanismo de protección que el trabajador no *espere* o aspire prestar servicios más allá de una temporada; que no espere prestar servicios en forma ininterrumpida, en forma regular y permanente.

v) Concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo. Presunciones legales y preconstitución de la prueba.

Los elementos objetivos y subjetivos del servicio permanente no tienen carácter concurrente; la presencia de uno cualquiera de ellos es suficiente para lograr la protección del trabajador.

En todo caso, interesa al empleador proveerse de las pruebas necesarias para demostrar que la contratación se debió a una situación particular y temporal de la organización y que el trabajador estuvo en conocimiento de esa situación para desvirtuar la presunción de continuidad de la relación.

Siempre vale la pena recordar que el Artículo 70 de la Ley Orgánica del Trabajo prefiere la celebración del contrato de trabajo por escrito, precisando el servicio que deba realizarse con la mayor precisión posible; la duración del contrato, si es por tiempo determinado o por tiempo indeterminado; o la obra o labor que deba realizarse si es para una obra determinada (Artículo 71 LOT).

vi) Derechos del trabajador permanente establecidos en la Ley.

En el ámbito del trabajo rural, los trabajadores permanentes tienen reconocido especialmente el derecho a disfrutar de vacaciones anuales, si durante el año hubieran prestado servicios no menos de las dos terceras partes de los días hábiles (Artículo 323 LOT).

En el ámbito de la estabilidad, la calificación de trabajador permanente es uno de los requisitos para disfrutar de la estabilidad relativa, en términos similares a lo que establecía la Ley Contra Despidos Injustificados y que ahora está regulado en la Ley Orgánica del Trabajo y en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (Artículo 112 LOT).

El otro requisito exigido para disfrutar del derecho a la estabilidad laboral es que el trabajador permanente haya prestado servicios ininterrumpidos por más de tres meses (Artículo 112 LOT).

El trabajador permanente se asimila al trabajador contratado por tiempo indeterminado y él es acreedor natural de los derechos, prestaciones e indemnizaciones que la Ley Orgánica del Trabajo establece.

III. El Trabajador temporero.

i) Antecedentes próximos en la legislación venezolana.

El Reglamento del Trabajo en la Agricultura y en la Cría (1945) define al trabajador temporero como "aquellos que prestan sus servicios por lapsos que demarcan la labor que deba realizar, ya sea la cosecha, la limpia del fundo, u otra actividad semejante" (Artículo 27). Esta misma definición la repite el Reglamento de la Ley del Trabajo (1973) para el trabajo rural (Artículo 261).

La Ley Contra Despidos Injustificados (1974) excluye de la protección de la estabilidad a los trabajadores temporeros (Artículo 12, literal d), que el Reglamento de la Ley Contra Despidos Injustificados (1975) define como "los que prestan servicios en determinadas épocas del año y en jornadas continuas e ininterrumpidas, por lapsos que demarcan la labor que deben realizar" (Artículo 3).

Como se puede apreciar, se formulan definiciones distintas para la misma categoría de trabajadores. Tanto en el trabajo rural como en el urbano hay épocas del año en que se alteran las condiciones de trabajo. Así como la cosecha y la limpia determinan el trabajo temporal en el trabajo rural; los períodos de vacaciones escolares y las fechas navideñas, por ejemplo, alteran el normal desenvolvimiento de las

labores en las áreas urbanas o vacacionales. Por lo tanto la definición del Reglamento de la Ley del Trabajo (1973) era perfectamente aplicable a la materia de la estabilidad.

TORRES (1978), trata de aclarar la definición del Reglamento de la Ley Contra Despidos Injustificados (1974) explicando que los temporeros son "aquellos trabajadores que, como en el caso de la zafra azucarera, realizan labores en forma continua que abarca la temporada de recolección de caña de azúcar" (p. 290).

ACOSTA GUEVARA (1976), expresó su opinión así:

> Tampoco son aplicables las disposiciones de esta Ley [LCDI]:
>
> A los trabajadores rurales considerados como temporeros (...). Los temporeros son aquellos trabajadores que, por la naturaleza de la actividad que desarrollan, prestan servicios durante un corto periodo de tiempo: mientras dura la cosecha, mientras se hace la siembra, mientras limpian el fundo y cualquier otra actividad semejante, siempre y cuando sea menor de seis (6) meses en el año (p.88).

Observamos que este autor no aplica a los trabajadores urbanos el concepto trabajador temporero, sino que lo reserva para los trabajadores rurales. Quizás este sea único autor que mantiene esta posición.

HUNG (1979) es quien en forma más abundante se ha referido al trabajador temporero:

> El concepto de "trabajador temporero" tiene relación directa con la forma de la presentación del servicio. La doctrina ha señalado que resulta difícil establecer una definición abstracta del llamado "trabajo de temporada" y una calificación a priori de las actividades que pueden ser consideradas como de temporada. En líneas generales, se dice que el trabajo sólo se realiza en ciertas estaciones ya sea en la industria de trabajo continuo (por intensificación de la producción) o en las industrias de temporada (ciclos no continuos). Se señalan como típicos trabajos de temporada aquellas labores que se

> prestan en la agricultura o en la ganadería, vinculadas con el curso de las estaciones, tales como la cosecha, la zafra, la vendimia, la esquila y la recolección de fruta. La nota característica del trabajo de temporada la constituye el hecho de que son labores realizadas en un periodo de tiempo que abarca pocas semanas de duración, que se repiten todos los años y generalmente una vez al año. Sin embargo, esta última característica no puede ser interpretada restrictivamente en nuestro medio ya que en Venezuela se obtienen, en ciertos cultivos, más de una cosecha anual. Bajo tal aspecto se justifica el tratamiento especial por cuanto la necesidad del servicio para el patrono, si bien se manifiesta con regularidad, se contrae a cortos lapsos de duración. En efecto, en las épocas de cosecha o recolección, será necesario un aumento en el empleo de la mano de obra para hacer frente a las necesidades respectivas; sin embargo, tal necesidad desaparece una vez cumplida la labor concreta de recolección (...).
>
> La doctrina no limita el reconocimiento del trabajo de temporada a las actividades de la agricultura y la ganadería; sino que, además, entiende que existen trabajos industriales y comerciales de temporada; citando como ejemplo, los casos de hoteles en lugares de veraneo que permanecen abiertos durante pocos meses del año; y el de las industrias que elaboran productos del campo y en consecuencia, laboran en el momento inmediato posterior a la cosecha de dichos productos (pp. 72-74).

ii) Definición legal vigente.

En el ámbito del trabajo rural, la Ley Orgánica del Trabajo (Artículo 316) recoge lo establecido por el Reglamento de la Ley del Trabajo (1973).

En el ámbito de la estabilidad, Ley Orgánica del Trabajo acoge la definición del Reglamento de la Contra Despidos Injustificados (1975) en el Artículo 114.

Ante la falta de precisión de la doctrina laboral, debe acogerse la opinión de HUNG (1979) ya transcrita.

iii) Distinción del trabajador temporero del trabajador contratado por tiempo determinado.

El Ministerio del Trabajo, en fecha 3 de febrero de 1988, se pronunció como alzada en un pronunciamiento de reincorporación de trabajador protegido por inamovilidad, en los siguientes términos:

> "Segunda: La empresa accionada en el acto de la litis contestatio conoció la relación laboral y la inmovilidad y reconoció el despido alegando que se trataba de una aprendiz que había terminado su aprendizaje dentro de la empresa, por disposición del INCE. Tercera: Planteada en estos términos la controversia, correspondía a la empresa reclamada comprobar el fundamento de su defensa, como es la condición de aprendiz de la trabajadora querellante (….) Quinta: Si bien es cierto que de acuerdo a lo consagrado en el articulo 204 del Reglamento de la T, en concordancia con el Art. 14 de la Ley del INCE y el articulo 2 de su Reglamento, las relaciones obrero- patronales, respecto de los aprendices, se regirán por la L. del T. y su Reglamento, igualmente es cierto que, *por tratarse de trabajadores temporeros, equiparándoseles su relación laboral a un contrato de trabajo para una obra determinada*, una vez concluido el curso de aprendizaje y aprobado el mismo, la empresa no está en la obligación de incorporar al aprendiz en su nómina como trabajadora normal, pues su obligación es la de emplear y enseñar metódicamente un oficio a los menores seleccionados a tal efecto. Sexta: Con lo expresado con anterioridad, este Despacho abordara a la conclusión de que ciertamente la trabajadora accionante gozaba de los derechos conferidos por la L. del T. y su Reglamento, entre los cuales podría señalarse el de la inamovilidad a que se contrae el Articulo 218 de RLT, pero estima esta superioridad que es antijurídico reenganche de un laborante que no pertenece a la nomina normal de la empresa, sino que su incorporación a la misma se debe a la existencia de un dispositivo protector en la Ley que rige al INCE, a los fines de formar a cierta clase de trabajadores, considerándose, por tanto, los mismos como laborantes temporeros (PORRAS-RODRÍGUEZ, 1988-89, t. VI, 127-28. Cursivas agregado).

En el texto se ha destacado como se equipara al aprendiz con el trabajador temporero y con aquel que es contratado para una obra determinada.

El Artículo 74 de la Ley Orgánica del Trabajo establece el principio que ha de regir en los contratos celebrados por tiempo determinado:

> Artículo 74.- El contrato celebrado por tiempo determinado concluirá por la expiración del término convenido y no perderá su condición específica cuando fuese objeto de una prórroga (...).

Para la celebración de este tipo de contrato de trabajo no basta la voluntad de las partes; el Artículo 77 de la LOT establece las causas por las cuales se puede celebrar:

> Artículo 77.- El contrato de trabajo podrá celebrarse por tiempo determinado únicamente en los siguientes:
>
> a) Cuando lo exija la naturaleza del servicio;
>
> b) Cuando tenga por objeto sustituir provisional y lícitamente a un trabajador; y
>
> c) En el caso previsto en el Artículo 78 de esta ley.

Estudiemos brevemente los supuestos normativos, que tienen carácter excepcional (Artículo 8, literal d, acápite II, RLOT):

* *Cuando así lo exija la naturaleza del servicio,* es decir, por motivo de una eventualidad, por una actividad especial y determinada en el tiempo.

* *Para sustituir provisional y lícitamente a un trabajador*, como en el caso de un trabajador que esté por disfrutar sus vacaciones; se le haya concedido algún permiso o por alguna otra causa de suspensión de la relación (Artículo 94 LOT).

* *Los trabajadores contratados para laborar fuera del país*, que es el caso que desarrolla el Artículo 78 de la ley.

De estos tres supuestos legales, el que más se asemeja a la situación del trabajador temporero es el primero, es decir, *cuando la naturaleza del servicio así lo exige*.

Ahora bien: ¿Puede afirmarse que todo trabajador temporero es un trabajador contratado por tiempo determinado? ¿Todo trabajador contratado por tiempo determinado es un temporero?

La frontera entre uno y otro es imperceptible.

IV. El Trabajador eventual y el trabajador ocasional.

i) Antecedentes próximos en la legislación venezolana.

El Reglamento del Trabajo en la Agricultura y en la Cría (1945) define a los trabajadores ocasionales como "aquellos que sólo prestan sus servicios accidentalmente en el fundo en determinadas épocas del año y no están comprendidos en ninguna de las categorías anteriores" (Artículo 27). Este reglamento no definió al trabajador rural ocasional.

Es importante destacar que la norma exige el carácter *accidental* de la labor y que ésta no corresponda con las categorías del trabajador permanente o temporero. Es una categoría residual.

El Reglamento de la Ley del Trabajo (1973) acoge íntegramente la definición anterior en el Artículo 261. Este reglamento sólo se refiere a los trabajadores ocasionales y omite toda mención de los trabajadores eventuales.

La Ley Contra Despidos Injustificados (1974) se refiere de manera conjunta a los trabajadores eventuales y ocasionales (Artículo 12) y su reglamento los define como términos sinónimos al señalar que *"son trabajadores eventuales u ocasionales los que realizan labores en forma irregular, no continua ni ordinaria y cuya relación de trabajo termina al concluir la labor encomendada"* (Artículo 4).

HUNG (1979) el autor que más copiosamente se ha referido al trabajador ocasional:

> Encontramos la definición (...) sumamente ambigua e imprecisa. En principio, la utilización de los calificativos de eventual y ocasional, los cuales el

> Reglamento parece tratar como sinónimos, sugieren la idea de un trabajador contratado para realizar una labor que no es normal dentro del contexto de la actividad general del patrono; es decir, para cubrir una necesidad imprevista y la cual, aún cuando en definitiva pudiere incidir o tener relación con la actividad ordinaria de la empresa, no constituye labor permanente y ordinaria. Bajo este ángulo interpretativo tendría explicación la parte final del Artículo 4 cuando concluye señalando que en tal tipo de trabajo, la relación laboral "termina al concluir la labor encomendada". Alguna doctrina distingue el trabajador eventual del ocasional, señalando al efecto que el primero desempeña labores regulares en la empresa, pero en ocasiones o situaciones extraordinarias, citando los casos de elevación de la producción o suplencias por vacaciones o enfermedades de trabajadores permanentes; mientras que reserva la calificación de ocasional para aquellos trabajadores que ejecutan una labor extraordinaria, no normal dentro de la actividad de la empresa, citando los casos de técnicos contratados para hacer estudios sobre factibilidad de elevar la producción o sobre mejoramiento de las normas de seguridad de la empresa (...).
>
> En nuestra opinión, cuando el legislador hizo uso de los términos "labores en forma irregular, no continua ni ordinaria" (...) quiso referirse, como asentamos anteriormente, a labores no comunes u ordinarias dentro de la actividad general y normal de la empresa. Bajo este aspecto la justificación de la excepción se fundamenta en forma analógica para los contratos celebrados para obra determinada; pero sin que fuere necesario el cumplimiento de las formalidades legales previstas en esta modalidad contractual.
>
> La diferencia entre el trabajo de temporada y el trabajo ocasional, estribaría, precisamente a que el primer constituye labores ordinarias en la actividad del patrono, mientras que el segundo no (pp. 74-76).

Sobre la condición jurídica de los trabajadores eventuales se pronunció la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo (CJMT) en fecha 18 de enero de 1977:

> Concretamente, en el caso consultado, los trabajadores denominados por la empresa "eventuales" pasaron a ser trabajadores fijo o permanentes, como así lo reconoce el consultante, por cuanto han prolongado en el tiempo su prestación de servicios por un período considerable que hace lógico pensar que han perdido la condición de "eventuales". Refuerza este criterio, el hecho afirmado también por la consultante, de que mucho de ellos fueron incorporados a la lista de los trabajadores amparados por el contrato colectivo de trabajo vigente (PORRAS RODRÍGUEZ, 1988-89, t. II, p. 969).

La Corte Superior del Trabajo, el 15 de marzo de 1968, afirmó lo siguiente respecto del trabajador ocasional:

> (...) para desvirtuar la presunción del contrato de trabajo establecida por la relación de servicios prestados por el demandante, la parte accionada alega, en el escrito de contestación de la demanda, que el actor, "como trabajador ocasional" y nada más, nunca estuvo sujeto a horario y días determinados, terminándose pues las relaciones con el demandado cada vez que ROBLES concluida sus labores (...).
>
> (...) el hecho de que las personas que trabajan como tales, sean ocasionales, son situaciones que deben ser comprobadas en cada caso, porque si esta circunstancia se da en personas que son siempre las llamadas periódicamente para prestar estos servicios, la relación de trabajo persiste, con ciertas interrupciones que no son, siempre, interrupciones del vínculo jurídico que une a las partes.
>
> En el caso presente, dadas las declaraciones de los testigos (...) el actor no siempre está a disposición del patrono y, por consiguiente, el estado de subordinación no aparece determinante (RAMÍREZ & GARAY, t. XVIII, pp. 225 A 231).

En esta decisión judicial puede apreciarse la delgada línea que separa al trabajador ocasional del trabajador permanente.

El Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, el 12 de agosto de

1977, estableció lo siguiente:

> (...) la demandada admitió que el demandante (...) le prestó servicios, aún cuando señala que en forma esporádica. (...) se presume el contrato de trabajo entre el que presta un servicio y el que lo recibe (...) si bien la demandada alegó el carácter esporádico de los servicios del demandante, no negó o discutió que estos fueran prestados en condiciones de subordinación. Es por esto que la demandada debe demostrar esos hechos que alega, en cuanto a la esporadicidad de los servicios prestados (...).
>
> Promovió (...) la demandada, marcados B once documentos privados (...). La actora no tachó ni desconoció dichos documentos (...). De ellos aparece que el demandante, percibió de la demandada el 7, 11 y 24 de diciembre de 1.975, el 5, 14, 20 y 28 de noviembre de 1.975, el 13 y 23 de febrero de 1.975 y 29 y 30 de enero de 1.975, sumas de dinero identificadas como "precio de tiro" (...).
>
> Con la declaración de los testigos (...) y los once documentos traídos a los autos por la demandada ya analizados, ésta demostró el carácter esporádico de los servicios que [el demandante] realizó para la demanda y por lo tanto desvirtuó lo alegado por el demandante en cuanto a la existencia del contrato que este invoca (...). Es evidente que esa labor esporádica del demandante (...) no puede configurar un contrato de trabajo (...). Ni siquiera puede decirse que tuviera horario especial (...). Tampoco se trata de un trabajador temporero pues goza de la continuidad y regularidad de los servicios marcados por la duración de la temporada o época en que existen las circunstancias que exigieran su contratación (...).
>
> (...) No puede deducirse que en caso de falta de chofer fijo solo pudiera llamarse a [el demandante] para sustituirlo (...), pues no puede entenderse el concepto de "suplente" como necesaria convocatoria sino que dado el carácter consensual la prestación la produciría si el [el demandado] estaba disponible, tal como se entiende del contexto total de lo alegado por la demandada y de las pruebas que trajo a los autos. Distinto sería el caso si existiese un compromiso previo que diera carácter obligatorio a

> esa convocatoria, pero por no ser así ni aparecer establecido en autos en forma alguna, ello no puede deducirse por la demandada y el tipo de relación esporádica con el demandante. Téngase en cuenta que la actora no trajo prueba alguna a los autos para demostrar sus afirmaciones, pues la única que evacuó o sea la de posiciones juradas no le arrojó mérito probatorio alguno (RAMÍREZ & GARAY, t.. 57, pp.253-258).

ii) Definición legal vigente.

En el ámbito del trabajo rural, la Ley Orgánica del Trabajo (Artículo 316) recoge lo establecido por el Reglamento de la Ley del Trabajo (1973) para el trabajador ocasional.

En el ámbito de la estabilidad, Ley Orgánica del Trabajo acoge la definición del Reglamento de la Ley Contra Despidos Injustificados (1975) en el Artículo 114, en el cual se asimilan a los trabajadores eventuales y los ocasionales.

iii) Distinción del trabajador eventual u ocasional del trabajador contratado para una obra determinada.

El Artículo 75 de la Ley Orgánica del Trabajo establece los extremos exigidos al contrato para una obra determinada:

> Artículo 75.- El contrato para una obra determinada deberá expresar con toda precisión la obra a ejecutarse por el trabajador.
>
> El contrato durará por todo el tiempo requerido para la ejecución de la obra y terminará con la conclusión de la misma.
>
> Se considerará que la obra a concluido cuando ha finalizado la parte que corresponde al trabajador dentro de la totalidad proyectada por el patrono (...).

En los contratos para una obra determinada debe expresarse con precisión la obra a ejecutar por el trabajador; interesa al patrono fijar claramente la labor a los fines de que la relación termine cuando la obra o la parte de la obra que le corresponda al trabajador concluya.

La contratación para una obra determinada no exige a esta que tenga la misma naturaleza del negocio que explota el empleador o la organización laboral, por lo que podría afirmarse que la relación de trabajo ocasional podría concertarse con la celebración de un contrato por obra determinada. No existiría en este caso una frontera cierta entre ambas modalidades.

Lo que sí puede establecerse con seguridad es que no todo contrato por obra determinada podría considerarse como "trabajo eventual u ocasional".

V. El Trabajador autónomo y los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales.

En ocasiones se identifica a los trabajadores autónomos o independientes con los trabajadores temporeros, eventuales u ocasionales.

En algunos asuntos se observa como se alega la inexistencia de la relación de trabajo porque la prestación de servicios del trabajador demandante es autónoma, porque es eventual o temporal:

> Observa el Juzgador que la parte demandada al contestar las pretensiones del actor ha incumplido los extremos del Artículo 135 de Ley Orgánica Procesal del Trabajo: No ha determinado con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuáles niega o rechaza, expresando, asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa.
>
> Del párrafo anterior se deben destacar, entre otras imprecisiones; las siguientes: (1) Se afirma que los actores son trabajadores independientes (Artículo 40 LOT), pero luego afirma que prestan servicios como ayudantes de carga y descarga (Artículo 43, segundo párrafo, LOT), que son trabajadores ocasionales (Artículo 115 LOT) y, por último, trabajadores temporales (Artículo 114 LOT), figuras que tienen su propia naturaleza jurídica en el Derecho del Trabajo y que, en algunos casos, no son compatibles entre sí; (2) Se alega que la

> demandada no pagaba remuneración alguna a los actores, pero indica que, dentro de los viáticos que se le entregan al conductor del camión (que si presta servicios para la demandada) está incluido el pago de la caleta, que es la contraprestación que recibe el sujeto que carga o descarga la mercancía; (3) Que el servicio de carga y descarga lo realizan los demandantes fuera de la empresa demandada, pero en los camiones propiedad de ésta y en ejercicio de su actividad económica, que es el transporte; (4) Que son los camioneros (trabajadores de la demandada) quienes contratan a los caleteros o ayudantes y quienes le pagan la remuneración.-
>
> Además de lo expuesto en el párrafo anterior, se debe destacar que no se niega expresamente la prestación del servicio personal a cargo de los actores, con lo cual se activa la presunción de existencia de la relación de trabajo prevista en el Artículo 65 de Ley Orgánica del Trabajo en conexión con el Artículo 72 de Ley Orgánica Procesal del Trabajo (vid. en http://lara.tsj.gov.ve, Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, sentencia dictada en fecha 13 de abril de 2004 en el asunto KP02-L-2003-1213[12]).

El trabajador independiente, conforme a los términos del Artículo 40 de la Ley Orgánica del Trabajo no está sometido a subordinación o dependencia, ni presta servicios en régimen de ajenidad (vid. Artículo 39 eiusdem).

En contraposición, el trabajador temporero, eventual u ocasional si está sometido a subordinación o dependencia y presta servicios en régimen de ajenidad.

Por lo tanto, cuando en la contestación de la demanda se confunde la figura del trabajador independiente o autónomo con la de los trabajadores temporeros, eventuales u ocasionales puede aplicarse la presunción de confesión por la violación del Artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo por contradicción en la contestación de la demanda.

---

12 Asunto similar lo resolvió el mismo Juzgado en fecha30 de marzo de 2005, asunto KP02-L-2004-634, que también se puede consultar en http://lara.tsj.gov.ve.

VI. Derechos de los Trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales en la Ley Orgánica del Trabajo y los medios de protección.

i) Situación jurídica de los trabajadores temporetos, eventuales y ocasionales en la Ley Orgánica del Trabajo.

En el ámbito del trabajo rural, los trabajadores temporeros y ocasionales no tienen reconocido ningún derecho en forma especial.

En el ámbito de la estabilidad, la calificación de un trabajador como temporero, eventual u ocasional lo excluye automáticamente de la posibilidad de solicitar la calificación del despido, obtener el reenganche con el pago de los salarios dejados de percibir durante el procedimiento; o a las indemnizaciones que establece el Artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, en términos similares a lo que establecía la Ley Contra Despidos Injustificados (Artículo 112, Parágrafo Único, LOT).

Por el contrario, los trabajadores contratados por tiempo determinado o para una obra determinada tienen derecho a disfrutar de los beneficios de la estabilidad "mientras no haya vencido el término o concluido la obra que constituya su obligación" (Artículo 112, Parágrafo Único, LOT).

Si la relación del trabajador temporero, eventual u ocasional se prolonga por más de un mes completo de servicios, al terminar la misma le corresponde la proporción de utilidades o participación en los beneficios o las bonificaciones sustitutivas (Artículo 174 LOT); vacaciones y bono vacacional fraccionados (Artículo 225 LOT).

Si la relación de estos trabajadores termina por despido injustificado o por motivos económicos o tecnológicos le corresponde el preaviso o la indemnización equivalente al mismo (artículos 104 y 106 LOT).

Si la relación termina por retiro justificado, le correspondería al trabajador la indemnización establecida en el Artículo 109 de la Ley Orgánica del Trabajo; pero si es despedido justificadamente es él quien debe pagarla al empleador, además de perder el derecho a las vacaciones y el bono vacacional fraccionados (Artículo 225 LOT).

El Artículo 563 de la Ley Orgánica del Trabajo establece exceptúa de responsabilidad a los empleadores por los accidentes y enfermedades profesionales cuando se trate de personas que ejecuten trabajados ocasionales o ajenos a la empresa.

ii) Principios protectorios del Derecho del Trabajo aplicables a la situación de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales.

Las definiciones legales de los trabajadores temporeros, eventuales u ocasionales sólo hacen hincapié en la labor a cumplir por el trabajador y la relación que existe entre ésta y el negocio que explota el empleador; y omite considerar la intención de las partes, como sí lo hace para el trabajador permanente.

La Ley Orgánica Procesal del Trabajo ordena a los jueces que en sus decisiones no pierdan de vista la irrenunciabilidad de los derechos y beneficios acordados por las leyes sociales a los trabajadores, así como el carácter tutelar de las mismas.

En la tramitación y decisión de los casos en que se alegue que el trabajador es temporero, eventual u ocasional deben aplicarse los siguientes principios:

A) Primacía de la realidad: La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el principio de primacía de la realidad sobre las formas, que están obligados a aplicar los jueces del trabajo (Artículo 2 LOPT).

La Ley Orgánica del Trabajo establece que "la calificación de cargo como de dirección, confianza, inspección o vigilancia, dependerá de la naturaleza real de los servicios prestados, independientemente de la denominación que haya sido convenido por las partes o de la que unilateralmente hubiese establecido el patrono", presupuesto aplicable al caso de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales.

B) Presunción de existencia de la relación de trabajo y de que el contrato se celebró por tiempo indeterminado: Cuando el empleador alegue que el trabajador es temporero, eventual u ocasional está reconocida la existencia de la relación de trabajo; se han activado automáticamente las presunciones del Artículo 65 de la Ley Orgánica

del Trabajo y del Artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Seguidamente, el Juzgador debe aplicar la presunción del Artículo 73 de la Ley Orgánica del Trabajo para determinar la modalidad de contratación: "El contrato de trabajo se considerará celebrado por tiempo indeterminado cuando no aparezca expresada la voluntad de las partes, en forma inequívoca, de vincularse sólo con ocasión de una obra determinada o por tiempo determinado". Como una consecuencia directa de la norma, la carga de la prueba de que se trata de un trabajador temporero, eventual u ocasional corresponde al empleador, conforme lo establecido en el Artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en conexión con lo previsto en el Artículo 135 eiusdem.

C) La continuidad de la relación: El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo enuncia como uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo el de conservación de la relación laboral; y uno de sus corolarios es la preferencia por los contratos de trabajo a tiempo indeterminado y advierte que podrá atribuirse carácter excepcional a los supuestos de autorización de contratos a término previstos en el Artículo 77 de la Ley (Artículo 8, literal d, acápite II), medida que debe extremarse para aquellos casos en que el patrono pretenda evadir responsabilidades alegando relación de carácter temporero, eventual u ocasional.

Por tal razón, consideramos que también son aplicables a los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales los mecanismos de protección consagrados para los trabajadores contratados por tiempo determinado y para una obra determinada respecto de la continuidad de la relación.

A los trabajadores temporeros le son aplicables los presupuestos del Artículo 76 de la Ley Orgánica del Trabajo respecto del límite temporal de las relaciones; y el Artículo 74 eiusdem que establece el régimen de las prórrogas que transforman al contrato por tiempo determinado en una vinculación indeterminada en el tiempo:

Si el contrato del temporero que se haga valer en juicio no se encuentra enmarcado en ninguno de los supuestos legales en los cuales está permitida tal modalidad de contratación debe entenderse, se trata de una relación por tiempo indeterminado.

Como una manifestación más de protección a las vinculaciones laborales indeterminadas en el tiempo, el Artículo 76 de la Ley establece las siguientes limitaciones temporales: "En los contratos por tiempo determinado los obreros no podrán obligarse a prestar servicios por más de un (1) año, ni los empleados y los obreros calificados por más de tres (3) años".

Estas limitaciones también podrían aplicarse al trabajador temporero y la violación de cualquiera de los límites establecidos por la citada norma transforma a la relación, originalmente limitada en el tiempo, como si se hubiere pactado por tiempo indeterminado.

El legislador también regula la conversión de las relaciones por tiempo determinado por sucesivas prórrogas o la continuidad en el servicio.

Las Prórrogas del Contrato de Trabajo a tiempo determinado están previstas en el Artículo 74 de la Ley Orgánica del Trabajo en la cual se establece:

> Artículo 74.- El contrato celebrado por tiempo determinado concluirá por la expiración del término convenido y no perderá su condición específica cuando fuese objeto de una prórroga.
>
> En caso de dos (2) o más prórrogas, el contrato se considerará por tiempo indeterminado, a no ser que existan razones especiales que justifiquen dichas prórrogas y excluyan la intención presunta de continuar la relación (...).

El Artículo 31 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo desarrolla los postulados de la disposición legal citada:

> Artículo 31.- Prórroga del contrato a término. Se entenderá que medien razones especiales que justifiquen dos (2) o más prórrogas del contrato a tiempo determinado, sin alterar su condición, cuando la circunstancia que justificó su celebración, en los términos del artículo 77 de la Ley Orgánica del Trabajo, se extendiere por tiempo superior al previsto al momento de la celebración de aquel contrato, o cuando surgieren nuevas circunstancias de similar naturaleza.

La ley admite una prórroga; si hay más de dos prórrogas el contrato se considerará celebrado a tiempo indeterminado, a no ser que existan razones especiales que justifiquen dichas prórrogas y excluyan la intención presunta de continuar la relación, como en el caso del trabajador que tiene diez (10) años prestando servicio para un patrono, pero lo único que ha hecho es hacer sustituciones, reposo, vacaciones, descansos de maternidad. En diez (10) años siempre ha estado sustituyendo temporalmente a otros trabajadores, por lo tanto él no está contratado por tiempo indeterminado, sino por tiempo determinado en circunstancias especiales y justificadas.

La figura de las prórrogas en la relación por temporada no está prohibida expresamente, por lo que son aplicables plenamente las disposiciones legales y reglamentarias expuestas.

El Artículo 74 de la Ley Orgánica del Trabajo establece lo siguiente respecto de la continuidad del servicio:

> Artículo 74.- (...)
>
> Las previsiones de este artículo se aplicarán también cuando, vencido el término e interrumpida la prestación del servicio, se celebre un nuevo contrato entre las partes dentro del mes siguiente al vencimiento del anterior, salvo que se demuestre claramente la voluntad común de poner fin a la relación.

La disposición legal regula dos situaciones:

(A) Si vencido el contrato de trabajo por tiempo determinado, se celebra otro nuevo dentro del mes siguiente y no hay interrupción; hay continuidad de la relación de trabajo. Para desvirtuar esta presunción legal debe demostrarse "claramente" la voluntad de las partes de poner fin a la primera relación.

(B) Si se venció el tiempo del contrato por tiempo determinado y pasado un mes se celebra un nuevo contrato, este no tiene nada que ver con el anterior y habrá interrupción de la relación laboral.

La figura de la continuidad en el servicio de temporada no está prohibida expresamente, por lo que es aplicable plenamente la previsión legal expuesta.

A los trabajadores eventuales u ocasionales les son aplicables los presupuestos del Artículo 75 de la Ley Orgánica del Trabajo que rige la transformación de los contratos para una obra determinada en contratos por tiempo indeterminado:

> Artículo 75.- (...)
>
> Si en el mes siguiente a la terminación de un contrato de trabajo para una obra determinada, las partes celebran un nuevo contrato para la ejecución de otra obra, se entenderá que han querido obligarse, desde el inicio de la relación, por tiempo indeterminado.
>
> En la industria de la construcción, la naturaleza de los contratos para una obra determinada no se desvirtúa, sea cual fuere el número de servicio de ellos.

En los contratos para una obra determinada si se celebra un nuevo contrato dentro del mes siguiente a la terminación del anterior hay continuidad, se entiende que ha sido un solo contrato por tiempo determinado; no se permiten las prórrogas, con excepción de la industria de la construcción, donde la ley establece que la naturaleza del contrato por obra determinada no se pierde, independientemente del número de contratos que se celebren.

Si el trabajo eventual u ocasional puede calificarse como una modalidad de contrato individual de trabajo por obra determinada, la prórroga o la continuidad en el servicio convertirán la vinculación laboral en permanente.

Ha establecido la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia que las presunciones legales no se pueden aplicar en forma automática. Siempre deben estudiarse las pruebas cursantes en autos.

VII. Bibliografía.

(Las leyes, los reglamentos y páginas consultadas en Internet se identifican en las notas al pie de página)

- ACOSTA GUEVARA, Sabas. *Ley contra despidos injustificados*. *Estudio Analítico de sus más importantes disposiciones*. Ediciones Magón. Venezuela, Caracas. 1976.

- ALFONZO GUZMÁN, Rafael. *Nueva Didáctica Del Derecho Del Trabajo* (9° ed.). Litografía Melvin. Venezuela, Caracas. 1996.

- ARAUJO, Jesús. *Comentarios a la Ley Del Trabajo***.** Italgráfica, s.r.l. Venezuela, Caracas. 1974.

- ARAUJO, Jesús. *Comentarios a la Ley Contra Despidos Injustificados***.** Italgráfica, s.r.l. Venezuela, Caracas. 1975.

- GARCÍA VARA, Juan. *Estabilidad Laboral en Venezuela*. Editorial Pierre Tapia, Venezuela, Caracas. 1995.

- GOIZUETA HERRERA, Napoleón. *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*, coordinado por Oscar Hernández Álvarez (2° ed.). Tipografía y Litografía Horizonte, c.a. Venezuela, Barquisimeto, Estado Lara. 1999.

- GUTIÉRREZ, Ingrid. *Manual sobre Estabilidad Laboral Relativa*. Livrosca, Venezuela, Caracas. 1998.

- HERNÁNDEZ TOVAR, Vicente. *Comentarios sobre la Ley Contra Despidos Injustificados y su Reglamento*. Universidad de Carabobo. Venezuela, Valencia. 1976.

- HUNG, Francisco. *Contribución al Estudio de la Ley Contra Despidos Injustificados***.** Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela, Caracas, 1979.

- PORRAS, J. y RODRÍGUEZ, M. *Compendio Práctico de Jurisprudencia de la Ley del Trabajo*, c.a. Venezuela, Caracas. 1990.

- RÉGIMEN LABORAL VENEZOLANO. Legislación Económica, Venezuela, Caracas, 1999.

- SAINZ MUÑOZ, Carlos. *Los Derechos de los Trabajadores en la Ley Orgánica del Trabajo***.** Editorial Lito-Jet, c.a. Caracas, Venezuela. 1991.

- TORRES, Iván. *Despidos Injustificados. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia***.** Tipografía y Litografía Mauro, s. r. l. Venezuela, Caracas. 1976.

Crítica al carácter vinculante de la Doctrina de la Sala de Casación Social

Oscar Hernández Álvarez

Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad
Centro Occidental «Lisandro Alvarado» (UCLA)
Miembro correspondiente de la Academia de
Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela

Resumen:

En el presente tema se aborda un análisis constructivo crítico sobre el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial de la Sala Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia; siendo que la independencia del Poder Judicial constituye la principal garantía del funcionamiento adecuado a la separación de los Poderes Públicos que conforman el Estado de Derecho. En este sentido se hace un razonamiento de los países que utilizan el sistema del Common Law. Así mismo se determina que en Venezuela no existía un sistema de precedentes judiciales y en la Constitución de 1999, se incorporó en el ordenamiento Jurídico un elemento emparentado con el sistema de precedentes judiciales. Posteriormente a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo venezolana estableció un elemento propio de un sistema de precedentes judiciales, el cual será objeto de estudio en el presente artículo, para concluir con tres observaciones al carácter vinculante de la doctrina de la Sala de Casación Social.

Recibido: 26-05-2005 Aceptado: 01-07-2005

Abstract:

In this subject we approach a constructive and critical analysis about the linking character of the Jurisprudence doctrine of the Social Cassation Court, of the Supreme Court of Justice. Due to, that the independence of the Judicial Power is the main guarantee for the appropriate function, to the separation of the Public Powers, which are in accordance with the Civil Rights. In this sense, a rationing is made about the countries which use the Common Law System. Therefore it is determined that in Venezuela did not exist a system of juridical preceding and with the 1999 Constitution, was incorporated in the juridical ordinance, an element linked with system of juridical preceding. Subsequently to the admission of the 1999 Constitution, the Venezuelan Working Process Organic Law established an own element of a system of juridical preceding, which will be studied in this article, to conclude with the observation to the linking character of the Social Cassation Court.

Palabras Claves:

1. Doctrina judicial vinculante
2. Jurisprudencia
3. Sala de Casación Social

La separación de los poderes públicos es un elemento esencial para la conformación del Estado de Derecho. La independencia del poder judicial constituye la principal garantía del funcionamiento adecuado de este tipo de Estado. Cuando se habla de independencia del poder judicial hay que tomar en cuenta una doble perspectiva: la de la autonomía del poder judicial frente a los otros poderes públicos y demás sectores sociales y la de la autonomía, que al interno del poder judicial, debe tener el juez para el desempeño de la importante función que le está asignada. El juez debe aplicar la Ley al caso concreto que está bajo su jurisdicción conforme al dictado de su conciencia, al buen conocimiento del Derecho y a su obligación de impartir justicia para lograr un funcionamiento adecuado del orden social, todo lo cual supone en el magistrado sólidos fundamentos éticos y científicos. Claro está que la independencia del Juez no puede ser absoluta, ya que éste debe dictar su sentencia dentro de los límites establecidos por la ley.

Por otra parte, el equilibrio del orden social aconseja que el fallo individual de un tribunal pueda ser objeto de recursos tendientes a que la parte disconforme con el mismo pida su revisión ante otras

instancias. De allí que las normas procesales establezcan, con excepciones particulares, recursos ordinarios y extraordinarios contra las sentencias dictadas por los tribunales. Dentro de la variedad de recursos establecidos, existe uno, el de Casación, generalmente atribuido al más alto tribunal de cada país, que tiene por objeto procurar la uniformidad de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de la Ley, anulando aquellos fallos en cuales se cometan los errores o vicios que la propia Ley establece como causas de tal anulación. La casación es un instrumento útil para el logro del objetivo esencial de todo sistema judicial, cual es la eficaz administración de la justicia, pero no debería comportar sujeciones jerárquicas que son extrañas al funcionamiento de un poder judicial basado en la independencia de los jueces. En este orden de ideas, Piero Calamandrei (Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado, EJEA, Buenos Aires, 1.969), afirma: "La independencia de los jueces, esto es, el principio institucional en virtud del cual, en el momento en que juzgan, deben sentirse libres de toda subordinación jerárquica, es un duro privilegio que impone a quien lo disfruta el valor de responder de sus actos sin esconderse tras la cómoda pantalla de la orden del superior." Es por ello, que sin desconocer el valor de la casación ni el respeto que merecen los Altos Tribunales encargados de aplicarla, cabe realizar la crítica de aquellos sistemas en los cuales el alcance establecido para las consecuencias de la procedencia de tal recurso, puede llegar a constituir un obstáculo para el ejercicio independiente de la función judicial y para el desarrollo del poder creador de la jurisprudencia de instancia.

Para desarrollar el tema que planteamos, es preciso relevar que el papel de la jurisprudencia no es idéntico en los sistemas denominados de Derecho Civil o romanísticos que en los denominados de Derecho Consuetudinario o Common Law. En los países cuyo sistema jurídico se generó a partir de las instituciones elaboradas por el Derecho Romano, las normas de conducta que constituyen su ordenamiento jurídico están fundamentalmente contenidas en instrumentos escritos aprobados por poderes públicos competentes que las formulan y aprueban de acuerdo a un procedimiento previamente establecido: la legislación. En estos países las normas del Derecho suelen estar sistematizadas en Códigos, leyes orgánicas o generales, que conviven con manifestaciones legislativas más particulares, como leyes, reglamentos, decretos etc. En su labor de administrar justicia, el juez debe buscar en esos instrumentos legislativos cual es la norma que subsume el caso concreto sujeto a

su decisión y aplicar esa norma en su justo alcance. En los países de Common Law, especialmente en aquellos anglosajones en los cuales el aporte jurídico romano no prevaleció, sino que se mezcló con los aportes jurídicos provenientes de las poblaciones locales y de otras poblaciones conquistadoras, las fuentes principales de las normas jurídicas deben buscarse, más que en expresiones escritas emanadas de órganos del poder público, en las formas conductuales que de una forma inveterada esas sociedades han considerado como jurídicamente exigibles. La "inveterata consuetudo" y la "opinio necesitatis iuris", dan lugar a exigencias normativas que no necesariamente constan en códigos o instrumentos escritos formales. Esta forma de producción del Derecho determina que la jurisprudencia juegue, en los países de Common Law, un papel de mayor fuerza que el que desempeña en los países de derecho romanístico. En estos últimos el Juez debe determinar cuales son las consecuencias de su aplicación al caso concreto. En aquellos el Juez, a falta de Ley escrita, debe buscar la norma en las entrañas mismas de la vida social y logrado este objetivo, aplicará tal norma.

Para atender a las necesidades de seguridad jurídica, elemento esencial para el funcionamiento del Estado de Derecho, en los países de Common Law existe un sistema de precedentes judiciales que evita que, en cada decisión, el Juez tenga que llevar a cabo ese complejo proceso de determinación de la norma aplicable, ya que las sentencias dictadas con anterioridad y que reúnan determinadas características que las califiquen como precedentes aplicables, constituyen un cuerpo normativo que va a determinar que el Juez decida el caso sometido a su consideración, aplicando los criterios establecidos precedentemente por la jurisprudencia para resolver casos similares. El sistema de precedentes, tal como existe de manera generalizada en los países de Common Law, supone que un tribunal debe decidir en conformidad con los criterios establecidos en sentencias previas que han resuelto casos idénticos al sometido a su consideración. Pero incluso en estos países, el sistema de precedentes está sometido a importantes limitaciones. Se requiere, en primer lugar que exista una identidad del caso, lo cual requiere una precisión que no es siempre fácil de lograr. Señala Calamandrei, cuyo conocimiento del Derecho se basaba no sólo en su relevante actividad académica y científica sino en una vasta experiencia en la lucha tribunalicia, que "entre los casos que el juez debe considerar no hay uno solo que no presente alguna característica singular que lo distinga de todos los demás." En segundo lugar, es necesario

precisar que no toda la sentencia hace parte del precedente, sino sólo aquella parte de la misma que constituye su fundamentación, pues es en ella donde el juez determina cual es la regla o principio que va a aplicar para decidir el caso concreto, regla o principio capaz de constituir un precedente judicial vinculante para el futuro. No forman parte del precedente aquellas motivaciones marginales o circunstanciales que se refieren muy particularmente al caso concreto. Es de advertir que el precedente, si bien orienta las decisiones de los tribunales, no tiene un valor intangible, ya que es posible, e importantes casos destacados por la doctrina así lo ilustran, que el Tribunal, en especiales circunstancias y con una motivación debidamente justificada, pueda apartarse del precedente y decidir en sentido diferente al establecido en el mismo.

En Venezuela no existía un sistema de precedentes judiciales. El más Alto Tribunal conocía, en sus diferentes salas, el recurso de casación, con el cual procuraba uniformar la jurisprudencia. Pero siempre "la cosa juzgada" surtía sus efectos para el caso concreto en que se producía, de manera que las sentencias dictadas en Casación, si bien conformaban una doctrina generalmente respetada por jueces y abogados, no constituían una verdadera limitante para la función de aquellos de decidir y de éstos de alegar. Un Juez prudente procuraba seguir la doctrina de Casación. Hacer lo contrario era dar pie a que todos sus fallos fuesen derogados, con perjuicio para los justiciables y en desmedro de una eficaz administración de justicia. Un abogado prudente no fundamentaba su estrategia para la defensa de los casos que le eran encomendados, en un desafío permanente a la doctrina de Casación. Pero ni el juez ni el abogado eran prisioneros del precedente judicial. Si la Casación había decidido un caso con un criterio que chocaba con su convicción científica y ética, unos y otros, en sus fallos y en sus alegatos, respectivamente, podían, sin mayores consecuencias, denunciar la improcedencia de tal criterio y, en más de una ocasión, lograron que el mismo fuese revisado por el Alto Tribunal.

En la Constitución de 1.999 se introduce una norma que, en cierto modo y en relación a unas sentencias muy particulares, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico un elemento emparentado con el sistema de precedentes judiciales. En efecto, el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece: "El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo

y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República." Con base en esta disposición, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha venido jugando un papel preponderante en el sistema judicial venezolano. En efecto, la Sala ha hecho valer el carácter vinculante de sus decisiones, aún para sentencias que no interpretan directamente el texto constitucional, sino que se refieren a normas de rango legal. Por otra parte, la Sala ha sostenido su competencia para revisar las sentencias de otras salas del Tribunal Supremo, cuando considere que estás son contrarias a la Constitución. Esta posición de la Sala Constitucional ha generado conflictos con las otras Salas, que han visto "revisadas" algunas importantes decisiones suyas. Ha sido objeto, además, de comentarios críticos por parte de amplios sectores de la doctrina. Jesús M. Casal H. (Los Actuales Desafíos de la Justicia Constitucional en Venezuela, en XXX Jornadas J. M. Domínguez Escovar, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005) afirma: " El artículo 355 de la Constitución, frecuentemente invocado para justificar tal potestad revisora, ciertamente prevé, dentro de determinados límites, el especial efecto vinculante de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, pero ello no autoriza a esa Sala a imponer su criterio constitucional en cualquier caso y por cualquier vía. Al contrario, sus interpretaciones vinculantes deben sentarse en uso de las atribuciones procesales efectivamente otorgadas por la Constitución, o por la Ley conforme a la Constitución, la cual no la erige en órgano de revisión de los pronunciamientos de las demás."

Apenas pocos años después de la vigencia de la nueva Constitución, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo estableció una disposición que también se aparta de la tradición judicial venezolana al introducir un elemento propio de un sistema de precedentes judiciales. El artículo 177 de dicha Ley dispone que los jueces de instancia deberán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia. Esta norma difiere sustancialmente de la establecida en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil que dice que "Los jueces instancia ***procurarán*** acoger la doctrina de casación en casos análogos." La nueva norma que establece el carácter vinculante de la Casación Social ha encontrado serias

objeciones por parte de la doctrina y ha sido objeto de una interpretación restrictiva por parte de la Sala Constitucional. Así, Ricardo Henríquez La Roche (Nuevo Proceso Laboral Venezolano, Editorial Liber, Caracas 2.003) dice" " Las interpretaciones o los principios sentados por una sentencia, que no tiene el atributo de "derecho judicial consuetudinario" no debieran ser vinculantes en aras de la independencia de la función jurisdiccional de los jueces que preconiza el artículo 256 de la Constitución de la República. Esta norma constitucional presupone la imparcialidad e independencia de los jueces en el ejercicio de sus funciones, razón por la cual les prohíbe ciertas actividades, incluso la de agremiarse. Por su parte, la exposición de motivos de la ley, señala que el artículo 1º de la Ley "recoge la corriente dominante en la doctrina nacional y extranjera, según la cual la verdadera jurisdicción laboral debe ser especializada, conservando desde luego los otros caracteres propios de la jurisdicción como son la independencia e imparcialidad en el ejercicio de tan importante misión... (p. 21) de allí que la convicción de que el criterio propio es el correcto según las particularidades propias que éste presenta – lo cual supone en cierta forma una desemejanza o falta de analogía – debiera ser suficiente para que el propio criterio del juez – independiente- sea preferido por él para la solución del caso y el precedente de la Sala de Casación sea preterido. Allí radica principalmente la independencia del órgano jurisdiccional en el ejercicio de sus funciones, declarada por el ya mencionado artículo 256 de la Constitución de la República..." Por su parte René Molina Galicia afirma que "la norma establecida en el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, coloca al juez en la posición de un funcionario o burócrata subalterno, visto que los únicos que mantienen su condición de jueces independientes y autónomos, son los Magistrados de la Sala de Casación Social, el resto de los funcionarios judiciales titulares del cargo de juez, estarán a la espera de las decisiones de los Magistrados de Casación."

La Sala Constitucional da al referido artículo 177 un alcance diferente al que parece desprenderse de su literalidad, pues sigue considerando que sólo son vinculantes las sentencias suyas que interpretan normas y principios constitucionales. En efecto, en sentencia de fecha 19 de marzo de 2.004. – posterior a la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo – decidió: " .. es claro que en nuestro ordenamiento jurídico ***con excepción de la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala*** (negritas mías), la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho. Sin embargo

, la motivación de los fallos proferidos por las Salas de Casación que trasciendan los límites particulares del caso sub iúdice, para ser generalizada mediante su aplicación uniforme y constante a casos similares, tiene una importancia relevante para las partes en litigio dada la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que ejercen las Salas de Casación de este Alto tribunal, cuando desacaten o difieran de su doctrina, la cual , de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, deben ***procurar acoger*** (negritas mías) para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia." En sentencia de fecha 18 de Junio de 2.003 - también posterior a la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo - la Sala Constitucional hace una amplia consideración sobre los precedentes judiciales y distingue entre la fuerza obligatoria de los precedentes judiciales (las decisiones que dicta esa Sala sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales) y la que corresponde a los precedentes de hecho o de ipso (decisiones de las otras Salas) y concluye: " Desde el punto de vista externo, los precedentes judiciales forman parte de las fuentes del Derecho en los que se basa la Dogmática Jurídica para estudiar los articulados del derecho válido; y en este sentido, ***la fuerza obligatoria del precedente de ipso es solo directiva*** (negritas mías) ; significa ello, que en caso de ser inobservado el precedente es altamente probable que sea revocado en una instancia judicial superior. ***Tal es el efecto que prevé el artículo 178 de la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo al otorgarle a la Sala de Casación Social el control de la legalidad de los fallos emanados de los Tribunales Superiores del Trabajo*** (negritas mías) que aún cuando ni fueran recurribles en Casación, violentan o amenazan violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de dicha Sala de Casación."

Es de relevar que no obstante los anteriores pronunciamientos de la Sala Constitucional, la Sala de Casación Social proclama el carácter vinculante de su doctrina reiterada y, en consecuencia, a través de los recursos de casación y de control de la legalidad deja sin efecto aquellos fallos que se aparten de la misma.

Como conclusión del presente trabajo me permito hacer tres observaciones fundamentales al carácter vinculante que la Sala de Casación Social ha venido atribuyendo a su doctrina reiterada. La

primera es de orden constitucional. Hemos visto que el artículo 256 de nuestra Constitución proclama el principio de la independencia de los jueces en el ejercicio de sus funciones y que tal independencia se manifiesta tanto en una perspectiva externa: autonomía del poder judicial frente a otros poderes públicos y demás entes y personas de la sociedad , como en una perspectiva interna: al dictar sus decisiones el juez debe ser autónomo, de manera que en ejercicio de esa trascendente función no puede estar sujeto a subordinación jerárquica alguna. En el título de Protección de la Constitución y como una manera de garantizar la supremacía y efectividad de las normas constitucionales y de velar por su uniforme interpretación y aplicación, se establece, y ello constituye una evidente excepción al principio de independencia judicial consagrado en el referido artículo 256, el carácter vinculante de las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales. No puede una norma de jerarquía legal, como la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, crear nuevas excepciones a un principio constitucional como el de la independencia de los jueces, el cual, no solo está expresamente establecido en nuestra Carta Magna, sino que tiene tradición histórica en nuestro ordenamiento jurídico. Es por ello explicable que, como se acaba de ver, la Sala Constitucional haya continuado sosteniendo, aún después de la promulgación de la referida Ley, que las únicas sentencias con carácter vinculante formal son las que dicha Sala pronuncie para interpretar las normas y principios constitucionales.

En segundo lugar, observo que el otorgamiento de fuerza obligatoria a las sentencias de Casación, restringe el poder creador de la jurisprudencia de instancia. El juez de instancia es el que está más cerca de la realidad de los hechos y por tanto puede tener un conocimiento más profundo de los mismos. Difícilmente el juez de Casación, ni siquiera en aquellos sistemas en que, como el nuestro, contemplan una audiencia oral a ese alto nivel, puede captar en toda su intensidad el conflicto humano que subyace en cada proceso ni puede apreciar en todos sus alcances las consecuencias que su decisión supondrá para las partes inmersas en el mismo. Es por ello que, no sólo en nuestra época, en nuestra disciplina y en nuestro país, gran parte de los aportes innovadores de la jurisprudencia proceden de decisiones de instancia, posteriormente recogidas por tribunales de mayor jerarquía y en ocasiones incorporadas a la legislación. Permítase señalar algunos ejemplos, –pocos por exigencias de la brevedad- extraídos de nuestra práctica forense.

En la reforma de la Ley del Trabajo aprobada en 1.945 se estableció el sistema de participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa. Desde muy temprano se consideró que esta participación, comúnmente denominada "utilidades" no tenía naturaleza salarial, ya que tenía un carácter aleatorio, lo cual era contrario a la "fijeza" propia del salario, En este sentido se pronunció la Corte de Casación en sentencia del 8 de Agosto de 1.949. Este criterio fue varias veces reiterado por el Alto Tribunal, entre ellas en sentencia de la sala de Casación Civil, Mercantil y del trabajo de fecha 12-12-67 y fue reiteradamente expresado por muchos tribunales de la República y por el Ministerio del Trabajo. Sin embargo, algunos tribunales de instancia llegaron a emitir fallos en contra. De estos fallos el que tuvo más relevancia fue el dictado en 1.960 por el Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Trabajo del Estado Lara, a cargo del Dr. José Rafael Mendoza Mendoza, juez de clara vocación innovadora, quien señaló que "el carácter de aleatoriedad en el monto de las remuneraciones podrá excluir la noción de sueldo fijo, pero no la noción de salario en el sentido amplio en que la entiende nuestro Derecho del Trabajo, como equivalente de remuneración del trabajador" La tesis contraria, advertía Mendoza " puede dar lugar a la violación de la Ley, respecto al pago total de las prestaciones sociales, pues para ello le bastaría al patrono convenir en un salario base bastante bajo, halagando al trabajador con una elevada participación en las utilidades líquidas de la empresa". Sobre este sentencia el Dr. Rafael Caldera expresó que "con ella se abrirá camino a la revisión de una injusta jurisprudencia, tanto más censurable cuanto más reiterada." Con fecha 1 de Marzo de 1.972, en sentencia número 7, la Corte Suprema de Justicia revisó su jurisprudencia y decidió que las utilidades convencionales formaban parte del salario y debían tomarse en cuenta para el cálculo de las utilidades. El Reglamento de la Ley del trabajo de 1973 determinó el carácter salarial de las utilidades convencionales y la Ley Orgánica del Trabajo en 1.990 estableció, de manera más amplia, que todo lo recibido por concepto de participación en los beneficios formaba parte del salario y debía, tomarse en cuenta para el cálculo de la prestación de antigüedad y la indemnización por despido.

El artículo 74 de la Ley del Trabajo de 1.936, decía: "En los días de de descanso obligatorio y vacaciones a que se refieren los artículos 49, 53, primer aparte del artículo 54, 98 y 99, los trabajadores recibirán su sueldo o salario íntegro correspondiente a esos días, con excepción de los declarados festivos por el Gobierno Nacional.

Cuando se trate de obreros que trabajen a destajo o por piezas, el salario correspondiente que deba pagarse durante los días de descanso o de vacaciones, será determinado sobre la base del salario medio que el obrero haya devengado durante el mes inmediato anterior al descanso, o durante los tres meses inmediatos anteriores al período de vacaciones."

El artículo 75 del Reglamento de la Ley del Trabajo promulgado en 1.938 decía: "los obreros que trabajan a destajo o por piezas, sólo tendrán derecho al salario en días de vacaciones, cuando ejecuten el trabajo para un mismo patrono, ya en el local que éste les señale, o bien en la habitación del propio trabajador, durante todo el año. Los obreros a que se contrae este artículo sólo tendrán derecho al salario correspondiente a los días primero de enero, jueves y Viernes Santos y los declarados festivos en la Ley de Fiestas Nacionales, cuando hayan trabajado para un solo patrono, en el local que éste les señale o en la propia habitación del trabajador, en el mes inmediatamente anterior al respectivo día."

Basándose en que el primer a parte del artículo 73 de la Ley y el artículo 75 del Reglamento hacían referencia a los obreros a destajo y no a los empleados, el Tribunal Primero de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda en sentencia de fecha 11-08-1.944 decidió que a un vendedor ambulante que percibía un salario variable a base de comisiones, no gozaba del beneficio del salario de los días feriados. Este criterio inspiró no sólo las decisiones de los tribunales, sino también la práctica laboral generalizada en nuestro país durante décadas. El mismo fue ratificado por la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo en sentencia del 17 de Julio de 1.962, reiterada el 07-5-1.965, en la cual decidió: "las disposiciones de los artículos 73, aparte primero y el 74 de la Ley del Trabajo no son aplicables al empleado a comisión". En sentencia de fecha 4 de Mayo de 1.962 el Tribunal Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, expresó su criterio disidente de la Casación en estos términos: "El artículo 73 de la Ley parece otorgar el beneficio de los días feriados solamente a "los obreros que trabajen por destajo o por piezas" descartando a los "empleados" que trabajan por igual sistema. En realidad no se concibe porque estos trabajadores deben estar excluidos de dicho beneficio, cuando están amparados conforme al art. 74 con el pago del salario del día de descanso semanal (domingo), siendo éste también un día feriado. Por tanto se concluye que la redacción del artículo 73 obedece

a un desliz y que los empleados a destajo también están amparados por tal disposición." Con fecha 27 de Noviembre de 1.973, al decidir un caso similar, la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo cambió de criterio. A partir de allí, los empleados a destajo y más específicamente, aquellos cuyo salario comprende comisiones, reclamaron a sus empleadores no solo el pago correspondiente a los días de descanso y feriados, si no también la incidencia que este pago supone en la base de cálculo salarial empleada para la determinación de diversos beneficios laborales como antigüedad, vacaciones, utilidades etc. Parte muy significativa de los juicios que, a partir de esa sentencia, han cursado en los tribunales del trabajo se originan en reclamaciones por este concepto.

Esta actuación de los jueces instancia disintiendo de la Casación y originando cambios en la doctrina de la misma no ha sido exclusiva de los jueces laborales. Puede mencionarse, en al ámbito del Derecho Constitucional, el caso del amparo. La Constitución Nacional de 1.961 consagró la acción de amparo, la cual, anunciaba, debía ser objeto de una Ley especial. Vigente la Constitución, varios ciudadanos ejercieron acciones de amparo ante los tribunales, los cuales las negaban alegando que la disposición que consagraba el amparo tenía carácter programático y no se podía hacer efectiva hasta tanto no se promulgare la respectiva Ley especial que reglamentase su ejercicio. En este sentido se pronunció la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22-10-1.969, que sirvió de fundamento para que años más tarde, el 24-10-1.972, un acuerdo de la Sala Plena instruyese a los tribunales en el sentido de no admitir las acciones de amparo. No obstante ello, algunos tribunales de instancia le daban curso a los amparos. Así, en Enero de 1.973, los organizadores de un festival folclórico que se celebraba en Barquisimeto con los auspicios del gobierno regional, negaron al celebre cantante Alfredo Sadel el derecho a participar en el mismo. Sadel intentó una acción de amparo, la cual fue admitida y declarada con lugar por el antes mencionado juez Mendoza, quien sostuvo que la falta de aprobación de la Ley especial no podía restringir el ejercicio de un derecho expresamente consagrado por la Constitución, como lo era el amparo. Ante el disgusto de los organizadores y el entusiasmo de un público delirante, que de alguna manera se sentía protagonista del suceso jurídico, muy publicitado por los medios locales, Sadel cantó en el Festival, a cuya sede ingresó acompañado de una comitiva encabezada por el juez Mendoza y secundada por efectivos de la Guardia Nacional. En tanto, en Caracas, mientras la generalidad de

los Jueces declaraban inadmisibles las acciones de amparo , el juez Abreu Burelli, entonces Juez de Primera Instancia de Familia, hoy Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, daba curso constantemente y con similar fundamento, a los amparos que introducían en su tribunal. En fecha 20 de Octubre de 1.983 la Sala Político Administrativa dictó una sentencia en la cual cambia de criterio y decide que, no obstante la falta de aprobación de una ley especial, los ciudadanos podían ejercer libremente su derecho al amparo. En 1.988 fue promulgada la Ley Orgánica de Amparo de las Garantías y Derechos Constitucionales.

También en el ámbito mercantil se han planteado situaciones de este tipo. En sentencia del 13 de Octubre de 1.925 la Sala de Casación de la Corte Federal y de Casación negó la posibilidad de acción de nulidad contra las decisiones de la asamblea de accionistas de una compañía anónima. En sentencia de de 5 de Diciembre de 1.957 el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil del Distrito Federal y estado Miranda se pronunció favorablemente a la posibilidad de intentar por vía ordinaria este tipo de acciones de nulidad. Esta sentencia fue revocada por el Superior acogiendo la doctrina de Casación. El 5 de Diciembre de 1.975 la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia estableció la validez de la acción de nulidad contra las decisiones de la asamblea, con lo cual, dice el fallo expresamente, abandona la doctrina de 1.925. El 27 de Noviembre de 2.001 la Ley de Registro Público y del Notariado estableció un lapso de caducidad de un año para intentar esta acción de nulidad.

Podría señalar otros ejemplos en diversas áreas del Derecho, pero no es mi intención aburrir a los lectores del presente trabajo y, además, creo que los ya citados son suficientes para demostrar la importancia que puede tener la jurisprudencia de instancia, a la cual no se le debería limitar con la camisa de fuerza del carácter absolutamente vinculante de la casación.

Una tercera observación tiene que ver con la dificultad de establecer cual es la doctrina de Casación a la cual los j u e c e s de instancia deben acatamiento obligatorio. Por una parte, no hay elementos que permitan precisar cuántos fallos en un mismo sentido se requieren 'para que una doctrina de la sala Social sea considerada como reiterada y, por ende, vinculante. Por simple imperativo de la gramática debería entenderse que un solo fallo no constituye

reiteración. Pero, cabe preguntarse ¿bastarán dos? o se ¿se requerirá una serie continuada de sentencias en el mismo sentido? Por otra parte, el hecho de que la Sala de Casación Social, al igual que lo hacen las otras Salas y lo hacía la antigua Corte Suprema de Justicia, suele cambiar de criterios y, en ocasiones lo hace de manera frecuente y poco sistemática. Así, cabría preguntarse ¿cuál es la doctrina reiterada de la Sala de Casación Civil en una materia tan importante como las relaciones laborales encubiertas y el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, la contenida en las sentencias sobre DIPOSA de fechas 16 de Mayo de 2.000 y 31 de Mayo de 2.001, en las cuales se declara que la relación que une a los demandantes, supuestos concesionarios mercantiles, distribuidores autónomos de cerveza, es de naturaleza laboral ´y ellos trabadores de Diposa , o la de fecha 11 de Noviembre de 2005 que, sin explicar los motivos , cambia de criterio y dice que los actores son comerciantes independientes? ¿Adonde encontrar la doctrina reiterada de la Sala, en la sentencia Bauxilum, del 3 de Mayo de 2.002, que flexibiliza el principio de irrenunciabilidad refiriéndolo a las disposiciones legales de orden público o en la sentencia Visa del 1 de Junio de 2.004 que considera que la posibilidad de desmejorar las cláusulas de una convención colectiva es excepcional, condicionada al cambio de un beneficio por otro y sujeta homologación? Por último y para no agotar al lector con enunciación de varios otros ejemplos, ¿la doctrina reiterada de la Sala está en la conocida sentencia Flexilon del 2.000 que se aparta de la concepción tradicional de la responsabilidad civil, estableciendo la denominada "responsabilidad objetiva por daño moral" o en la sentencia Sergio Alberto Machado Ascensión vs. Banesco, de fecha 1-12-2.003, en la cual la Sala, ajustándose a la ortodoxia, estableció que "cuando el trabajador demanda la indemnización de daños materiales o morales de acuerdo lo establecido en el artículo 1.185 del Código Civil, esto es por responsabilidad subjetiva, éste es quien debe probar los extremos que conforman el hecho ilícito del patrono con fundamento a lo dispuesto en el artículo 1.354 del Código Civil, es decir le corresponde al actor demostrar que el accidente se produjo por intención, negligencia o imprudencia de la empleadora."

Con mucha sabiduría, el legislador estableció que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo debía ser revisada en un lapso de cinco años. Con toda humildad, el presente trabajo pretende ser una colaboración para esta próxima tarea.

Historia documental del Derecho del Trabajo en Venezuela

Variaciones del Salario mínimo en Venezuela (1974-2005)

Por:

Iván Alí Mirabal Rendón

Decreto o Resolución	Fecha	Gaceta Oficial	Salario	Sujeto
122	31-05-74	30.415 04-06-74	15 Bs. Diarios 450 Bs. Mensuales	Urbanos
122	31-05-74	30.415 04-06-74	15 Bs. Diarios 300 Bs. Mensuales	Doméstico
Ley General de Sueldos y Salarios	03-12-79	2.518 03-12-79	30 Bs. Diarios 900 Bs. Mensuales	Urbanos
Ley General de Sueldos y Salarios	03-12-79	2.518 03-12-79	25 Bs. Diarios 750 Bs. Mensuales	Rurales
Ley Gernal de Sueldos y Salarios	03-12-79	2.518 03-12-79	16,66 Bs. Diarios 500 Bs. Mensuales	Doméstico
493	01-02-85		1500 Bs. Mensuales 50 Bs. Diarios	Urbanos
1.383	06-12-86	33.614 08-12-86	2.010 Bs. Mensuales 67 Bs. Diarios	Urbanos
			1.500 Bs. Mensuales 50 Bs. Diarios	Rurales
26	15-02-89	34.162 20-02-89	4.000 Bs. Mensuales 134 Bs. Diarios	Urbanos
			2.500 Bs. Mensuales 84 Bs. Diarios	Rurales
1.585	09-05-91	34.711 10-05-91	6.000 Bs. Mensuales 200 Bs. Diarios	Urbanos
			4.500 Bs. Mensuales 133,33 Bs. Diarios	Rurales
2.049	26-12-91	34.872 31-12-91	8.000 Bs. Mensuales 266,66 Diarios	Urbanos
			6.000 Bs. Mensuales 200 Bs. Diarios	Rurales
2100	20-02-92	34.914 28-02-92	9.000 Bs. Mensuales 300 Bs. Diarios	Urbanos

Decreto o Resolución	Fecha	GacetaOficial	Salario	Sujeto
123	15-04-94	35.441 15-04-94	7.000 Bs. Mensuales 233,33 Diarios	Rurales
			15.000 Bs. Mensuales 500 Bs. diarios	Urbanos
124	15-04-94	35.441 15-04-94	12.500 Bs. Mensuales 416.66 Bs. Diarios	Rurales
2.251	19-06-97	36.232 20-06-97	75.000 Bs. Mensuales 2.500 Bs. Diarios	Urbanos
			68.000 Bs. Mensuales 2.666,67 Bs. Diarios	Rurales
2.846	19-02-98	36.397 19-02-98	100.000 Bs. Mensuales 3.333,33 Bs. Diarios	Urbanos
			90.000 Bs. Mensuales 3.000 Bs. Diarios	Rurales
180	29-04-99	36.690 29-04-99	120.000 Bs. Mensuales 4.000 Bs. Diarios	Urbanos
			108.000 Bs. Mensuales 3.600 Bs. Diarios	Rurales
			90.000 Bs. Mensuales 3.000 Bs. Diarios	Aprendices
			90.000 Bs. Mensuales 3.000 Bs. Diarios	Conserjes
892	03-07-00	36.985 07-07-00	144.000 Bs. Mensuales 4.800,00 Diarios	Urbanos
			132.000 Bs. Mensuales 4.400,00 Bs. Diarios	En empresas con 20 ó menos trabajadores
			132.000 Bs. Mensuales 4.400,00 Bs. Diarios	En empresas afectadas por la catástrofe de Vargas
			129.600 Bs. Mensuales 4.320 Bs. Diarios	Rurales
			108.800 Bs. Mensuales 3.600 Bs. Diarios	Aprendices
			144.000 Bs. Mensuales 4.800 Bs. Diarios	Conserjes

Decreto o Resolución	Fecha	GacetaOficial	Salario	Sujeto
1.428 * Ver Nota	27-08-01	37.271 29-08-01	158.400 Bs, Mensuales 5.280 Bs. Diarios	Urbanos
			145.200 Bs. Mensuales 4.840 Diarios	En empresas con menos de 20 ó trabajadores
			142.560 Bs. Mensuales 4.752 Diarios	Rurales
			118.800 Bs. Mensuales 3.960 Bs. Diarios	Aprendices Menores de Edad en el sector privado
			158.400 Bs. Mensuales 5.280 Bs. Diarios	Conserjes
1.752	28-04-02	5.585 Ext. 28-04-02	190.080 Bs. Mensuales 6.336 Bs. Diarios	Urbanos
			Desde el 01-05-02: 159.720 Bs. mensuales 5.324 Bs. Diarios Desde el 01-10-02: 174.240,00 Bs. Mensual	En empresas con menos de 20 Trabajadores
			5.808 Bs. diarios Desde el 01-05-02: 156.816 Bs. Mensual 5.227,20 Bs. Diarios	Rurales
			Desde el 01-10-02: 171.072 Bs. Mensual 5.702,40 Bs. Diarios	
* Nota: Los Salarios mínimos establecidos en el Decreto Nº 1.428 son aplicables desde el 1º de Mayo de 2001			Desde el 01-05-02: 174.240 Bs. Mensual 5.808,00 Bs. diarios Desde el 01-10-02: 190.080 mensual 6.336 Bs. diarios	Conserjes
			142.560 Bs. mensuales 4.752 Bs. diarios	Aprendices y Adolescentes

Decreto o Resolución	Fecha	Gaceta Oficial	Salario	Sujeto
2.387	**29-04-03**	**37.681** **02-05-03**	Desde 01-07-03 209.088 Bs. Mensual 6.969,60 Bs. Diarios	**Empleador** con más de veinte (20) Trabajadores Urbanos
			Desde el 01-10-03: 247.104 Bs. Mensual 8.236,80 Bs. Diarios	
			Desde el 01-07-03: 191.664 Bs. Mensual 6.388,80 Bs. Diarios	Empleador con menos de veinte 20 Trabajadores Urbanos
			Desde el 01-10-03: 226.512 Bs. Mensual 7.550,40 Bs. Diarios	
	A partir del 01-07-03		156.816 Bs. Mensual	Aprendices y Adolescentes
	A partir del 01-10-03		185.328 Bs. Mensual	
	A partir de Julio 2003		5.227,20 Bs. Diarios	
	A partir de Octubre 2003		6.177,60 Bs. Diarios	
	A partir de 01-07-2003		Desde el 01-07-03: 188.179,20 Bs. Mensual 6.272,64 Bs. Diarios	Rurales
	A partir de 01-07-2003		222.393,60 Bs. Mensual 7.413,12 Bs. Diarios	
	A partir de 01-07-2003		Desde el 01-07-03: 209.088 Bs. Mensual	Conserjes
			6.969,60 Bs. diarios	
	A partir del 01-10-2003		247.104 Bs. Mensual	
			8.236,80 Bs. diarios	

Decreto o Resolución	Fecha	Gaceta Oficial	Salario	Sujeto
2.902	30-04-2004		A partir del 01-05-04: 296.524, 80 Bs. Mensual (20%) 9.884,20 Bs. Diarios	Empleador con más de veinte (20) Trabajadores Urbanos
			A partir del 01-08-04: 321.235,20 Bs. Mensual (10%) 10.707,80 Bs. Diarios	
			A partir del 01-05-04: 271.814,40 Bs. Mensual 9.060,50 Bs. Diarios	Empleador con menos de veinte 20 Trabajadores Urbanos
			A partir del 01-08-04: 294.465,60 Bs. Mensual 9.815,20 Bs. Diarios	
	A partir del 01-05-2004 A partir del 01-08-2004 A partir de Mayo 2004 A partir de Agosto 2004		185.328 Bs. Mensuales 222.393,60 Bs. Mensuales 7.413,12 Bs. Diarios 8.030,90 Bs. Diarios	Aprendices y Adolescentes
			A partir del 01-05-04: 266.872,32 Bs. Mensual 8.895,74 Bs. Diarios	Rurales
			A partir del 01-08-04: 289.111,70 Bs. Mensual 9.637,00 Bs. Diarios	
			A partir del 01-05-04: 209.088 Bs. Mensual 6.969,60 Bs. diarios	Conserjes
			A partir del 01-10-04: 247.104 mensual 8.236,80 Bs. diarios	

Decreto o Resolución	Fecha	Gaceta Oficial	Salario	Sujeto
3.628	27-04-2005	38.174 27-04-2005	Desde el 01-05-05: 405.000Bs. Mensual 13.500 Bs. Diarios	Empleador con más de veinte (20) Trabajadores Urbanos
			Desde el 01-05-05: 371.232,80 Bs. Mensual 12.374,40 Bs. Diarios	Empleador con menos de veinte 20 Trabajadores Urbanos
	A partir del 01-05-2005		303.735,90Bs. Mensuales 10.124,50 Bs. Diarios	Aprendices y Adolescentes
			Desde el 01-05-05: 405.000 Bs. Mensual 13.500 Bs. diarios	Conserjes
			Desde el 01-05-05: 405.000 Bs. Mensual. 13.500 Bs. Diarios	Empleador con más de veinte (20) Trabajores Rurales
			Desde el 01-05-05: 371.232,80 Bs. Mensual 12.374,40 Bs. Diarios	Empleador con menos de veinte 20 Trabajadores Rurales
			Desde el 01-05-05: 405.000 Bs. Mensual	Jubilados y Pensionados (Administración Pública). Pensiones del Seguro Social

Selecciones jurisprudenciales

Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en Sala de Casación Social en materia de Salario

Por:
Alba Cristina Sosa Sosa

Profesora de Derecho del Trabajo de la
Universidad Fermín Toro

Sumario:

1. *Sentencia n° 30:* Bonificación anual de reconocimiento por esfuerzo, asignación de vehículo, pago de cuota de mantenimiento de un club como elementos del salario para cálculo de prestaciones. Aportes patronales al fondo de ahorro.

2. *Sentencia n° 66:* Asignación de vehículo para realización de labores.

3. *Sentencia n° 106:* Elementos integrantes del salario normal: horas extras, bono nocturno, días de descanso, feriados y viáticos.

4. *Sentencia n° 438:* Bono para cubrir gastos de servicios públicos y alquiler de vivienda y bono vacacional.

5. *Sentencia n° 501:* Horas extras causadas en forma regular y permanente.

6. *Sentencia n° 263:* Salario. Dotación de vehículo y vivienda.

7. *Sentencia n° 85:* Gastos de representación cancelados a través de tarjeta de crédito corporativa. Parte variable del salario devengado por un gerente de ventas.

8. *Sentencia n° 165:* Asignación por viáticos.

9. *Sentencia n° 335:* Carácter salarial de los tickets, vales o cupones de alimentación.

10. *Sentencia n° 489:* Naturaleza jurídica de los subsidios y facilidades otorgados al Trabajador. Carácter no salarial de los tickets, vales o cupones. Aportes patronales al ahorro del Trabajador.

11. *Sentencia n° 631:* Créditos o avales para adquisición de vivienda. Ratificación de la naturaleza no salarial de los subsidios o facilidades.

12. *Sentencia n° 1630:* Asignación de vehículo con carácter salarial. Determinación del cuantum del valor del uso del vehículo.

13. *Sentencia n° 1633:* Beneficios otorgados a un alto ejecutivo extranjero de empresa trasnacional.

14. *Sentencia n° 22:* Salario para el cálculo de prestaciones sociales en caso de despido injustificado, dentro del primer año de entrada en vigencia de la actual Ley Orgánica del Trabajo.

15. *Sentencia n° 23:* El salario base para el cálculo de las vacaciones, días de descanso y feriados no pagados debe cancelarse con base al último salario devengado, en que terminó la relación laboral.

Sentencia n° 30
Expediente n° 99-189
Partes: *Humberto Pérez Arvelo Vs. Citibank, N.A.*
Fecha: *09 de marzo de 2000*
Magistrado Ponente: *Doctor Omar Alfredo Mora Díaz*
Tema: *Bonificación anual de reconocimiento por esfuerzo, asignación de vehículo, pago de cuota de mantenimiento de un club como elementos del salario para cálculo de prestaciones. Aportes patronales al fondo de ahorro.*

Bonificación de reconocimiento al meritorio esfuerzo y dedicación forma parte del salario, base para cálculo de prestaciones sociales

«(omissis) "Para decidir, la Sala observa:

"Pretende el actor que a los fines del cálculo de sus prestaciones sociales sean incluidos varios incentivos y bonos que según él percibía y formaban parte de su salario, entre ellos un bono de "... reconocimiento y meritorio esfuerzo ..." el cual le había sido otorgado en los años 1993 y 1994.

"Ahora bien, el recurrente señala que en la recurrida se le otorgó al accionante más de lo pedido incurriendo en una incongruencia positiva por ultrapetita, al ordenar el pago de ese bono correspondiente al año 1995, sin que ello fuera solicitado por éste.

"Tal afirmación carece de veracidad, pues la recurrida, con respecto al citado bono de reconocimiento señaló:

"...ajustándonos a la secuencia que viene cumpliéndose en los años 1993 y 1994, correspondería al actor también un bono por idéntico concepto, porque no hay en autos prueba de que no se haga merecedor al bono que le venían pagando anualmente, por el período del 01 de enero de 1995 al 30 de noviembre de 1995, el cual se habrá de determinar por experticia complementaria no hay prueba en los autos de que ese incentivo no le correspondía durante el año 1995, de acuerdo a los fundamentos que se establecerán en la parte dispositiva de este fallo...".

"Complementando esta consideración, estableció posteriormente:

"... el salario mensual del trabajador demandante estaba

compuesto por un salario básico (Bs. 1.078.000,oo), bono compensatorio (Bs. 4.000,oo), el 90 % del aporte especial de ayuda de ahorro, entre dos para obtener la parte por mes (B. 434.164,50), bono de reconocimiento al meritorio esfuerzo y dedicación (sujeto en su cuantificación a experticia complementaria), uso del vehículo (sujeto en su cuantificación a experticia complementaria) y asignación de una acción para el uso y disfrute de las instalaciones de un club social (Bs. 12.000,oo), luego de lo cual se establece el salario definitivo que recibía el trabajador a cambio de la labor que desempeña. Establecida la forma de calcular el salario, pues aunque no está determinado, es determinable por la experticia complementaria, corresponde precisas la procedencia de los conceptos reclamados..."

(OMISSIS)

"...el Juez en uso de su poder jurisdiccional y del carácter de orden público que comporta el salario, estimó que dicho bono de "reconocimiento" sí debía ser computado en el año 1.995, para hacerlo formar parte del salario a los fines del referido calculo, tal como lo solicitó el actor... razón por la cual debe desestimarse la presente denuncia y, así se decide"».

Carácter salarial de la asignación de vehículo y del pago de la cuota de mantenimiento de una acción en un club

«"Denuncia el recurrente, con fundamento en el ordinal 1º, del artículo 313 y en el ordinal 2º del artículo 317 del Código de Procedimiento Civil, la violación del ordinal 5º del artículo 243 en concordancia con los artículos 244 y 12, y todos del citado Código, por cuanto la recurrida no contiene decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, ya que su representada negó el carácter salarial de la asignación del vehículo del actor y del pago de la cuota de mantenimiento de una acción en el Club Playa Grande también para el uso y disfrute del actor, y que en todo caso no podían considerarse como formando parte del salario normal, que era el tipo de salario, de acuerdo a lo que establecía el artículo 146 de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990

OMISSIS

"La Sala, a los fines de pronunciarse, observa:

"El Juez que dictó la recurrida, aún cuando no hizo referencia al artículo 146 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente para el momento de la finalización de la relación laboral, indicó que debían aplicarse las disposiciones sobre el salario contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo, sancionada el 27 de noviembre de 1990, para tener vigencia a partir del 1° de mayo de 1991, para luego hacer un detenido análisis de cada uno de los conceptos que se pretende sean considerados como parte del salario, arribando a la conclusión de que sí debían ser tomados en cuenta, indicando expresamente en su sentencia que esos conceptos se reputaban como salario a los efectos del cálculo de la prestaciones sociales del accionante, por lo que se desestima esta denuncia y así se decide."»

Los pagos recibidos regular y permanentemente en forma anual forman parte del salario para el cálculo de prestaciones sociales

«"La Sala, para decidir, observa:

"Ahora bien, como fue establecido al momento de decidir la denuncia anterior, el Juez de la recurrida consideró expresamente como salario los conceptos reclamados analizando cada uno de ellos a la luz del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente desde el 1º de mayo de 1991; al respecto considera el recurrente que debió aplicarse el artículo 146 eiusdem en concordancia con el artículo 1º del Reglamento sobre la Remuneración.

"Así tenemos que, la referida Ley Orgánica no definió el "salario normal" al cual alude su artículo 146, lo cual sí hizo el reglamento sobre la Remuneración, promulgado mediante decreto Nº 2483 del 8 de septiembre de 1992, cuyo artículo 1 dice que el salario normal es "... la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente, como retribución por la labor prestada ..." excluyendo los ingresos percibidos por labores distintas a la pactada, los considerados por la Ley como de carácter no salarial, los esporádicos o eventuales y los provenientes de liberalidades del patrono. Posteriormente, el 7 de enero de 1993, se dicta el Decreto Nº 2751, que modifica dicho

Reglamento, incorporando una modificación a la definición, estableciendo que el salario normal es la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente, durante su jornada ordinaria del trabajo como retribución por la labor prestada, con lo cual se quiso excluir las horas extraordinarias del trabajo.

"Esta definición pareciera dejar fuera algunas percepciones que no se pagan en forma constante ni regular, los cuales sí están comprendidos dentro del concepto de salario contemplado en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, y se pagan una o dos veces al año, como lo es el caso de la participación en los beneficios, el bono vacacional y algunas otras bonificaciones o incentivos especiales otorgados al trabajador, que forman parte del salario integral.

"Surge entonces la duda, si era la intención del legislador al crear el "salario normal" restringir el salario propiamente dicho a los efectos de la base para el cálculo de las prestaciones a la terminación de la relación laboral, haciendo formar parte de éste sólo lo que el trabajador recibe regular y permanentemente, o si por el contrario, pueden ser incluidos los pagos que el trabajador recibe una vez al año, pero todos los años.

"A juicio de esta Sala, se debe considerar como válida la segunda hipótesis planteada, es decir, incluir como parte del salario a fin de calcular las prestaciones aquellos beneficios o incentivos que el trabajador recibe anualmente, pues lo contrario sería desnaturalizar la institución y colocar al trabajador en una posición de desventaja absoluta, al no poder disfrutar al momento de la terminación de la relación laboral una compensación justa y acorde con las labores desempeñadas. Esta tesis se reafirma cuando en el texto del la Ley Orgánica del Trabajo vigente, en su artículo 146, se eliminó este concepto."»

El aporte patronal a fondos de ahorro es considerado salario normal mientras se disponga libremente por el trabajador

«"En relación a la incorrecta aplicación del artículo 133, parágrafo único literal c) de la Ley Orgánica del Trabajo, se observa que el Juez de la recurrida hizo un extenso análisis de las pruebas contenidas en autos arribando a la conclusión siguiente:

"... los fondos de ahorro están generalmente compuestos por una cantidad que aporta el patrono y por otra que integra el trabajador a dicho fondo, con el objetivo de que este ahorro aumente en forma constante y periódica de acuerdo con los montos ahorrados, pues éstos sólo están disponibles para cubrir algún costo o gasto eventual - no regular -, y en muchos casos, el laborante lo que obtiene es un préstamo con garantía de esos ahorros depositados, para, así mantener siempre las cantidades ahorradas. En el presente caso no se aprecia que los "ahorros" estén enmarcados dentro de las características que se expusieron en precedencia, por lo que se refiere al porcentaje del 90 % que se puede retirar en el momento en que se hizo el depósito, lo que impone calificar el aporte patronal de ahorro - en el referido porcentaje del 90% - como salario que el patrono paga bajo la figura de "ahorro"; en cuanto al 10 % restante, al constituir evidentemente un ahorro, pues es una cantidad que no queda a disposición del trabajador para ser utilizado desde el mismo momento del depósito, sino mediante el cumplimiento de normas vigentes en el fondo de ahorro, sí se califica, en criterio de este sentenciador, como un aporte de ahorro no considerado salario. Así se establece ..."

"Ello demuestra con meridiana claridad la fundamentación del Juez para estimar que ese aporte en su totalidad no podía considerarse como ahorro y por tanto no integrante del salario, criterio que comparte esta Sala y, que demuestra la correcta aplicación de la norma antes mencionada, por lo cual se desestima esta denuncia y, así se decide."»

Sentencia n° 66
Expediente n° 99-755
Partes: *José Heli Domínguez Gil Vs. Honeywell, C.A.*
Fecha: *22 de marzo de 2000*
Magistrado Ponente: *Doctor Juan Rafael Perdomo*
Tema: *Asignación de vehículo para realización de labores.*

«... de determinarse que el elemento alegado como beneficio, provecho o ventaja -en el caso el uso de un vehículo- sólo servirá, exclusivamente, para la realización de las labores, no podría catalogárselo como salario, porque no sería algo percibido por el trabajador en su provecho...»

«"La Sala, para decidir, observa:

"El dispositivo denunciado del artículo 133 de la reformada Ley Orgánica del Trabajo, contiene una amplia descripción de lo que debía de incluirse como salario, extendiéndose como allí se expresa, a cualquier ingreso, provecho o ventaja percibido como contraprestación a las labores realizadas por el trabajador, o "por causa de su labor", como señala el sentenciador de la recurrida recogiendo la expresión legal; pero quien, no obstante esa declaración, a renglón seguido interpreta erróneamente que ello se refiere a que el beneficio o provecho respectivo, para conformar parte del salario, tendría que estar destinado exclusivamente para la realización de esa labor, lo cual es erróneo.

"Por el contrario, de determinarse que el elemento alegado como beneficio, provecho o ventaja -en el caso el uso de un vehículo- sólo servirá, exclusivamente, para la realización de las labores, no podría catalogárselo como salario, porque no sería algo percibido por el trabajador en su provecho, en su enriquecimiento, sino un instrumento de trabajo necesario para llevarlo a cabo, como lo son todos los artefactos que se utilizan en los distintos tipos de faenas y que no pueden calificarse como integrantes del salario. Debe tratarse, pues, no de un elemento o instrumento "para" prestar el servicio, como entiende el fallo impugnado, sino de un beneficio cuantificable en dinero que se recibe "por" el hecho de prestar el servicio."»

Sentencia n° 106
Expediente n° 99-970
Partes: *Luis Rafael Scharbay Rodríguez Vs. Gaseosas Orientales, S.A.*
Fecha: *10 de mayo de 2000*
Magistrado Ponente: *Doctor Alirio Abreu Burelli*
Tema: *Elementos integrantes del salario normal: horas extras, bono nocturno, días de descanso, feriados y viáticos.*

«... constituyen elementos integrantes del salario normal las horas extras y bono nocturno, cuando se devengan con regularidad y permanencia así como la remuneración de los días de descanso y feriados que de manera habitual recibe el trabajador por la prestación de sus servicios; los viáticos, -siempre que no esté establecida la obligación de rendición de cuenta-. No obstante, si tales retribuciones salariales son percibidas por éste solo eventualmente, deben considerarse excluidas de la referida noción...»

«"Al respecto observa esta Sala de Casación Social que la relación laboral, de la cual se pretende hacer derivar el cobro por prestaciones sociales reclamadas, terminó el 06 de julio de 1994, es decir, antes de la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de fecha 19 de junio de 1997, por lo que la norma aplicable es la Ley Orgánica del Trabajo, en su versión publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº extraordinario 4.240 del 20 de diciembre de 1990.

"En tal sentido se observa que el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, objeto de posterior modificación en junio de 1997, establecía ya, a los efectos legales, la noción de salario como la remuneración que corresponde al trabajador, por la prestación de sus servicios, con lo cual se aparta del concepto restrictivo del salario, que lo limitaba a la mera retribución por la labor ejecutada. Esta amplísima definición, en doctrina, es acogida por muchos tratadistas como Lupo Hernández Rueda, quien considera que el salario es todo tipo de retribución directa o indirecta, ordinaria, extraordinaria, condicional, complementaria o compensativa que el trabajador recibe del patrono, en virtud de un contrato de trabajo, o por el servicio prestado, o como consecuencia

de éste. En igual sentido, el Dr. Rafael Alfonzo Guzmán conceptúa el salario desde el punto de vista jurídico como "la remuneración del servicio del trabajador, integrado por la suma de dinero convenida expresa o tácitamente con su patrono, y por el valor estimado de los bienes en especie que éste se halla obligado a transferirle en propiedad o a consentir que use para su provecho personal y familiar".

"En efecto el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, en su versión de 1990, dispone lo siguiente:

"Para los efectos legales se entiende por salario la remuneración que corresponde al trabajador por la prestación de sus servicios y comprende tanto lo estipulado por unidad de tiempo, por unidad de obra, por piezas o a destajo, como las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como los recargos legales o convencionales por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación o vivienda, si fuere el caso, y cualquier otro ingreso, provecho o ventaja que perciba por causa de su labor.

Cuando el patrono o el trabajador, o ambos, estén obligados legalmente a cancelar una contribución, tasa o impuesto a un organismo público, el salario de base para el cálculo no podrá exceder del equivalente al monto del salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se cause el pago.

PARAGRAFO ÚNICO: No se considerarán formando parte del salario:

a) Las gratificaciones no relacionadas directamente con la prestación de trabajo que por motivos especiales conceda voluntariamente el patrono al trabajador;

b) Los subsidios o facilidades que establezca el patrono para permitir al trabajador la obtención de bienes y servicios esenciales a menor precio del corriente;

c) Los aportes del patrono para el ahorro del trabajador en cajas de ahorro; en otras instituciones semejantes o mediante planes acordados con este fin, salvo que el patrono y el trabajador acuerden tomar en cuenta dicho aporte en el salario de base para el cálculo de lo que corresponde al trabajador a consecuencia de la terminación de la relación de trabajo;

d) El reintegro al trabajador de los gastos que haya hecho en el

desempeño de sus labores».

"De la lectura de la norma precedentemente transcrita se evidencia que contiene una definición legal, en cuanto a sus efectos, amplia y general de salario, siendo ésta la primera contenida en una ley en nuestro país, puesto que en la Ley del Trabajo de 1936, y en sus subsiguientes reformas, simplemente se señalaban sus elementos y un conjunto de principios y normas rectoras a los fines de calcularlo, habiéndose conceptualizado antes, únicamente, a través de una norma de naturaleza reglamentaria, contenida en el artículo 106 del Reglamento de la Ley del Trabajo, vigente a partir del 1º de febrero de 1974.

"Asimismo señala el analizado artículo 133, de modo enunciativo, los conceptos que se encuentran comprendidos en la noción de salario, lo cual se evidencia del hecho de que luego de enumerarlos deja, dicha norma, abierta la posibilidad de considerar como parte de éste a cualquier otro ingreso, provecho o ventaja que el trabajador perciba por causa de su labor; y, de manera restrictiva en su parágrafo único, indica aquéllos conceptos que deben considerarse excluidos del ámbito salarial.

"Por su parte, el artículo 146 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, versión derogada en el año 1997, establece:

"El salario de base para el cálculo de lo que corresponda al trabajador a consecuencia de la terminación de la relación de trabajo será el salario normal devengado por él en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior al día en que nació el derecho.

En caso de salario por unidad de obra, por pieza o a destajo o a comisión será el promedio del salario devengado durante el año inmediatamente anterior.

La participación del trabajador en las utilidades de una empresa se considerará salario a los efectos del cálculo de las prestaciones e indemnizaciones que correspondan al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo. Para este fin se distribuirá el monto recibido por este concepto entre los meses completos de servicios prestados durante el ejercicio.

La parte correspondiente a las utilidades legales sólo se tomará en cuenta para el cálculo de las prestaciones por el tiempo servido a partir del 1º de enero de 1991".

"El artículo transcrito, en su encabezamiento, se refiere al salario que debe considerarse a los fines de calcular lo que corresponde al trabajador como consecuencia de la terminación de la relación laboral.

"El supuesto de hecho de la norma citada está referido expresamente a la terminación de la relación de trabajo. De manera que, al estar en esta situación de hecho resulta aplicable, necesariamente, la consecuencia jurídica allí establecida, a saber que, para el cálculo de las prestaciones sociales que correspondan al trabajador, el salario que debe servir de base, es el normal devengado por él en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior al día en que nació el derecho, y en el caso de que el salario sea calculado por unidad de obra, por pieza o a destajo o a comisión, será el promedio de lo devengado durante el año inmediatamente anterior.

"Ahora bien, a los fines de aplicar cabalmente el precepto legal citado, resulta imperativo determinar el alcance que la noción "salario normal" tenía para el 06 de julio de 1994, que es la fecha de terminación de la relación laboral del caso que se analiza, por cuanto éste es el soporte de los cálculos necesarios para determinar el monto del cual sería acreedor el trabajador por concepto de prestaciones sociales.

"En este sentido, debe aclararse que el salario normal constituye una base de cálculo de las percepciones que pudieran corresponderle al trabajador que se encuentre en el caso de extinción de la relación laboral.

"A los fines de delimitar lo que se concibe como salario normal, debe necesariamente atenderse a la trayectoria de este concepto en nuestra normativa laboral. Así tenemos que el mencionado Reglamento de la Ley del Trabajo (G. O. Nº 1.631 del 31 de diciembre de 1973) establecía en su artículo 114, referido al pago del preaviso y de las vacaciones que salario normal es "la retribución efectivamente devengada por el trabajador, en forma regular y permanente...". El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo sobre la Remuneración, publicado en fecha 08 de septiembre de 1992 (G. O. Nº 35.044), conforme al cual se entendía por salario normal:

"...la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente, como retribución por la labor prestada, excluyendo los siguientes ingresos:
a) Los percibidos por labores

distintas a la pactada.
b) Los considerados por la Ley como de carácter no salarial.
c) Los esporádicos o eventuales.
d) Los provenientes de liberalidades del patrono..."

"Mediante Decreto Nº 2.751 del 07 de enero de 1993 (G.O. Nº 35.134 del 19 de enero de 1993), fue reformado el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo sobre la Remuneración, estando esta Reforma vigente para la fecha de la terminación de la relación laboral en el caso sub-examine y allí se precisó lo siguiente:

"Art 1º: Cuando la ley establezca como base de cálculo el salario normal, se entenderá por tal la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente, durante su jornada ordinaria de trabajo como retribución por la labor prestada, excluyendo los siguientes ingresos:
a) los percibidos por labores distintas a las pactadas.
b) los considerados por la Ley como de carácter no salarial.
c) los esporádicos o eventuales, y;
d) los provenientes de liberalidades del patrono.

Para el cálculo del monto correspondiente a cualquiera de los conceptos que integran al salario normal, ninguno de ellos será tomado en consideración para producir efectos sobre si mismos".

"En el citado artículo 1º del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo sobre la Remuneración se puntualizó que el salario normal era la remuneración que regularmente devengaba el trabajador durante "su" jornada ordinaria de trabajo. Esta última mención trajo muchos confusiones sobre la determinación del salario normal, ya que dio pie para que se interpretara que la referencia hacía alusión a "la" jornada ordinaria de trabajo, es decir, aquella que no excediera los límites previstos en el artículo 195 de la Ley Orgánica del Trabajo, quedando fuera de su consideración el trabajo realizado en su sobretiempo.

"Ahora bien, considera esta Sala que cuando en el citado artículo 1º del "Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo sobre Remuneración" se emplea el pronombre posesivo "su" anteponiéndolo a "jornada de trabajo", se está refiriendo a la jornada personal de cada trabajador, considerando, en esta forma, lo dispuesto en el artículo 189 eiusdem, que establece: "se entiende por jornada de trabajo el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrono y no puede disponer

libremente de su actividad y de sus movimientos". Es decir, que la duración de la jornada de trabajo puede variar en cada caso, y su duración puede ser menor, igual o superior a la jornada máxima prevista por el legislador. De allí que salario normal, causado en la jornada ordinaria de cada trabajador debe entenderse como el que está integrado por todos aquellas percepciones que habitualmente son devengadas por él, en forma regular y permanente por la prestación de su servicio, independientemente de la duración de su jornada. De tal suerte que puede darse el caso que la jornada habitual, regular, del trabajador, supere el horario máximo establecido en la ley para la jornada de trabajo, –independientemente de si con ello se violentan o no expresas disposiciones de la ley que limitan esa duración– por lo que la jornada ordinaria en este ejemplo abarcará todo el tiempo empleado en la prestación del servicio y el salario normal debe ser calculado considerando todas las percepciones derivadas de esa prestación de servicio, incluyendo el recargo del sobretiempo.

"De manera que el salario normal, por definición, está integrado, por el conjunto de remuneraciones, de naturaleza salarial, siempre y cuando sean percibidas por el trabajador en forma habitual, con independencia del límite máximo de tiempo previsto por el legislador para la jornada de trabajo, como así fue clarificado en la vigente Ley Orgánica del Trabajo.

"Ahora bien, a los efectos de establecer el "salario normal" debe tomarse en consideración, como eje de referencia, la noción amplia de salario (conocida como integral en la práctica) consagrado en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente a partir de 1991, y que está conformado por todos los ingresos, provecho o ventaja que perciba el trabajador por "causa de su labor", para luego filtrar, en cada caso concreto, todos sus componentes no habituales, y obtener de esa forma los elementos que integran el salario normal. Siendo la característica determinante de ello, la regularidad y permanencia con que se percibe un determinado beneficio y que éste se perciba por causa de la labor del trabajador.

"Es decir, que un salario normal, en un caso determinado, puede coincidir con el salario definido en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo siempre que se perciban todos los conceptos señalados en dicho artículo cumpliendo los requisitos de la regularidad y permanencia

que le dan categoría de salario, a los efectos legales. Pero también ese salario normal puede consistir únicamente en el salario convenido como contraprestación del servicio, sin ningún otro elemento, cuando no se perciban otros beneficios diferentes en forma regular y permanente.

Omissis

"...estaba obligado el sentenciador de la recurrida, a verificar que las percepciones reclamadas por el trabajador como integrantes del salario base para el cálculo de las prestaciones sociales, derivadas de la prestación de servicio durante horas extras diurnas y nocturnas, así como en días feriados, hubiesen sido causadas en forma regular y permanente, ya que ésta característica es la que las convierte en "su jornada ordinaria" y en consecuencia en integrantes del salario normal contemplado en el artículo 146 de la Ley Orgánica del Trabajo, lo que, a su vez, condiciona que sean tomadas en cuenta a los fines de determinar lo que corresponde al trabajador como consecuencia de la extinción de la relación laboral. Incumplió el juzgador con este deber, por cuanto sin realizar una análisis previo dirigido a verificar si los conceptos reclamados por el actor fueron percibidos por éste de manera habitual, consideró procedente el pago de los mismos, sin ni siquiera establecer el número de horas extras laboradas por el demandante ni la cantidad de días feriados trabajados por éste, lo que impide a esta Sala casar el fallo impugnado sin reenvío, por cuanto los hechos no se encuentran soberanamente establecidos.

"Así, cabe señalar que, constituyen elementos integrantes del salario normal las horas extras y bono nocturno, cuando se devengan con regularidad y permanencia así como la remuneración de los días de descanso y feriados que de manera habitual recibe el trabajador por la prestación de sus servicios; los viáticos, –siempre que no esté establecida la obligación de rendición de cuenta–. No obstante, si tales retribuciones salariales son percibidas por éste solo eventualmente, deben considerarse excluidas de la referida noción. De allí que el salario normal puede coincidir con el salario definido por el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, pero puede que no coincida si no se reciben todas las percepciones allí establecidas en forma regular y permanente.

Omissis

"Con base en todo lo

expuesto, se precisa que el concepto salario contenido en el encabezamiento del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo es el marco de referencia para el cálculo del salario normal y que los conceptos indicados en él, formaran parte o no del salario normal del trabajador dependiendo de si se percibe o no en forma regular y permanente, por los que no debe confundirse el "salario normal" con el comúnmente denominado "salario básico", que es el salario fijo previsto para el cargo o la función realizada por el trabajador, referido a una jornada de trabajo, sin ninguna adición. Esta noción de salario básico, no esta contenida en la Ley Orgánica del Trabajo, pero si lo está en la mayoría de las convenciones colectivas de trabajo y fue recogido por la Ley de Política Habitacional, derogada, que establecía que: "se entiende por remuneración básica a los fines de esta ley, el sueldo básico asignado al cargo, en el caso de los funcionarios públicos, y, en el caso de los trabajadores, la cantidad fija que como cuota mensual o diaria, éstos perciban a cambio de su labor ordinaria, sin pago extra de ninguna especie". El salario básico así definido, no es sinónimo del salario normal previsto en la Ley Orgánica del Trabajo. Distinta es la situación en el novísimo Decreto con rango y fuerza de ley que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, publicado en la Gaceta Oficial Nº extraordinario 5392 del 22 de octubre de 1999, en su artículo 36, tercer aparte que acoge para dicho cálculo el concepto de salario normal y no el de salario básico al establecer que: "La base de cálculo de aporte al Fondo Mutual Habitacional será el salario normal que perciba el trabajador de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo".

Sentencia n° 438
Expediente n° 00-065
Partes: *Aurelio Rafael Correa Santamaría Vs. Petroquímica de Venezuela S.A., (PEQUIVEN).*
Fecha: *02 de noviembre de 2000.*
Magistrado Ponente: *Doctor Juan Rafael Perdomo*
Tema: *Bono para cubrir gastos de servicios públicos y alquiler de vivienda y bono vacacional.*

El bono por compensación del alto costo de los servicios públicos y el bono para cubrir el pago del alquiler de la vivienda forman parte del salario normal para cálculo de prestaciones del salario normal para cálculo de prestacione sociales. El bono vacacional, bajo la vigencia de la Ley del Trabajo de 1990, no forma parte de este salario normal.

«"La Sala, para decidir a observa :

"Para la fecha en que finalizó la relación laboral de autos, se encontraba en vigencia la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, cuyo artículo 146 establecía que el salario de base para el cálculo de lo que corresponda al trabajador a consecuencia de la terminación de la relación de trabajo, será el salario normal devengado por él en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior al día en que nació el derecho. Se encontraba así mismo en vigencia el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo Sobre la Remuneración, conforme a cuyo artículo 1º se entendería como salario normal la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente, durante su jornada ordinaria de trabajo como retribución por la labor prestada.

"Tanto en la Ley de 1990 como en su reforma de 1997 vigente, el artículo 133 contempló el denominado salario integral, conformado por todos los beneficios y remuneraciones recibidos por el trabajador y no expresamente excluidos a sus efectos, comprendidos allí por consiguiente, las percepciones correspondientes a las jornadas tanto ordinarias como extraordinarias; concepto ese diferente por más amplio al de salario normal, tal como estableció la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en fallo del

22 junio 1998.

"Para la recurrida, que no distingue entre uno y otro, el concepto de salario aplicable a los fines de calcular las prestaciones con ocasión de la terminación de la relación de trabajo, aunque lo califica de normal, es el concepto más amplio del artículo 133 citado, en base al cual, establece la procedencia de incluir como parte del salario normal a esos efectos, los tres renglones a que se refiere la denuncia, esto es, un bono por costo de servicio mensual o de gratificación por el alto costo de los servicios públicos en la zona respectiva, un bono por pago del alquiler mensual de la vivienda y el bono vacacional.

"Ahora bien, todo lo que perciba el trabajador de manera habitual con motivo de los servicios prestados, en su respectiva jornada personal, no sujeto a una calificación especial prevista en la Ley que permita afirmar lo contrario, debe entenderse que corresponde a retribución de su trabajo ordinario, y en tal sentido, formará parte tanto del salario integral como del salario normal. En ese orden de ideas, se observa que al referido bono por compensación del alto costo de los servicios públicos, ni al bono para cubrir el pago del alquiler de la vivienda, les corresponde alguna calificación particular que permita asignarles un origen distinto al de retribución por el trabajo ordinario. Mas no así por lo que respecta al bono vacacional, el cual, conforme a lo establecido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en su citado fallo de fecha 22 Julio 1998, a diferencia del pago por vacaciones, no forma parte del salario normal a incluir en el cálculo de las prestaciones por terminación de la relación de trabajo -en el supuesto de la Ley de 1990- por no ser devengado como retribución de la labor prestada durante la jornada ordinaria, sino como una remuneración adicional o extraordinaria dirigida a incrementar las posibilidades del mejor disfrute del descanso vacacional dispuesto en la Ley."»

Sentencia n° 501
Expediente n° 99-608
Partes: *Vicente Marrero Vs. C.A. Electricidad de Occidente (ELEOCCIDENTE).*
Fecha: *28 de noviembre de 2000.*
Magistrado Ponente: *Doctor Juan Rafael Perdomo*
Tema: *Salario. Horas extras causadas en forma regular y permanente.*

«... por causarse en forma regular y permanente, las horas extras del caso deben formar parte del salario base para el cálculo de las prestaciones sociales, tanto desde el punto de vista del «Salario Normal» como desde el punto de vista del «Salario integral»...»

«"En la recurrida se establece que el cálculo de las prestaciones sociales pagadas al actor por la empresa demandada, se realizó correctamente en cuanto a la inclusión en la base correspondiente de todas las percepciones y remuneraciones, esto es, en base al salario integral; pero no así en cuanto a que se tomaron en cuenta los seis meses anteriores a la finalización del servicio, como lo pautaban la contratación colectiva y el laudo arbitral que regían las relaciones entre las partes; es decir, se promedió lo recibido por el actor en todo ese lapso para obtener el salario base del cálculo, en lugar de promediar sólo lo percibido en el mes inmediato anterior, como lo prescribía el artículo 146 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente para la época, reproducido en la actual, norma esa aplicable por resultar en el caso más favorable al trabajador, ya que el primer promedio arrojaba la cifra mensual de trescientos ochenta y siete mil setecientos veintidós bolívares con cincuenta y cinco céntimos (Bs. 387.722,55) y el segundo la cifra de ochocientos cincuenta y seis mil trescientos cuarenta bolívares (Bs. 856.340,00).

"Para llegar a esa conclusión, la recurrida establece así mismo que por máxima de experiencia, el servicio público de suministro de energía eléctrica prestado por la demandada, no puede por su naturaleza suspenderse, sino que tiene un carácter ininterrumpido, por lo que para sus trabajadores, especialmente los linieros como el demandante, el tiempo extra trabajado era en realidad algo

normal y todas las percepciones, incluidas las horas extras, deben considerarse como contraprestación a la labor ordinaria o normal, de modo que se ajustaban las mismas al concepto de "salario normal" contemplado en el citado artículo 146 de la Ley Orgánica del Trabajo.

"En ese orden de ideas, en cuanto considera que por causarse en forma regular y permanente, las horas extras del caso deben formar parte del salario base para el cálculo de las prestaciones sociales, tanto desde el punto de vista del "Salario Normal" como desde el punto de vista del "Salario Integral", la interpretación de la recurrida se ajusta a la doctrina de la Sala sentada en el fallo arriba citado, mas no así en cuanto identifica uno con otro, pues, como allí se expuso, no coincidirán cuando se trate de retribuciones salariales percibidas sólo eventualmente.

"Luego, puesto que la infracción alegada se fundamenta en que el pago por horas extras en ningún caso podrá entenderse como formando parte del "Salario Normal" a los efectos de las prestaciones, por no causarse con ocasión de la jornada ordinaria de trabajo, lo cual no es conforme con la doctrina citada, que se reitera, resulta improcedente la presente denuncia, y así se declara."»

Sentencia n° 263
Expediente n° 01-376
Partes: *José Francisco Pérez Áviles Vs. Hato La Vergareña, C.A.*
Fecha: *24 de octubre de 2001.*
Magistrado Ponente: *Doctor Omar Alfredo Mora Díaz*
Tema: *Salario. Dotación de vehículo y vivienda.*

La dotación de vivienda y vehículo como ventaja necesaria para el correcto desempeño de las labores, no tienen carácter salarial por carecer de la intención retributiva por el servicio prestado.

«"...se aprecia que el juzgador de alzada consideró formando parte del salario a los fines del cálculo de ley correspondiente, el uso de un vehículo y de una vivienda otorgados al trabajador con ocasión de la prestación de sus servicios, de conformidad con la interpretación dada al artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, a una definición de salario integral propuesta por el Ministerio del Trabajo, que considera como tal a todos los conceptos enunciados en la Ley.

"Así mismo, es criterio del sentenciador de la última instancia, que los beneficios de los cuales gozan los empleados para facilitar el cumplimiento de las funciones de trabajo, encuadran en los supuestos de la norma antes mencionada y, en consecuencia, tienen carácter salarial; en el caso concreto, a partir de los alegatos del actor y del análisis de las declaraciones de los testigos, estableció en cuanto al uso dado por el trabajador al vehículo para la movilización dentro de las instalaciones de la empresa a los fines del normal y buen cumplimiento de sus labores, que éste se traduce en un beneficio directo y por lo tanto susceptible de ser considerado salario.
(Omissis)

"De acuerdo con los criterios anteriormente transcritos y conforme a los hechos establecidos por la sentencia recurrida, observa la Sala que los conceptos reclamados por el actor, no poseen naturaleza salarial, pues, adolecen de la intención retributiva del trabajo, es decir, como bienes cuya propiedad o goce le fueron cedidos por el empleador en contraprestación de sus servicios, formando parte de su patrimonio y de libre disposición.

"Por el contrario, quedó establecido que se trataban de ventajas necesarias proporcionadas para la ejecución del servicio y para el normal y buen desempeño de las labores, en consecuencia, el sentenciador de alzada debió considerar la finalidad inmediata que tenían las entregas de los referidos bienes al trabajador, a los fines de determinar el carácter salarial o no de los mismos.

"Es por todo lo expuesto, que esta Sala declara procedente la denuncia de ley del escrito de formalización, por cuanto la recurrida infringió por errónea interpretación el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se declara."»

Sentencia n° 85
Expediente n° 00-455
Partes: *Ramón Enrique Aguilar Mendoza Vs. Boehringer Ingelheim, C.A.*
Fecha: *17 de mayo de 2001.*
Magistrado Ponente: *Doctor Omar Alfredo Mora Díaz*
Tema: *Gastos de representación cancelados a través de tarjeta de crédito corporativa. Parte variable del salario devengado por un gerente de ventas.*

Los consumos realizados a través de tarjeta de crédito corporativa por gastos de representación no tienen carácter salarial pues sólo facilitan la labor a cumplir y no constituyen una ventaja económica periódica que incremente el patrimonio del trabajador.

«"La Sala, para decidir, observa:

"En cuanto al punto en cuestión, es decir, respecto al análisis sobre si los pagos realizados por la demandada directamente al Banco Provincial, debían ser considerados parte del salario del demandante,

Omissis

"...se aprecia que el juzgador de alzada consideró formando parte del salario a los fines del cálculo de ley correspondiente, el uso de un vehículo y de una vivienda otorgados al trabajador con ocasión de la prestación de sus servicios, de conformidad con la interpretación dada al artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, a una definición de salario integral propuesta por el Ministerio del Trabajo, que considera como tal a todos los conceptos enunciados en la Ley.

"Así mismo, es criterio del sentenciador de la última instancia, que los beneficios de los cuales gozan los empleados para facilitar el cumplimiento de las funciones de trabajo, encuadran en los supuestos de la norma antes mencionada y, en consecuencia, tienen carácter salarial; en el caso concreto, a partir de los alegatos del actor y del análisis de las declaraciones de los testigos, estableció en cuanto al uso dado por el trabajador al vehículo para la movilización dentro de las instalaciones de la empresa a los fines del normal y buen cumplimiento de sus labores, que éste se traduce en un beneficio directo y por lo tanto susceptible de ser considerado salario.

Omissis

"De acuerdo con los criterios anteriormente transcritos y conforme a los hechos establecidos por la sentencia recurrida, observa la Sala que los conceptos reclamados por el actor, no poseen naturaleza salarial, pues, adolecen de la intención retributiva del trabajo, es decir, como bienes cuya propiedad o goce le fueron cedidos por el empleador en contraprestación de sus servicios, formando parte de su patrimonio y de libre disposición.

"Por el contrario, quedó establecido que se trataban de ventajas necesarias proporcionadas para la ejecución del servicio y para el normal y buen desempeño de las labores, en consecuencia, el sentenciador de alzada debió considerar la finalidad inmediata que tenían las entregas de los referidos bienes al trabajador, a los fines de determinar el carácter salarial o no de los mismos.

"Es por todo lo expuesto, que esta Sala declara procedente la denuncia de ley del escrito de formalización, por cuanto la recurrida infringió por errónea interpretación el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se declara."

La parte variable del salario devengado por un gerente de ventas incide sobre el cálculo de lo que corresponde por días sábados, domingos y feriados, así como en los montos por vacaciones y utilidades.

"En el salario por unidad de obra, conocido también como salario a destajo, se toma en cuenta la labor concreta efectuada por el trabajador, sin consideración al tiempo empleado para ejecutarla, por lo que la Sala debe entender, que cuando el trabajador realiza, mediante su intervención directa, la obra contratada, se materializa la figura del salario a destajo, y que si ese tipo de salario va aunado a una parte fija, es decir, a un salario fijo, configura en un todo lo que se conoce en la práctica como salario variable.

"Del caso sub iudice, se evidencia que el demandante cumplía las funciones de Gerente de Ventas a Nivel Nacional de la Compañía Boehringer Ingelheim, C.A., y que según el criterio de la recurrida, esta figura se enmarca dentro de los parámetros de los trabajadores a destajo, generándose por tal motivo el tipo de salario conocido como variable, conformado éste, por una parte fija y una parte fluctuante, que a su vez es

producto de las comisiones generadas por las ventas realizadas. Por su parte, el recurrente disiente de tal apreciación, pues según su criterio, el demandante por haber cumplido con la función de Gerente de Ventas, no puede ser considerado como trabajador a destajo y que además, las comisiones generadas por la realización de las ventas no pueden ser tomadas en cuenta para el cálculo de la diferencia de comisiones por días de descanso y feriados."

Omissis

"De todo lo anterior se evidencia como la doctrina, con el afán de dilucidar las posibles confusiones presentadas por la redacción de la norma, resuelve de manera definitiva tal situación, por lo que en tal sentido concluye que de la interpretación extensiva de la norma legal, puede establecerse que no sólo los obreros, sino que todos los tipos de empleados que trabajaban bajo la figura del destajo también gozan del beneficio de la remuneración por días de descanso y feriados.

Omissis

"Ahora bien, una vez expuesto lo anterior y con el objeto de verificar la procedencia o no de la presente delación, esta Sala de Casación Social, manifiesta que con respecto a las funciones inherentes al cargo de Gerente de Ventas, las mismas se refieren a la ejecución de dicha actividad y que por tal motivo, en la realización o práctica de las ventas, dichos Gerentes sí tienen una ingerencia directa. Como es sabido, pues constituye un hecho notorio, en la actualidad existe un alto grado de competencia entre las empresas que participan en el mercado para la colocación de sus productos, motivo por el cual estas empresas deben exigir de sus empleados y muy especialmente a los Gerentes de Ventas el mayor de sus esfuerzos para la mejor colocación de los distintos productos, situación en la cual estos Gerentes cumplen papeles fundamentales donde su intervención directa incide en planificar, concertar y concretar negocios en favor de su empleador. Todo lo cual le permite a la Sala subsumir los supuestos de hecho esgrimidos por el demandante, dentro de los parámetros jurídicos que conforman la clase de trabajadores que se encuentran amparados bajo la figura de destajistas. Así se decide.

"Es por los motivos aquí ampliamente expuestos que esta Sala de Casación Social, apartándose del criterio jurisprudencial establecido por la Sala de Casación Civil, asume

como nueva doctrina el hecho de que esa parte variable del salario que se configura mediante las comisiones producidas por las ventas ejecutadas, y en el caso especifico las comisiones generadas por la intervención del Gerente de Ventas en la materialización de las mismas, éstas sí tienen una incidencia directa en los cálculos que deben realizarse por concepto de remuneración de los días sábados, domingos y feriados, así como también en los montos que corresponda por vacación y utilidades. Así se declara."

Sentencia n° 165
Expediente RC n° 00-434
Partes: *José Francisco Ascanio Vs. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (C.A.N.T.V.).*
Fecha: *26 de junio de 2001.*
Magistrado Ponente: *Doctor Alfonso Valbuena Cordero.*
Tema: *Asignación por viáticos.*

La asignación hecha por viáticos al trabajador no tiene carácter salarial si existe la obligación de rendir cuentas e incluso reembolsar el remanente, pues tal indemnización no constituye ninguna ventaja o provecho económico.

«"Mucho se ha discutido sobre la naturaleza salarial de las asignaciones que otorga el patrono para cubrir ciertos gastos del trabajador con ocasión de los viajes fuera de su lugar de trabajo.

"Viáticos son las sumas de dinero que se pagan al asalariado cuando debe desempeñar algún trabajo, por cuenta del patrono, fuera de su residencia habitual. De acuerdo con la doctrina, para participar de naturaleza, salarial los viáticos han de ser continuos y estables: es decir, tener un carácter fijo y permanente. De ser así, la suma en cuestión se estimará para el cómputo de las prestaciones señaladas por el consultante.

"Por otra parte, para establecer vinculación o identificación de los viáticos con el salario, han tomado en consideración tanto la jurisprudencia como la doctrina algunas características concretas, entre las cuales podemos señalar su carácter fijo y permanente, sin que exista por parte del trabajador obligación de rendir cuenta de los conceptos a que haya aplicado el gasto.

Elementos estos suficientes para significar que el viático, de libre disposición, pertenece en propiedad al trabajador. Mas aún algunas legislaciones, así como comentaristas de la materia, distinguen en cuanto al destino del viático para determinar o excluir su naturaleza salarial. Al respecto entienden que se integra al salario la parte de los viáticos que satisface alojamiento y manutención, y no así aquella que se consume en transporte y gastos de representación.

"Asimismo señala el analizado precepto legal de modo enunciativo los conceptos que se encuentran comprendidos en la noción de salario, lo cual se evidencia del hecho de que luego de enumerarlos deja, dicha norma, abierta la posibilidad de considerar como parte de éste a cualquier otro ingreso, provecho o ventaja que el trabajador perciba por causa de su labor; y, de manera restrictiva indica aquellos conceptos que deben considerarse excluidos del ámbito salarial.

Omissis

"…se evidencia que el sentenciador superior no incurrió en la falsa aplicación de los artículo 146 y 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, por cuanto la situación de hecho en el presente caso es la que contemplan dichas disposiciones legales, al concluir el juez de la alzada que al rendir el demandante cuentas de sus viáticos, no podía considerarse ese concepto como una incidencia salarial para el calculo de sus prestaciones sociales.

"Ahora bien, para que se configure la falsa aplicación de una norma jurídica el juez debe aplicar una norma a una situación de hecho que no es la contemplada en ella, es decir, la falsa aplicación resulta de una errónea relación entre los hechos y la norma aplicada no destinada a regir el hecho concreto.

"El artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo define la noción salario y dentro de tal definición incluye cualquier otro ingreso, provecho o ventaja que reciba el trabajador aparte de la remuneración percibida por la prestación de sus servicios, de manera que, al tener el trabajador en el presente caso, la obligación de rendir cuentas del dinero recibido por concepto de viáticos, e incluso rembolsar al patrono el dinero entregado y no gastado, debía el Juzgador Superior considerar, como lo hizo, que tal indemnización no constituía ninguna ventaja o provecho económico para el demandante. Por lo tanto no se evidencia de la lectura de la recurrida la falsa aplicación por el juzgador de las normas indicadas."

Sentencia n° 335
Expediente n° AA60-S-2002-695
Partes: *José Luis Carrasquero Vs. Seguros La Seguridad, C.A.*
Fecha: *15 de mayo de 2003.*
Magistrado Ponente: *Doctor Alfonso Valbuena Cordero.*
Tema: *Carácter salarial de los Tickets, vales o cupones de alimentación.*

Los ticket, vales o cupones de alimentación tienen carácter salarial dado los caracteres de generalidad, inmediatez, proporcionalidad y certeza.

«"Para decidir, se observa:

"Aduce el formalizante que la recurrida aplicó falsamente el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo y omitió aplicar el parágrafo tercero del mismo, que establece como beneficios sociales de carácter no remunerativo, la provisión de comidas y alimentos, y que la doctrina y la jurisprudencia subsume el beneficio del cesta ticket. Que en el caso particular, el contrato colectivo excluye del salario los ingresos que la Ley haya considerado como de carácter no salarial, lo cual implica una remisión expresa de las partes a la legislación laboral.

"Señala por otra parte el formalizante, que la recurrida infringió el artículo 4 del Código Civil por falta de aplicación, la cual proporciona diversos elementos interpretativos que permiten resolver la controversia planteada determinando el carácter no salarial del beneficio social de provisión de comidas y alimentos, como es el caso del cesta ticket.

"Ahora bien, es necesario verificar lo expuesto por la recurrida al respecto:

"Con éstas pruebas se lleva al conocimiento del juez, la existencia del contrato o convenio suscrito por la accionada Seguros La Seguridad C.A., con las mencionadas compañías proveedores del conocido cheque o cesta ticket. Sin embargo en criterio de quien decide, no constituye parte de los hechos litigiosos la existencia o no del cesta ticket, sino la incidencia de este beneficio en el salario base para el cálculo de las prestaciones sociales e indemnizaciones sociales a que tuviere derecho el trabajador peticionante . En este sentido establece el parágrafo primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo:

'Parágrafo Primero.- Los subsidios o facilidades que el patrono otorgue al trabajador con el propósito de que éste obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia tiene carácter salarial.'

La doctrina ha entendido por salario toda remuneración provecho o ventaja que reciba el trabajador como consecuencia de su prestación de servicio, al respecto el insigne maestro Dr. Rafael J. Alfonso Guzmán, en su obra titulada Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo, undécima Edición, Caracas, 2000, Página 175 determinó:

'...En rigor, ninguna de las menciones legales comprendidas en el encabezamiento del actual artículo 133 de la L.O.T. (comisiones, primas, gratificaciones, bonos, recargos, etc) posee, objetiva e indiscutiblemente, naturaleza salarial si se las desprende de la intención retributiva del trabajo con que ellas son practicadas. Tan intención se hallaba ínsita en los términos en que todas nuestras leyes anteriores definían el salario: salario es la remuneración (retribución, pago o recompensa) correspondiente (que toca o que pertenece) al trabajador por el servicio prestado. O sea, que más que la índole del objeto de la prestación debida (sumas de dinero, alimentos, ropas, becas, etc.), o de la circunstancia de tiempo, modo y lugar pautados para el disfrute de la misma, lo único realmente diferenciador entre una prestación salarial y otra de diversa naturaleza, es la intención con que ella es establecida y se cumple entre las partes. Por esta razón sustancial, los subsidios o facilidades que el patrono otorga al trabajador para mejorar su calidad de vida personal y familiar, adquieren carácter salarial, según el Parágrafo Primero del artículo 133 de la LOT.'

Para mayor abundamiento este tribunal se permite traer a colación la opinión de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo plasmada en el dictámen No. 08 del 17 de enero de 1996, al señalar: 'el sistema cesta ticket' sometido a su estudio revestía naturaleza salarial pues ostentaba los caracteres de 'inmediatez, proporcionalidad y certeza'. ...'. En el caso que nos ocupa, la empleadora otorgaba el referido beneficio al trabajador peticionante, regular y permanentemente; dado los términos en que quedó contradicha la pretensión del actor y del análisis del material probatorio, concluye quien decide, que el ciudadano José Luis Carrasquero, recibía el cesta ticket, antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley

Programa de Alimentación para los Trabajadores, el cual data de septiembre de 1998, cuyo decreto en su artículo 5to, establece el carácter no salarial de este beneficio, salvo que la convención colectiva de trabajo o el contrato individual de trabajo otorgue el referido carácter salarial.

En síntesis, concluye quien decide, que el tantas veces mencionado cesta ticket, tiene carácter salarial, y por lo tanto debe ser considerado parte del salario a los fines de la liquidación de las prestaciones sociales, de conformidad con lo establecido en el parágrafo Quinto del artículo 108, y 146 de la Ley Orgánica del Trabajo; cuyo monto en el caso de marras, asciende a la cantidad de Ciento Treinta Mil Bolívares Mensuales (Bs. 130.000), cantidad estimada por el actor en su libelo de demanda y no desvirtuada por la demandada en el debate probatorio."

"Establece el numeral 1º del parágrafo tercero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, que se entiende como beneficios sociales de carácter no remunerativo, los servicios de comedores, provisión de comidas y alimentos y de guarderías infantiles, sin hacer mención alguna a la remuneración que recibe el trabajador a través de tickets o vales que pueden ser canjeados por bienes de carácter esencial, de lo que observa la Sala que no puede ubicarse el cesta ticket, como señala el formalizante, dentro de la categoría de provisión de comidas y alimentos, por cuanto ésta no fue la voluntad del legislador, puesto que estableció en el parágrafo primero de la norma en comento, como salario, los subsidios o facilidades que el patrono otorgue al trabajador con el propósito de que éste obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia, dentro de los cuales se ha incluido los mencionados tickets o vales, dado los caracteres de generalidad, inmediatez, proporcionalidad y certeza.

"En el caso bajo estudio, la recurrida acertadamente estableció el carácter salarial del cesta ticket que recibía el trabajador, el cual debe ser considerado como parte del salario a los fines de la liquidación de las prestaciones sociales, por cuanto lo recibía de forma regular y permanente y además, porque entra a formar parte de su patrimonio, todo ello de conformidad con el parágrafo primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.

"Siendo así, no incurrió la recurrida en la infracción de las normas delatadas, razón por la que se declara la improcedencia de la denuncia analizada. Así se decide."»

Sentencia n° 489
Expediente n° AA60-S-2002-562
Partes: *Febe Briceño de Haddad Vs. Banco Mercantil, C.A. S.A.C.A.*
Fecha: *30 de julio de 2003.*
Magistrado Ponente: *Doctor Juan Rafael Perdomo.*
Tema: *Naturaleza jurídica de los subsidios y facilitades otorgados al Trabajador. Carácter no salarial de los tickets, vales o cupones. Aportes patronales al ahorro del Trabajador..*

Los subsidios o facilidades otorgadas a los trabajadores son una ayuda familiar que complementan el salario por lo cual no pueden ser salario a la vez. Los tickets, vales o cupones de alimentación no tienen carácter salarial mientras cumplan con lo dispuesto en el artículo 73 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

«"Para decidir, la Sala observa:

"Inicialmente debe precisarse que en el encabezamiento de la denuncia se acusa la infracción del artículo 133, Parágrafo Primero, literal b), por falta de aplicación, pero en el texto de la referida delación se indica que el motivo de la misma es la errónea interpretación de dicha norma y así será decidida.

"El literal b) del Parágrafo Único del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990 establecía que "no se considerarán formando parte del salario (...) b) Los subsidios o facilidades que establezca el patrono para permitir al trabajador la obtención de bienes y servicios esenciales a menor precio del corriente".

"El Juez de la recurrida consideró que los «cestatickets» entregados al trabajador por el patrono no podían ser considerados como subsidio o facilidad para adquirir bienes a menor precio, por cuanto en los comercios afiliados al sistema de "cestatickets", los bienes se adquieren con estos tickets, vales o cupones, al mismo precio que si se adquieren con otra modalidad de pago, descartándose que los bienes se adquieran a menor precio como es el supuesto establecido en la norma.

"El Juez de la recurrida estableció además que los «cestatickets» se entregaban al trabajador en forma segura, no aleatoria y periódica, no se

pagaban si no se prestaba el servicio y entraban a formar parte del patrimonio del trabajador, por lo que revestían naturaleza salarial.

"En criterio de la Sala, durante la vigencia del literal b), del Parágrafo Único del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990, los tickets, vales o cupones constituían una modalidad de subsidio de iniciativa patronal excluido del salario cuando su costo total o parcial era asumido por el patrono y tenía como finalidad asegurar a los trabajadores la adquisición de bienes o servicios esenciales a menor precio del corriente.

"Es importante destacar que resultaba irrelevante a los fines de la aplicación de la norma en cuestión, que el precio de los bienes adquiridos fuese el mismo mediante el pago de tickets o mediante el pago en moneda de curso legal, por cuanto si el costo total o parcial de los tickets lo asumía el patrono ello constituía efectivamente un subsidio.

"En este sentido se debe señalar que el valor monetario del total de tickets entregados al trabajador siempre debía guardar relación de proporcionalidad con las necesidades del trabajador y su familia que se pretendían satisfacer; pues si el valor de los tickets entregados resultaba exorbitante, o por lo menos alto en relación con el salario devengado por el trabajador, quedaba de manifiesto el ánimo del patrono de enriquecer al trabajador, de aumentar su patrimonio, al margen de la ayuda a la satisfacción de las necesidades esenciales, lo cual constituía el fin de la norma, y en virtud del principio de *primacía de la realidad* que informa la aplicación e interpretación de la legislación laboral, el monto de los tickets, vales o cupones entregados debía ser considerado como salario al no encontrarse dentro de los supuestos de hecho fijados por el Parágrafo Único, literal b), del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990.

"Además, si los montos totales entregados por el patrono en tickets resultaban altos en relación con el salario del trabajador, y ello debe determinarlo en cada caso quien aplica la norma, quedaba evidenciado un fraude a la ley mediante el cual el empleador, antes que subsidiar o conceder facilidades al trabajador para la satisfacción de las necesidades, estaba proporcionando aumentos salariales.

"En el caso bajo examen no se desprende de los hechos

establecidos por la sentencia recurrida que la trabajadora pagara parte de los cestatickets que le entregaba el patrono, por lo que debe asumirse que éste último asumía completamente su costo y por tanto el de los bienes que con los mismos se adquirían.

"Igualmente, establece la sentencia en partes distintas del fallo que el monto de los cestatickets entregados a la trabajadora era de bolívares Treinta y Siete Mil, (Bs. 37.000,00), y que en el mes de mayo de 1997 el salario básico de la trabajadora demandante era de bolívares, Quinientos Treinta y Ocho Mil, (Bs. 538.000,00), es decir, el monto de los tickets entregados era equivalente al 6,8% del salario básico percibido por la trabajadora, lo cual esta Sala no considera una suma exorbitante ni muy alta y de la misma no se puede desprender la intención del patrono de encubrir ingresos salariales.

Establecido que la entrega de cestatickets constituía en el caso bajo examen un subsidio otorgado por el patrono en beneficio de los trabajadores, resulta inoficioso hacer consideraciones sobre las características salariales de los mismos, pues el legislador de 1990 excluyó dicho subsidio del salario.

"Por las razones antes expuestas debe concluirse que el Juez de alzada incurrió en errónea interpretación del dispositivo del Parágrafo Único, literal b), del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990.

"Por otra parte el artículo 133, Parágrafo Primero, de la Ley Orgánica del Trabajo vigente dispone que los subsidios o facilidades que el patrono otorgue al trabajador con el propósito de que éste obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia tienen carácter salarial.

"Sin embargo, los subsidios son asignaciones que otorga el patrono, dentro del ámbito del contrato de trabajo, y que poseen un esencial carácter de ayuda, otorgados no por la prestación del servicio sino por la existencia del contrato de trabajo.

"Sobre el particular estima la Sala de particular relevancia, a los fines de esclarecer el sentido y alcance del artículo 133, Parágrafo Primero, de la Ley Orgánica del Trabajo vigente del cual no sólo depende el carácter salarial o no de los tickets sino de todas las asignaciones no salariales, analizarla cuidadosamente tomando en consideración la definición de salario contenida en la primera

parte del artículo 133 *eiusdem*, según la cual "...se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio...".

"Al confrontar ambos preceptos se evidencia que entre ellos hay una antinomia, toda vez que si los subsidios son una ayuda de carácter familiar que complementa el salario, no pueden, a la vez ser salario, de donde se infiere que el Parágrafo Primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, debe ser interpretado en el sentido de que los subsidios o facilidades que el patrono otorga al trabajador con la finalidad de obtener bienes y servicios para mejorar su vida y la de su familia no son salario, pues sería ilógico y jurídicamente imposible que los subsidios y facilidades referidos sean, al mismo tiempo, salario y complemento del salario.

"Asimismo estima la Sala de la mayor importancia la conclusión antes dicha, para determinar la naturaleza de los tickets, cupones o vales a los que se refiere la Ley Programa de Alimentación para los Trabajadores, así como aquellos sistemas de pago como el cestatickets que son utilizados con apego a la Ley Orgánica del Trabajo vigente, para otorgar al trabajador y a su familia el beneficio establecido en el artículo 133, Parágrafo Primero de la citada Ley.

"En este sentido los tickets, vales o cupones que son utilizados, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 133, Parágrafo Primero, de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, son un instrumento para la materialización del beneficio correspondiente y que por lo tanto no se confunde con el beneficio mismo, el cual puede ser entregado lícitamente por otros medios, como el servicio de comedores para el trabajador, por tal razón, los tickets, vales o cupones en las disposiciones laborales vigentes no revisten carácter salarial. Sin embargo, debe advertirse que tales tickets, vales o cupones deben satisfacer todas las exigencias legales y reglamentarias a objeto de preservar su carácter no salarial, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.»

Los aportes patronales a un denominado Plan de ahorro tienen naturaleza salarial cuando se determina que no existe un plan de ahorro programado que incentive o estimule el ahorro por parte del trabajador.

"El artículo 133, Parágrafo Único, literal c), de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990, señalaba que «No se considerará formando parte del salario (…) c) Los aportes del patrono para el ahorro del trabajador en cajas de ahorro, en otras instituciones semejantes o mediante planes acordados con este fin, salvo que el patrono y el trabajador acuerden tomar en cuenta dicho aporte en el salario de base para el cálculo de lo que corresponda al trabajador a consecuencia de la terminación de la relación de trabajo».

"No es desconocido para quienes de alguna manera intervinieron o tuvieron conocimiento del desarrollo de las relaciones de trabajo bajo la vigencia del artículo 133, Parágrafo Único, literal c), de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990, que bajo la figura de «aportes al ahorro del trabajador» se solían encubrir aportes de naturaleza salarial, de manera de evitar que los incrementos en la remuneración del trabajador influyeran de alguna manera en el cálculo de los restantes beneficios, prestaciones e indemnizaciones previstos en la legislación del trabajo.

"Por las razones antes expuestas y, a pesar que en principio el artículo 133, Paragrafo Único, literal c), de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990, excluía la naturaleza salarial de los aportes patronales al ahorro del trabajador, al ser reformada la Ley Orgánica del Trabajo el 19 de junio de 1997 con la finalidad de recomponer el salario, se eliminó tal exclusión salarial y en el dispositivo del artículo 671, bajo el título de Disposiciones Transitorias, sólo se mantuvo la exclusión salarial a los aportes patronales al ahorro del trabajador cuando estos estaban previstos en las convenciones colectivas.

"Entonces, no todo lo que el patrono entregaba al trabajador como aporte al ahorro constituía verdaderamente tal aporte, pudiendo ser una mera forma de simular entrega de cantidades salariales en fraude a la ley. Corresponde al aplicador de la ley, escudriñar en la realidad de los hechos para determinar en cada caso concreto cuándo se está verdaderamente

en presencia de un aporte al ahorro del trabajador.

"La Sala debe precisar que se entiende por «ahorro», y en este sentido recurre al Diccionario de la Real Academia Española que señala «Ahorro: Acción de ahorrar, economizar (…) // 3. Lo que se ahorra …» y «Ahorrar: Cercenar y reservar alguna parte del gasto ordinario. // 2. Guardar Dinero como previsión de necesidades futuras // ,» (Real Academia Española, Tomo I, Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992, pag.71).

"Entonces, si lo que el artículo 133, Parágrafo Único, literal c), de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990, excluía del salario eran los aportes del patrono al ahorro del trabajador, debe considerarse que quien debe guardar dinero en previsión de necesidades futuras, cercenándolo o apartándolo de sus ingresos salariales, es el trabajador y toda vez que el salario tiene naturaleza alimentaria y con el se satisfacen las necesidades del trabajador y de su familia, se sabe por máximas de experiencia que la posibilidad de ahorro del trabajador en cajas de ahorro, fondos de ahorro y planes especiales de ahorro es de aproximadamente un 10% de su salario. El sentenciador de la recurrida lo estableció entre el 5% y el 10% del salario, lo que en cualquier caso implica una coincidencia en que el ahorro del trabajador compromete una parte pequeña de la retribución salarial.

"Establecido que quien debe ser consistente con el ahorro es el trabajador debe señalarse igualmente que el aporte del patrono está dirigido a estimular el ahorro por parte del trabajador y por ello los aportes del patrono a la cuenta o al sistema de ahorros tienen esa finalidad. Por máxima de experiencia se sabe que dichos aportes del patrono varían alrededor del 50% de los montos aportados por el trabajador, quien, se reitera es quien aporta la mayor parte de lo que constituye el capital ahorrado.

"Que el mayor aporte del ahorro lo debe hacer el trabajador y que los aportes del patrono tienen como finalidad el estimulo del mismo, se desprende igualmente del artículo 671 de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 19 de junio de 1997, cuando como disposición transitoria, mantuvo la exclusión salarial de los aportes previstos en la convención colectiva como «fomento» al ahorro del trabajador.

"Cuando el patrono hace en mayo de 1997 un aporte al ahorro de la trabajadora de

bolívares, Seiscientos Cuarenta y Siete Mil Bs. 647.000,00, siendo el salario de la misma bolívares, Quinientos Treinta y Ocho Mil, (Bs.538.000,00), resulta evidente que tal asignación no era en realidad un aporte para el ahorro del trabajador, quien no se ve estimulado a ahorrar parte de su salario si el patrono le asigna una cantidad significativamente mayor, en un 120%, al mismo.

"No puede dejar de considerar la Sala, la circunstancia de que no sólo el patrono aporta una cantidad superior al salario de la trabajadora, sino que, en el diseño del denominado Plan de Ahorro del Banco demandado, el aporte del trabajador es, a su escogencia, del 1,5%, 5% ó 10% del aporte del patrono y no de su salario. Pero es que además no se indica entre las pautas del Plan de Ahorro cuál va a ser el aporte del patrono, lo que desdice de la existencia de un verdadero Plan de Ahorro, pues los planes de ahorro suponen al menos, un ahorro programado, y ello no se puede conseguir en el caso bajo examen, puesto que el patrono no indicó previamente cuál era su aporte.

"Por máxima de experiencia puede precisar la Sala que al establecerse planes de ahorro de naturaleza especial, o mediante aportes a cajas de ahorro o a fondos de ahorro, se sabe desde el momento inicial cuales van a ser los aportes del patrono y del trabajador.

"Si el trabajador hace un aporte de su salario dependiendo de los aportes del patrono, los cuales no conoce de antemano pero que son bastantes superiores a su salario, en realidad no está ahorrando monto alguno porque el trabajador no sabe cuánto va a apartar de su salario sino que en realidad está autorizando al patrono para que deposite en una cuenta distinta, montos de su salario.

"Las consideraciones anteriores no constituyen una imposición de requisitos a los aportes al ahorro del trabajador que el artículo 133, Parágrafo Único, literal c), de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990, no preveía; sino que son consecuencias que se derivan de los conceptos mismos de ahorro y de plan de ahorro.

"En relación con la disponibilidad del dinero ahorrado por parte del trabajador, debe la Sala señalar que si ahorrar es guardar dinero como previsión de necesidades futuras y las partes de una relación de trabajo establecen planes de ahorro programado, para que el trabajador pueda tener

cantidades de dinero seguras en previsión de dichas necesidades futuras, resulta elemental que dicha suma debe ir creciendo, salvo retiros por sobrevenir necesidades especiales para las cuales se constituyó dicho plan de ahorro.

"Tal aumento de los haberes del trabajador en las cuentas de su plan de ahorro se logra acordando con el patrono una limitación a la disponibilidad de dicho dinero por parte del trabajador. Usualmente, aunque no exclusivamente, está limitación implica que el trabajador no puede retirar sus haberes de las cuentas donde están depositados, hasta la terminación de la relación de trabajo y que sólo ante necesidades específicas puede solicitar préstamos garantizando su pago con los montos que tuviera depositados.

"En el diseño del Plan de Ahorro del Banco demandado se indica que el trabajador puede pedir préstamos de hasta el 90% de lo depositado garantizando con sus haberes, tales préstamos, y aunque no consta que no pudiera hacer retiros de iguales montos, tal posibilidad resulta contraria a la idea misma del plan de ahorro, por cuanto si el trabajador puede retirar dinero sin limitaciones no hay ahorro ninguno y no tiene sentido un plan de ahorro que conlleve un ahorro programado; además, si el trabajador puede retirar libremente las cantidades depositadas, al final no tendría monto alguno con el cual garantizar el préstamo que eventualmente requeriría de presentarse una necesidad imprevista.

"Por tales razones acertó el Juez de alzada cuando consideró que los denominados aportes del patrono al Plan de Ahorro son de naturaleza salarial, por cuanto en realidad no van asignados a Plan de ahorro alguno."»

Sentencia n° 631
Expediente n° AA60-S-03-166
Partes: *Gustavo Toro Hardy Vs.Banco Hipotecario Consolidado C.A., luego Corp Banca, C.A.*
Fecha: *02 de octubre de 2003.*
Magistrado Ponente: *Doctor Juan Rafael Perdomo.*
Tema: *Créditos o avales para adquisición de vivienda. Ratificación de la naturaleza no salarial de los subsidios o facilidades.*

Bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, los créditos o avales para adquisición de vivienda, ampliación o reparación o para cancelación de hipotecas constituían una modalidad de subsidio de iniciativa patronal. "...el Parágrafo Primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, debe ser interpretado en el sentido de que los subsidios o facilidades que el patrono otorga al trabajador con la finalidad de obtener bienes y servicios para mejorar su vida y la de su familia no son salario, pues sería ilógico y jurídicamente imposible que los subsidios y facilidades referidos sean, al mismo tiempo, salario y complemento del salario."

«"...no puede dejar pasar por alto esta Sala debido a su importancia que durante la vigencia del literal b), del Parágrafo Único del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, los créditos o avales para adquisición de vivienda, para su ampliación o reparación, o para cancelación de hipotecas, con intereses u otras condiciones preferenciales constituían una modalidad de subsidio de iniciativa patronal excluido del salario cuando su costo total o parcial era asumido por el patrono y tenía como finalidad asegurar a los trabajadores la adquisición de bienes o servicios esenciales a menor precio del corriente.

"Por otra parte el artículo 133, Parágrafo Primero, de la Ley Orgánica del Trabajo vigente dispone que los subsidios o facilidades que el patrono otorgue al trabajador con el propósito de que éste obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia tienen carácter salarial.
Sin embargo, los subsidios son asignaciones que otorga el patrono, dentro del ámbito del

contrato de trabajo, y que poseen un esencial carácter de ayuda, otorgados no por la prestación del servicio sino por la existencia del contrato de trabajo.

"Sobre el particular estima la Sala de particular relevancia, a los fines de esclarecer el sentido y alcance del artículo 133, Parágrafo Primero, de la Ley Orgánica del Trabajo vigente del cual no sólo depende el carácter salarial o no de los créditos o avales sino de todas las asignaciones no salariales, analizarla cuidadosamente tomando en consideración la definición de salario contenida en la primera parte del artículo 133 *eiusdem*, según la cual "...se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio...".

"Al confrontar ambos preceptos se evidencia conforme la jurisprudencia de la Sala (Vid. Sentencia de la Sala de 30 de julio de 2003, Nº 489) que entre ellos hay una antinomia, toda vez que si los subsidios son una ayuda de carácter familiar que complementa el salario y constituyen una liberalidad del patrono, pues su otorgamiento no está consagrado como obligatorio en la legislación, no pueden, a la vez ser salario, de donde se infiere que el Parágrafo Primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, debe ser interpretado en el sentido de que los subsidios o facilidades que el patrono otorga al trabajador con la finalidad de obtener bienes y servicios para mejorar su vida y la de su familia no son salario, pues sería ilógico y jurídicamente imposible que los subsidios y facilidades referidos sean, al mismo tiempo, salario y complemento del salario."»

Sentencia n° 1630
Expediente n° AA60-S-2004-1253
Partes: *Juan Carlos Figueredo Vs. Mc Cann-Erickson Publicidad de Venezuela S.A.*
Fecha: *13 de diciembre de 2004.*
Magistrado Ponente: *Doctor Omar Alfredo Mora Díaz.*
Tema: *Asignación de vehículo con carácter salarial. Determinación del cuantum del valor del uso del vehículo.*

El beneficio del uso del vehículo asignado por la empresa al trabajador tiene carácter salarial cuando goza y disfruta de él como lo haría un dueño. Para establecer el cuantum del valor del uso del vehículo se deberá tomar como referencia los datos que aporten agencias de alquiler de autos sobre la base de 8 horas.

«"…la Sala declara con lugar la pretensión del demandante de considerar que el beneficio del uso del vehículo asignado por la empresa al trabajador tiene carácter salarial, por cuanto en la audiencia oral llevada a cabo a los efectos del recurso de casación, la representación judicial de la parte demandada, reconoció que el trabajador *"tenía libre uso del vehículo" (…) "como si fuera dueño"*.

"Ahora, para establecer el cuantum del valor del uso del vehículo asignado al trabajador, se resuelve que tal proceso deberá ser realizado mediante experticia complementaria, mediante la cual el experto deberá consultar a las agencias de alquileres de vehículos más importantes del Área Metropolitana de Caracas, a los efectos de tomar como referencia los datos que éstas aporten. Para ello, el perito también deberá tomar como parámetro 8 horas, y no 24 como lo solicitó el actor, en razón de que por máxima de experiencia, son "ocho horas para trabajar, ocho horas para disfrutar, y ocho horas para descansar", dicho esto en otras palabras, las referidas ocho horas representan la incidencia salarial del uso del vehículo.

"En esta fase de análisis, se debe señalar que aun y cuando el método utilizado en el presente fallo no coincide con el adoptado por ambos Juzgadores de Instancia, se advierte, que con ello la Sala no pretende limitar a los Sentenciadores Laborales a emplear el referido mecanismo aquí señalado. En este sentido,

se deja sentado que queda a la soberana apreciación de los Jueces, la forma y manera (en cuanto al método) de calcular y cuantificar el valor del uso del vehículo que llegue a ser considerado como parte del salario, siempre que el elegido sea idóneo para ello."»

Sentencia n° 1633
Expediente n° AA60-S-2004-1213
Partes: *Enrique Emilio Álvarez Centeno Vs. Abbott Laboratorios y Abbott Laboratories, C.A.*
Fecha: *14 de diciembre de 2004.*
Magistrado Ponente: *Doctor Juan Rafael Perdomo.*
Tema: *Beneficios otorgados a un alto ejecutivo extranjero de empresa transnacional.*

El pago por seguridad de vivienda, del colegio de los hijos, de los gastos y cuota de mantenimiento de la acción de un club, de los costos de los pasajes aéreos y traslado junto a la familia para ir a su país de origen anualmente (home leave), el derecho de uso de un vehículo asignado para uso personal, el pago de los gastos de repatriación una vez finalizada la relación laboral y el pago del seguro de vida y de hospitalización para el empleado y su familia, así como los planes de pensiones y el incentivo para compra de acciones a un precio determinado (stock options) no tienen carácter salarial. El bono ejecutivo por cumplimiento de metas de impacto (impact goals-incentive plan) debe ser tomado en cuenta para el cálculo del salario.

«"Para determinar la procedencia de los montos reclamados por prestaciones y otros conceptos salariales es necesario establecer, en primer lugar, los beneficios que forman parte del salario.

"En Sentencia N° 489 de fecha 30 de julio de 2003 (caso Febe Briceño de Haddad, contra Banco Mercantil C.A., S.A.C.A.), a los fines de esclarecer el sentido y alcance del artículo 133, Parágrafo Primero, de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, la Sala estimó pertinente analizar cuidadosamente la norma tomando en consideración la definición de salario contenida en la primera parte del artículo 133 *eiusdem*, según la cual "...se

entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio...".

"El artículo 133, Parágrafo Primero, de la Ley Orgánica del Trabajo vigente dispone que los subsidios o facilidades que el patrono otorgue al trabajador con el propósito de que éste obtenga bienes y servicios que le permitan mejorar su calidad de vida y la de su familia tienen carácter salarial.

"La sentencia mencionada estableció que al confrontar ambos preceptos se evidencia que entre ellos hay una antinomia, toda vez que si los subsidios son una ayuda de carácter familiar que complementa el salario, no pueden, a la vez ser salario, de donde se infiere que el Parágrafo Primero del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, debe ser interpretado en el sentido de que los subsidios o facilidades que el patrono otorga al trabajador con la finalidad de obtener bienes y servicios para mejorar su vida y la de su familia no son salario, pues sería ilógico y jurídicamente imposible que los subsidios y facilidades referidos sean, al mismo tiempo, salario y complemento de éste.

"En el caso concreto, es necesario tomar en cuenta que el actor es de nacionalidad Argentina y que para desempeñar el cargo de gerente general de manera permanente requiere vivir en Caracas con su familia, por lo que el pago de seguridad de su vivienda, del colegio de sus hijos, de los gastos y cuota de mantenimiento de la acción del Club Valle Arriba Golf Club, de los costos de los pasajes aéreos y traslado junto a su familia para ir a su país de origen (Argentina) anualmente (home leave), el derecho de uso de un vehículo asignado para su uso personal, el pago de los gastos de repatriación una vez finalizada la relación laboral y el pago del seguro de vida y de hospitalización para él y su familia, son facilidades que le otorga el patrono para mejorar el nivel de vida de él y de su familia que se encuentran residenciados en un país lejos de sus pertenencias y familiares, razón por la cual, son una ayuda de carácter familiar que complementa el salario y no tienen, por tanto, carácter salarial.

"Los planes de pensiones se constituyen con el aporte del trabajador y del patrono con la finalidad de acumular una cantidad que en el futuro, cuando se cumplan las condiciones establecidas en el plan, represente un ingreso mensual

para el trabajador producto de su ahorro. Por las características y finalidad del plan de pensiones, la Sala considera que no reúne las condiciones requeridas para tener carácter salarial, como son el representar un ingreso percibido por el trabajador de manera habitual, es decir, en forma regular y permanente, y que efectivamente ingrese a su patrimonio, brindándole una ventaja económica, razón por la cual el plan de jubilación no forma parte del salario.

"El incentivo para compra de acciones a un precio determinado (stock options) es una oportunidad que la empresa brinda para comprar determinado número de acciones de la compañía a un precio fijo dentro de un lapso establecido. Las acciones de la compañía están inscritas en la Bolsa de Valores y fluctúan de conformidad con las tendencias del mercado. La compra de las acciones se realiza con el dinero del trabajador a voluntad de éste y forman parte de su patrimonio como cualquier otro bien adquirido. Las acciones se pueden vender en la Bolsa de Valores en cualquier momento, al precio que estén en el mercado, y la venta depende de una decisión unilateral y autónoma del trabajador. La ganancia en estas operaciones es un concepto aleatorio pues depende de que el trabajador ejerza la opción, es decir, adquiera las acciones; que las acciones estén en el mercado a un precio más bajo que el establecido en la opción del trabajador; o que las acciones estén en el mercado en el momento de la venta a un precio más alto que el precio al cual fueron adquiridas, razón por la cual, este incentivo no reúne las condiciones requeridas para tener carácter salarial, como son el representar un ingreso percibido por el trabajador de manera habitual, es decir, en forma regular y permanente, y que efectivamente ingrese a su patrimonio, brindándole una ventaja económica, razón por la cual el incentivo para compra de acciones no forma parte del salario.

"El bono ejecutivo por cumplimiento de metas de impacto (impact goals-incentive plan), es un pago anual calculado con base en la evaluación de la gestión gerencial del trabajador, para premiar por la eficiencia y la productividad de su trabajo, razón por la cual está íntimamente relacionado con la prestación del servicio lo que se corresponde con lo establecido en la primera parte del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo que define el salario, y en consecuencia, la Sala considera que el bono incentivo por cumplimiento de metas sí tiene carácter salarial y deberá tomarse en cuenta para

calcular el salario.

"En conclusión, de conformidad con el artículo 133 *eiusdem*, de los beneficios acordados en el contrato laboral, sólo forma parte del salario el bono por incentivo por cumplimiento de metas. El resto de los beneficios no reúnen las condiciones requeridas para tener carácter salarial, no se derivan exclusivamente de la relación laboral sino de su condición de trabajador argentino, de tener hijos y de su condición como máxima autoridad dentro de la empresa.

"Por las razones mencionadas, sólo forma parte del salario el pago mensual, las utilidades, el bono vacacional y el bono de incentivo por metas cumplidas, el cual se desprende de los recibos de pago."»

Sentencia n° 22
Expediente n° AA60-S-2004-1002
Partes: *Aura Marina Carrasco Vs. Centro Clínico la Isabelica, C.A.*
Fecha: *24 de febrero de 2005.*
Magistrado Ponente: *Doctor Alfonso Valbuena Cordero.*
Tema: *Salario para el cálculo de prestaciones sociales en caso de despido injustificado, dentro del primer año de entrada en vigencia de la actual Ley Orgánica del Trabajo.*

"…si la relación de trabajo termina por despido injustificado durante el primer año de vigencia de la Ley, los ingresos del trabajador que tengan carácter salarial, de conformidad con el artículo 133 de la misma Ley, se incluirán en la base de cálculo de las prestaciones e indemnizaciones que surjan de la relación de trabajo, imperativo legal éste que entiende la Sala constituye una sanción prevista para el patrono a los fines de evitar el despido masivo de los trabajadores durante el primer año de vigencia de la referida Ley sustantiva Laboral y así garantizar su estabilidad en el trabajo…"

«"Aprecia la Sala, que efectivamente el Juez Superior Laboral declaró improcedente el pago correspondiente a la diferencia por antigüedad y compensación por transferencia, en fundamento a que los bonos no integraban el salario antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo en junio de 1.997.

"Ahora bien, los artículos 666 y 669 parágrafo único de la Ley Orgánica del Trabajo, establecen la liquidación de antigüedad y pacto de la compensación por transferencia y, su exigibilidad inmediata, respectivamente, en los siguientes términos:

"Artículo 666. Los trabajadores sometidos a esta Ley, así como los funcionarios o empleados públicos nacionales, estadales y municipales, con ocasión de su entrada en vigencia, tendrán derecho a percibir:

(omissis)

Artículo 669. (…) PARÁGRAFO ÚNICO. Si la relación de trabajo terminase por despido injustificado durante el primer año de vigencia de esta Ley, los ingresos percibidos por el trabajador que deban revestir

carácter salarial de conformidad con su Artículo 133, se incluirán en el salario de base para el cálculo de las prestaciones e indemnizaciones que correspondan por virtud de esta Ley."

"De la normativa anteriormente transcrita se evidencia, que si la relación de trabajo termina por despido injustificado durante el primer año de vigencia de la Ley, los ingresos del trabajador que tengan carácter salarial, de conformidad con el artículo 133 de la misma Ley, se incluirán en la base de cálculo de las prestaciones e indemnizaciones que surjan de la relación de trabajo, imperativo legal éste que entiende la Sala constituye una sanción prevista para el patrono a los fines de evitar el despido masivo de los trabajadores durante el primer año de vigencia de la referida Ley sustantiva Laboral y así garantizar su estabilidad en el trabajo.

"En el presente caso, y una vez revisadas las actas que conforman el expediente, se evidencia que la ciudadana Aura Marina Carrasco prestó sus servicios como auxiliar de enfermería a la empresa Centro Clínico La Isabelica, S.A., desde el 26 de mayo de 1.978 hasta el 17 de febrero de 1.998, fecha ésta en la que fue despedida injustificadamente, es decir, a los ocho (08) meses de la entrada de la Ley Orgánica del Trabajo de fecha 19 de junio de 1.997, por lo que el Juez de alzada debió incluir los ingresos que recibió la trabajadora que revistan carácter salarial a la fecha del despido, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 133 eiusdem, para calcular los montos que por concepto de diferencia de antigüedad y compensación por transferencia le corresponden, todo ello de conformidad con el parágrafo primero del artículo 669 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se decide."»

Sentencia n° 23
Expediente n° AA60-S-2004-1006
Partes: *Ismael Aníbal Marcano Ojeda Vs. Ingeniería en Lubricación (INGELUB), C.A., y Distribuidora Industrial del Centro, C.A.*
Fecha: *24 de febrero de 2005.*
Magistrado Ponente: *Doctor Alfonso Valbuena Cordero.*
Tema: *El salario base para el cálculo de las vacaciones, días de descanso y feríados no pagados debe cancelarse con base al último salario devengado, en que terminó la relación laboral.*

"...el pago de las vacaciones debe calcularse tomando como base el salario normal devengado por el trabajador en el mes inmediatamente anterior al día en que nació el derecho al disfrute de las mismas, siempre y cuando dicho concepto laboral haya sido pagado en su oportunidad, ya que en caso contrario, es decir, cuando las mismas no hayan sido canceladas oportunamente, deben calcularse conforme al último salario diario devengado por el trabajador al momento de la finalización de la relación de trabajo."

«En el presente caso, y una vez revisadas las actas que conforman el expediente, no se evidencia de autos que las vacaciones del trabajador reclamante hayan sido canceladas en su oportunidad, por lo que el Juez de Alzada debió ordenar el pago de dicho concepto laboral conforme al último salario diario devengado por el trabajador al momento de la finalización de la relación laboral y no, sobre la base de cálculo del salario devengado por el accionante durante el mes correspondiente a la fecha en que fueron causados, todo ello en acatamiento de la doctrina reinante en esta Sala de Casación Social.

En razón de las consideraciones expuestas, esta Sala observa que en el presente caso el Juez Superior del Trabajo contravino la jurisprudencia emanada de esta Sala de Casación Social, al tomar como base de cálculo para el pago de las vacaciones el salario promedio devengado por el trabajador durante los tres meses anteriores a aquel en que nació el derecho y no, conforme al último salario diario devengado por el trabajador al momento de la finalización de la relación

laboral, dado que no se evidencia de autos que las vacaciones del trabajador reclamante hayan sido canceladas en su oportunidad. Así se declara.

Por otro lado, con respecto a la denuncia referida al cálculo de los montos correspondientes a los días de descanso y feriados, observa la Sala que, efectivamente, tal y como lo alega el recurrente, el Juez de Alzada calculó dicho concepto laboral sobre la base del salario diario devengado por el trabajador durante el mes correspondiente.

Ahora bien, considera la Sala oportuno señalar en relación a los trabajadores que devengan un salario mixto, es decir, básico más una parte variable, que a los mismos le corresponden adicionalmente recibir del patrono el pago de los salarios por descanso semanal y feriados, calculados éstos sobre el promedio de lo devengado por el variable, pues en la parte fija va incluido el pago de descanso semanal y feriados no laborados, con base al ingreso del mes inmediatamente anterior; teniendo en cuenta que en caso de que el patrono no haya pagado oportunamente esta parte del salario, a la finalización de la relación laboral deberá pagarlos al promedio del último salario.

En el presente caso, al tratarse de un trabajador que devenga un salario mixto, cuya remuneración correspondiente al pago de los días de descanso y feriados no le fueron cancelados oportunamente, tal y como se desprende del libelo de la demanda, considera esta Sala de Casación Social que reconocido en autos el hecho de que se le adeudan al trabajador dicho concepto por él reclamado, éste debe calcularse en base al salario promedio obtenido en el último mes de trabajo efectivo, es decir, a la finalización de la relación de trabajo, vista la omisión del patrono en el pago oportuno de dicho concepto laboral. Así se establece.»

Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en Sala de Casación Social en materia de zonas fronterizas del Derecho del Trabajo

Por:
Alba Sosa Sosa
Iván Mirabal Rendón

Sumario:

1. *Sentencia n° 26:* Presunción de la relación laboral. Carácter de laborabilidad entre un corredor de seguros exclusivo y la empresa.

2. *Sentencia n° 61:* Presunción y elementos característicos de la relación laboral. Carácter de la relación laboral entre una empresa y los vendedores de sus productos.

3. *Sentencia n° 535:* Presunción de existencia de la relación laboral. Carácter de la relación entre una empresa y los vendedores de sus productos.

4. *Sentencia n° 06:* Trabajador independiente.

5. *Sentencia n° 501:* Horas extras causadas en forma regular y permanente.

6. *Sentencia n° 103:* Presunción y elementos característicos de la relación laboral. Carácter de la relación entre una empresa y los vendedores de sus productos.

7. *Sentencia n° 124:* La subordinación como elemento de la relación laboral. Carácter del Presidente de un Banco.

8. *Sentencia n° 131:* Definición de la subordinación como elemento de la relación laboral.

9. *Sentencia n° 302:* Presunción de la relación laboral. Prestación personal del servicio. Presupuestos necesarios para constatar situaciones de fraude o simulación en la relación de trabajo.

10. *Sentencia n° 489:* Haz de indicios.

11. *Sentencia n° 128:* Carácter personal de la prestación del servicio.

12. *Sentencia n° 382:* Ausencia de elementos del contrato de trabajo.

13. *Sentencia n° 397:* Reconocimiento de la relación laboral en Transacción homologada por Inspectoría del Trabajo.

14. *Sentencia n° 419:* Zona fronteriza del Derecho del Trabajo (elementos del contrato de trabajo y técnica de haz de indicios).

15. *Sentencia n° 728:* Zona fronteriza del Derecho del Trabajo (elementos del contrato de trabajo y técnica de haz de indicios).

16. *Sentencia n° 1448:* Inexistencia de la Relación Laboral. Cambio del criterio establecido en la sentencia n° 61 del 16 de junio de 2000.

Sentencia n° 26
Expediente R.C. n° 97-333
Partes: *Carlos Luis De Casas Bauder Vs. Seguros La Metropolitana, S.A.*
Fecha: *09 de marzo de 2000*
Magistrado Ponente: *Doctor Omar Alfredo Mora Díaz*
Tema: *Presunción de la relación laboral. Carácter de laboralidad entre un Corredor de Seguros exclusivo y la empresa.*

"...el alcance de la presunción de la existencia de la relación laboral, aplicable incluso para los Productores de Seguros, y en especial cuando éstos trabajan para la empresa con el carácter de exclusivos..."

«En el caso sub iudice, el ciudadano Carlos Luis De Casas Bauder acciona contra la empresa Seguros La Metropolitana S.A., por cobro de prestaciones sociales, por cuanto trabajó como Productor Exclusivo de Seguros para dicha empresa desde el día 3 de mayo de 1967 hasta el 30 de abril de 1993.

En la primera instancia es declarada con lugar la pretensión del actor por "por cuanto quedó demostrada la prestación personal del servicio; la subordinación y el salario, elementos que constituyen la esencia del contrato de trabajo", hechos que no pudo desvirtuar la demandada.

Sin embargo, el Juzgado Superior que conoció en Alzada revoca la decisión proferida por el Tribunal de la primera instancia por considerar que "no quedó demostrada una relación de trabajo, porque si bien es cierto que hubo una prestación de un servicio y el pago de una comisión o remuneración por el mismo, no quedó evidenciado el tercer elemento que es sin duda el más característico de la relación de trabajo, como es la subordinación".

OMISSIS

Ahora bien, una vez determinado el alcance de la presunción de la existencia de la relación laboral, aplicable incluso para los Productores de Seguros, y en especial cuando éstos trabajan para la empresa con el carácter de exclusivos, esta Sala debe pasar revista sobre los hechos establecidos por el sentenciador de la última instancia, quien textualmente expresó:

OMISSIS

De la transcripción hecha en último lugar de la recurrida en casación, esta Sala evidencia que el Juez sentenciador, estableció que "Lo que rige en este caso es que al negarse el carácter laboral de la relación pero admitirse una vinculación jurídica entre las partes, la carga fundamental probatoria recae sobre el demandado para demostrar que esa vinculación jurídica, y por tanto esa prestación de servicios no conforma una relación de trabajo, sino otra distinta, en este caso la del simple productor de seguro".

Lo soberanamente establecido por el sentenciador de la última instancia, con respecto a la inversión de la carga de la prueba, es perfectamente aplicable en el presente caso, ya que es manifiesta la aplicación de la presunción de la existencia de la relación de trabajo de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, así como por aplicación de lo establecido en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo, por cuanto el accionado en la contestación a la demanda, si bien negó la relación laboral, argumentó que dicha prestación del servicio efectivamente se realizó pero bajo la figura del Productor Exclusivo de Seguros de conformidad con la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.

OMISSIS

Por lo tanto, el Juez sentenciador ha debido considerar en el presente caso, la aludida inversión de la carga de la prueba a la que hizo referencia en la parte motiva de su fallo, pero, sin embargo, declaró sin lugar la demanda por cuanto "no quedó demostrada una relación de trabajo, porque si bien es cierto que hubo una prestación de un servicio y el pago de una comisión o remuneración por el mismo, no quedó evidenciado el tercer elemento que es sin duda el más característico de la relación de trabajo, como es la subordinación".

De lo indicado en el párrafo anterior se evidencia que la recurrida en casación, declaró sin lugar la pretensión del demandado por cuanto éste no evidenció -no probó- la relación de trabajo, cuando lo que realmente debió examinar la recurrida es si la parte demandada logró comprobar que la prestación de servicios personales y exclusivos respondió a un carácter distinto al laboral, la cual sea capaz de desvirtuar la presunción establecida en el mencionado

artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo

Ahora bien, al analizar los hechos soberanamente establecidos en la recurrida en casación, se evidencia la prestación de un servicio personal y exclusivo por parte del ciudadano Carlos Luis De Casas Bauder a la empresa de seguros demandada, la cual es una presunción iuris tantum de la existencia de la relación de trabajo, y si el sentenciador hubiese aplicado la preceptiva legal inserta en el tantas veces mencionado artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, hubiera declarado con lugar la pretensión de la parte actora.

Es por lo antes expuesto que la recurrida en casación incurrió en la falta de aplicación de la presunción legal inserta en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, por cuanto en el presente caso la demandada argumentó que dicha prestación del servicio efectivamente se realizó pero bajo la figura del Productor Exclusivo de Seguros, lo cual invirtió la carga de la prueba, pues se presume que sí existió la relación de trabajo y no consta en autos que la parte demandada desvirtuara dicha presunción. Así se declara.

Es por lo expuesto a lo largo del presente fallo, que esta Sala de Casación Social de conformidad con los criterios constitucionales referidos en el punto previo de esta decisión y con lo estipulado en el artículo 322 del vigente Código de Procedimiento Civil -Podrá (...) prescindir del reenvío, y poner término al litigio, cada vez que los hechos que han sido soberanamente establecidos y apreciados por los jueces de fondo, le permitan aplicar la apropiada regla de derecho- pasa a resolver el presente caso sin reenvío.

En virtud de lo anterior, esta Sala en aplicación de la normativa legal inserta en los artículos 65 de la Ley Orgánica del Trabajo y 68 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo a los hechos establecidos por el sentenciador de la última instancia, declara con lugar la pretensión de la parte actora y sin lugar la apelación interpuesta por la parte demandada, por cuanto no se evidencia de los hechos establecidos por la recurrida que la empresa demandada haya desvirtuado la existencia de la relación laboral alegada por el actor, confirmando así, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Primera Instancia de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en fecha 14 de agosto de 1996, la cual declaró con lugar

la pretensión.

Sentencia n° 61
Expediente R.C. n° 98-546
Partes: *Félix Ramón Ramírez, Luis Enrique Ramos Salinas, Hugo Enrique Méndez Serrano, José Rafael Blanco Machado, Concepción Tovar e Ignacio Antonio Bello Vs. DISTRIBUIDORA POLAR S.A. (DIPOSA).*
Fecha: *16 de junio de 2000*
Magistrado Ponente: *Doctor Juan Rafael Perdomo.*
Tema: *Presunción y elementos característicos de la relación laboral. Carácter de la relación entre una empresa y los vendedores de sus productos.*

"...los elementos característicos de la relación de trabajo: prestación personal del servicio, labor por cuenta ajena, subordinación y salario..." Para desvirtuar la presunción de laboralidad el patrono debe "...demostrar con plena prueba que la prestación personal del servicio se efectuó en condiciones de independencia y autonomía..."

«"Considera la Sala, luego de examinar la sentencia impugnada, considera que estando debidamente probado que los actores prestaron un servicio personal para la demandada pues la decisión señala que "..los actores adquirían 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.
OMISSIS

"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 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 permitieran 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."

Sentencia n° 535
Expediente R.C. n° 00-393
Partes: *Nabil Saad Vs. DISTRIBUIDORA DE PRODUCTOS PRODERMA COSMÉTICOS S.R.L.*.
Fecha: *18 de diciembre de 2000*
Magistrado Ponente: *Doctor Omar Alfredo Mora Díaz.*
Tema: *Presunción de existencia de la relación laboral. Carácter de la relación entre una empresa y los vendedores de sus productos.*

"…no es posible desvirtuar la presunción legal contenida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, por el solo hecho de que mediara un supuesto contrato mercantil entre la demandada y la empresa propiedad del demandante, puesto que ello no es motivo suficiente para concluir que no puede haber una prestación de servicio personal…"

«"Así de acuerdo a la doctrina de esta Sala (caso DIPOSA), la existencia de un contrato como el que se ha señalado en dos personas jurídicas no se puede hacer valer frente al actor que es una persona natural y distinta de las sociedades mercantiles que celebraron la convención; pues de esta manera se desconoce el principio de relatividad de los contratos consagrado en el artículo 1.166 del Código Civil. En razón de ello, estiman que el Juez dejó de aplicar la mencionada norma jurídica, así como el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo que consagra la presunción de la existencia de la relación de trabajo, ya que la sola existencia de un contrato mercantil entre sociedades de comercio no determina la inexistencia de la prestación de un servicio personal.

OMISSIS

"…siguiendo la doctrina invocada, puede observarse que no es posible desvirtuar la presunción legal contenida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, por el solo hecho de que mediara un supuesto contrato mercantil entre la demandada y la empresa propiedad del demandante, puesto que ello no es motivo suficiente para concluir que no puede haber una prestación de servicio personal, tal y como fue estipulado por el sentenciador, ya que como es señalado por Rafael Caldera, en su obra Derecho del Trabajo: "… Poco importa la naturaleza del servicio prestado para los fines

de la existencia del contrato lo que interesa es que sea de naturaleza personal ... Basta, pues como elemento de hecho la prestación del servicio, siempre que ese servicio sea de carácter personal, para que la calificación de la relación jurídica existente entre el que lo presta y el que lo recibe se presuma como un contrato de trabajo...". De igual manera, si en algún momento de la relación, como se desprende del documento valorado a ese efecto por la recurrida, otra persona realizó la labor encomendada circunstancialmente, de forma accidental o temporal, no debe estimarse como elemento suficiente para descartar la discutida relación de trabajo."»

Sentencia n° 06
Expediente R.C. n° 00-365
Partes: *Manuel Aquiles La Rossa Nouel Vs. Seguros la Seguridad, C.A.*
Fecha: *06 de febrero de 2001*
Magistrado Ponente: *Doctor Omar Alfredo Mora Díaz.*
Tema: *Trabajador independiente.*

Cuando se trate de una prestación de servicios, en la que no existe subordinación o dependencia, aún cuando se verifique una remuneración, se configura el supuesto previsto en el artículo 40 de Ley Orgánica del Trabajo.

«...en el caso sub iudice, quedó completamente desvirtuada la presunción de la relación de trabajo, al determinarse de los elementos probatorios que cursan en autos, que no existía subordinación y por ende, dependencia entre el actor y la accionada; aun y cuando se haya demostrado la prestación de un servicio y su correspondiente contraprestación monetaria. Lo que se verificó de autos, fue que el demandante prestaba servicios a la empresa de forma independiente, configurándose el supuesto previsto en el artículo 40 de la Ley Orgánica del Trabajo, es decir, el de trabajador no dependiente. Así se establece.»

Sentencia n° 103
Expediente R.C. n° 00-98-527
Partes: *Enrique José Rondón y Jesús del Valle Ramos Vs. DISTRIBUIDORA POLAR S.A. (DIPOSA).*
Fecha: *31 de mayo de 2001*
Magistrado Ponente: *Doctor Omar Alfredo Mora Díaz.*
Tema: *Presunción y elementos característicos de la relación laboral. Carácter de la relación entre una empresa y los vendedores de sus productos..*

"...los elementos característicos de la relación de trabajo: prestación personal del servicio, labor por cuenta ajena, subordinación y salario..." Para desvirtuar la presunción de laboralidad el patrono debe "...demostrar con plena prueba que la prestación personal del servicio se efectuó en condiciones de independencia y autonomía absoluta..."

«Considera la Sala, luego de examinar la sentencia impugnada, que estando debidamente probado que los actores prestaron 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 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 erróneamente lo hizo al señalar: «Probado como ha sido, con pruebas en contrario que desvirtúa la presunción Iuris Tantum consagrada en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo no puede proceder el reclamo formulado por el ciudadano ENRIQUE JOSÉ RONDÓN contra DISTRIBUIDORA POLAR S.A. (DIPOSA), (…). Ha quedado demostrado que la relación entre el actor RONDÓN y la demandada desde el 31 de octubre no fue laboral y habiendo establecido este Tribunal que la relación entre ellos desde esa fecha fue de naturaleza mercantil (…)», «Igualmente se declara improcedente el pago de las obligaciones demandadas por el codemandante JESÚS DEL VALLE RAMOS (...). No quedaron demostrados los elementos de subordinación o dependencia que puedan llevar a este Tribunal estimar que la relación sostenida por JESÚS RAMOS y la demandada fueran de carácter laboral, así como también en lo que se refiere a las actividades llevadas a cabo por la sociedad mercantil La Cava de Jesús del Valle (...)».

OMISSIS

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 otra persona distinta, no es 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 el trabajador, 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 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.»

Sentencia n° 124
Expediente n° AA60-S-2001-56
Partes: *Ramón García Machado Vs. Banco Hipotecario de Inversión Turística de Venezuela, C.A. (INVERBANCO).*
Fecha: *12 de junio de 2001*
Magistrado Ponente: *Doctor Omar Alfredo Mora Díaz.*
Tema: *La subordinación como elemento de la relación laboral. Carácter del Presidente de un Banco.*

"...al no configurarse el elemento subordinación, y en base a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se materializó la prestación personal de servicios, la verdadera naturaleza de la relación era civil o mercantil."

«"En síntesis, podemos asentar que el elemento de la relación de trabajo denominado subordinación, consiste en la obligación que tiene el trabajador, de someterse a las órdenes y directrices que trace el empleador para el desenvolvimiento de su actividad laboral; ello, en virtud de que durante la jornada de trabajo, se ve mermada su capacidad de libre actuación, por no poder realizar, a su libre albedrío, cuestiones de índole laboral sin la autorización de su patrono.

OMISSIS

…se constata que ciertamente la demandada logró desvirtuar la presunción de existencia de relación de trabajo que supuestamente existía entre el demandante y la accionada; ello, en razón de que trajo a los autos elementos jurídicos y fácticos que permitieron determinar que el

actor en su condición de Presidente de Inverbanco, no estaba sujeto a subordinación alguna, era él y la Junta Directiva, la cual presidía éste también, quienes dirigían la actividad del Banco; era el Presidente del Banco quien realizaba todo tipo de propuestas a la Junta Directiva para su aprobación, aceptación en la cual él también participaba en la decisión; era el Presidente del Banco quien representaba a la demandada, excepto en lo judicial y lo contencioso-administrativo, pero era él y la Junta Directiva quienes designaban a los apoderados del Banco en estos casos.

Existen una serie de elementos de hecho y de derecho que permiten determinar que el actor no estaba bajo la subordinación de un patrono o empleador, en virtud de que todo indica que estaba subordinado, pero a las leyes que rigen la materia bancaria y a los Estatutos de Inverbanco, y subordinado a sus propias decisiones, razón por la cual, al haberse desvirtuado la existencia de una relación laboral que supuestamente existía entre las partes en litigio, los Sentenciadores de la recurrida han interpretado erróneamente el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, produciendo así unas consecuencias que no se ajustan al contenido de dicha norma, puesto que al quedar comprobado que no existía vínculo laboral alguno entre el demandante y la demandada, la pretensión se ha debido declarar sin lugar.

Al quedar desvirtuada la existencia de la relación de trabajo, más aún se debe establecer que no hubo contrato de trabajo que rigiera la relación entre Román García Machado e Inverbanco, por no existir uno de los elementos característicos de éste, es decir, la subordinación…

OMISSIS

Por último y a mayor abundamiento, en la función de esta Sala de Casación Social de aplicar la justicia y la equidad, observa que el actor, en este caso, en su carácter de Presidente de la demandada tenía plena libertad jurídica, y para que en el supuesto que se hubiere considerado trabajador de la accionada, hubiese solicitado el pago oportuno de diversos conceptos laborales que reclama, tales como utilidades y vacaciones, beneficios éstos que el mismo actor incrementó a los empleados del Banco -tal como se demostró anteriormente-; sin embargo, nunca se incluyó asimismo, en la participación de tales conceptos, por lo que la realidad demuestra, que al no configurarse el elemento subordinación, y en base a las

circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se materializó la prestación personal de servicios, la verdadera naturaleza de la relación era civil o mercantil.”»

Sentencia n° 131
Expediente R.C. n° 00-514
Partes: *Félix Guillermo Almandoz Marte Vs. Asociación Civil Caja de Ahorros de los Trabajadores de la Organización Provincial (CAEMPRO).*
Fecha: *12 de junio de 2001*
Magistrado Ponente: *Doctor Omar Alfredo Mora Díaz.*
Tema: *Definición de la subordinación como elemento de la relación laboral.*

“...la subordinación deriva del estado voluntario de sumisión continuada del trabajador respecto a su patrono, cuyas órdenes y reglas se halla en el deber de cumplir por efecto del contrato de trabajo.”

«“La subordinación no se desprende de las instrucciones que se imparten, pues en los contratos civiles en los cuales no hay subordinación también el contratante imparte instrucciones y órdenes al contratista, la subordinación deriva del estado voluntario de sumisión continuada del trabajador respecto a su patrono, cuyas órdenes y reglas se halla en el deber de cumplir por efecto del contrato de trabajo.

“No hay subordinación porque se dicten instrucciones, sino que se dictan instrucciones porque existe la subordinación. Entonces, para probar la subordinación del prestador de servicio respecto al beneficiario no basta con probar que se recibían órdenes, sino también que quien presta el servicio lo hace por cuenta ajena y que somete no sólo un servicio, energía o esfuerzo, sino también que lo hace habitualmente.”»

Sentencia n° 302
Expediente n° AA60-S-2001-811
Partes: *Juvenal Aray y otros Vs. Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (I.A.A.M.).*
Fecha: *28 de mayo de 2002.*
Magistrado Ponente: *Doctor Omar Alfredo Mora Díaz.*
Tema: *Presunción de la relación laboral. Prestación personal de servicio. Presupuestos necesarios para constatar situaciones de fraude o simulación en la relación de trabajo.*

"Para que opere la presunción de laboralidad de una relación, los supuestos trabajadores deben demostrar la existencia de una prestación personal de servicio al pretendido patrono.

"...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 perciben la materialización de tales servicios."

«"En lo pertinente al error de interpretación del artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo denunciado, considera prudente antes la Sala, el delimitar tal precepto conteste con un estudio sistemático que enfoque no sólo su alcance exegético, sino el jurisprudencial y doctrinario, generando de esta manera un marco referencial en cuanto a su espíritu y propósito, que permita entender la dimensión del mismo.

"Bajo esa premisa, se hace impostergable transcribir el texto del señalado artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual reza:

Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio 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 de trabajo.

"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 de 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 en 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 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. Se trata de una presunción iuris 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, por no cumplirse alguna 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. (Subrayado y Negritas de la Sala)

"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 vinculo jurídico de naturaleza laboral, aun 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:

«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, 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 servicio 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. (Subrayado de la Sala).

"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. Solo 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.

OMISSIS

"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 éstos 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 perciben la materialización de tales servicios.

"En este contexto, los actores se encontraban obligados en probar que los servicios por ellos prestados los recibía 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 éstos 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, más, 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 éstos con la demandada.

"Sobre el particular, es de hacer notar, el que

indubitablemente se constata la existencia de una relación jurídica entre una asociación civil que integra a los actores y la demandada, sólo que en dicha relación, al individualizarse el sustrato 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.

OMISSIS

"Por otra parte, ciertamente nuestra Carta Magna, en su artículo 89, numeral 1º, 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."»

Sentencia n° 489
Expediente n° AA60-S-2002-69
Partes: *Mireya Beatriz Orta De Silva Vs. Federación Nacional de Profesionales de la Docencia-Colegio de Profesores de Venezuela (FENAPRODO-CPV)*.
Fecha: *13 de agosto de 2002.*
Magistrado Ponente: *Doctor Omar Alfredo Mora Díaz.*
Tema: *«Haz de indicios».*

"...pareciera pertinente y así lo aspira esta Sala, construir ...un inventario de indicios o criterios que permita determinar de manera general, las situaciones en la que pudiera resultar enervada la presunción de laboralidad, de aquellas en las que por el contrario tienda ha consolidarse."

«"Ahora bien, todas las conclusiones expuestas por esta Sala con relación a los hechos contrastados, resultaron encauzadas acorde con un sistema que la doctrina a denominado indistintamente «test de dependencia o examen de indicios»

"Como lo señala Arturo S. Bronstein, el test de dependencia es «una de las herramientas esenciales para determinar cuando una persona que ejecuta un trabajo o presta un servicio a favor de otra ha establecido o no una relación de trabajo con la misma. A través de los mismos se puede formular una sistematización, con el fin de distinguir lo fraudulento de lo que no lo es, clarificar las situaciones ambiguas, y por esta vía extender la protección de la legislación laboral a quiénes prima facie estarían ejecutando trabajos o prestando servicios en virtud de una relación de naturaleza civil o comercial.». (Arturo S. Bronstein, Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la

Seguridad Social, Caracas-Venezuela 6-8 de mayo de 2002. Pág. 21)

"Acorde con la anterior referencia doctrinal, pareciera pertinente y así lo aspira esta Sala, construir, claro esta de manera enunciativa y sin pretender que cada uno de los hechos en lo adelante fijados deban necesariamente ser corroborados; un inventario de indicios o criterios que permita determinar de manera general, las situaciones en la que pudiera resultar enervada la presunción de laboralidad, de aquellas en las que por el contrario tienda ha consolidarse.

"No obstante, antes de aportar esta Sala los hechos o circunstancias que a su entender, permitan consolidar un sistema como el propuesto, considera de real importancia transcribir los que el reseñado autor Arturo S. Bronstein contempla en la Ponencia citada. A tal efecto, señala:

«Sin ser exhaustiva, una lista de los criterios, o indicios, que pueden determinar el carácter laboral o no de una relación entre quien ejecuta un trabajo o presta un servicio y quien lo recibe fue propuesta en el proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que la Conferencia de la OIT examinó en 1997 y 1998:

a) Forma de determinar el trabajo (...)
b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo (...)
c) Forma de efectuarse el pago (...)
d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario (...)
e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria (...);
f) Otros: (…) asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio, la regularidad del trabajo (...) la exclusividad o no para la usuaria (...).». (Arturo S. Bronstein, Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas-Venezuela 6-8 de mayo de 2002. Pág. 22).

"Ahora, abundando en los arriba presentados, esta Sala incorpora los criterios que a continuación se exponen:

a) La naturaleza jurídica del pretendido patrono.
b) De tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si

cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc.
c) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio.
d) La naturaleza y quantum de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar;
e) Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena.

"Así, y en orientación con este marco referencial, para el presente caso podemos referir a grandes rasgos, los siguientes:

1. El objeto del servicio encomendado, que en el presente caso se ubicó en la realización de una actividad particular y no general, a saber, la intermediación y administración de pólizas de seguro y fondo de bienestar social.
2. Flexibilidad en la condiciones para prestar el servicio, pues la parte actora en algunas circunstancias no se encontraba obligada a ejecutar su labor en la propia sede de la empresa, ni a cumplir con una jornada habitual de trabajo.
3. Supervisión y control disciplinario, de lo cual como se relató, careció la prestación de servicio desplegada por la actora.
4. Exclusividad o no para con la recepcionista del servicio, a lo cual nunca estuvo limitada la parte actora, puesto que en su función como corredora, la demandada sólo resulto una más dentro de la cartera de clientes; y en su actividad como administradora, no se observa la imperiosidad de que la misma la desarrollara únicamente para con la demandada y;
5. 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 calificados, tanto del sector público como privado.»

Sentencia n° 128
Expediente n° AA60-S-2002-56
Partes: *Concetta Paletta de Scalise Vs. Repuestos Quinta Crespo C.A.*
Fecha: *06 de marzo de 2003.*
Magistrado Ponente: *Doctor Alfonso Rafael Valbuena Cordero.*
Tema: *Carácter personal de la prestación del servicio.*

"...el contrato de trabajo es esencialmente personal, es decir, del lado del que presta el servicio es intuitu personae, en cambio, del lado del patrón, este puede cambiar, sin que se extinga la relación de trabajo."

«"Ahora bien, la doctrina imperante en materia laboral ha señalado que el contrato de trabajo además de requerir para su existencia los mismos elementos que los contratos de derecho común, es decir, consentimiento, objeto y causa requiere para su existencia y validez de otros elementos especiales que en principio son los siguientes: la prestación personal de servicio, la subordinación y el salario, elementos éstos que han sido objeto de innumerables estudios y a los cuales se le han sumados otros, en vista de la transformación y adaptación del derecho del trabajo en la realidad social y económica cambiante.

"Sin embargo, para el caso que nos ocupa sólo se tocará lo concerniente al elemento de la prestación personal de servicio. Es así, que se ha señalado que el contrato de trabajo es esencialmente personal, es decir, del lado del que presta el servicio es *intuitu personae*, en cambio, del lado del patrón, este puede cambiar, sin que se extinga la relación de trabajo.

"Esta prestación personal de servicio, deriva que el empleador u obrero no puede ser sustituido físicamente por otro sin previo consentimiento del patrono. El trabajador tampoco está obligado a ofrecer un sustituto en caso de impedimento de su parte para prestar sus servicios. Este carácter personal del servicio suele dar a todo el contrato de trabajo el de *intuito personae*, es decir, el de ser celebrado en atención a las cualidades propias de quien ha de ejecutar la labor, profesión, destreza profesional, experiencia, etc.. Asimismo, es infungible, carácter que explica que el servicio debe ser efectuado en forma personal, y no por un tercero, y que la muerte del

trabajador extinga la obligación nacida del contrato, por no ser transmisible a los herederos. (Nueva didáctica del Derecho del Trabajo. Rafael J. Alfonzo-Guzmán. Pág. 76).

"Así pues, se reitera el carácter personal en sentido estricto de la obligación principal del trabajador en el marco de la relación, ello es así de tal manera que esa obligación sólo puede ser realizada de forma también estrictamente personal. Se diferencia, entonces la posición jurídica del trabajador con respecto a la de otros deudores en relaciones jurídicas distintas, incluso en la posición del empleador en la misma relación de trabajo, como sería por ejemplo, los supuestos de novación subjetiva que se concretan en la sustitución de patronos, de una parte, y en la cesión o transferencia de trabajadores de otra (Artículo 88 Ley Orgánica del Trabajo, 36 y 38 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo).

"Sobre la base de las consideraciones anteriores, es necesario concluir que no es admisible la sustitución de la persona del trabajador conservándose al mismo tiempo la relación jurídica existente, esto es, que en las situaciones en las que por parte del trabajador no se está en condiciones de continuar el cumplimiento del servicio contratado, sea con carácter temporal o definitivo, se sigue la celebración de un nuevo contrato entre el mismo empresario y otra persona, con la consiguiente constitución de un vínculo jurídico laboral distinto.

"En algunos contratos de trabajo, se prevé la sustitución del trabajador por otra persona en el caso de que aquél no pueda continuar la prestación contratada -persona que puede ser un familiar u otra indicada por aquél- pero debe quedar claro que en todo caso tal sustitución no puede tener otro sentido que el ya indicado: extinción de la relación jurídica anterior y constitución de otra nueva, que nace del nuevo contrato con la persona que sustituye al trabajador anterior. Caso distinto, pero ya fuera de lo que en este momento interesa, es el de la sustitución del trabajador en la realización de la prestación: por ejemplo, en el período en el que éste disfruta de un descanso pero con la necesidad de que el puesto de trabajo continúe ocupado. (Derecho del Trabajo. Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez, Sañudo Gutiérrez y Joaquín García Murcia. Editorial Tecnos, S.A. Madrid. España.).

"En definitiva, no puede hablarse en ningún caso de sustitución en sentido estricto de

la persona del trabajador sino de sustitución de la relación laboral en su conjunto."»

Sentencia n° 382
Expediente n° AA60-S-2003-000029
Partes: *Andre Farkas Kalman Vs. POLYPLASTIC de Venezuela C.A.*
Fecha: *19 de junio de 2003.*
Magistrado Ponente: *Doctor Juan Rafael Perdomo.*
Tema: *Ausencia de elementos del contrato de trabajo.*

Al estar ausentes los elementos del contrato de trabajo se llega a la conclusión de que esos servicios prestados por el actor no constituyeron una relación laboral, por ausencia de la dependencia y subordinación que deben caracterizarla, observándose también que no existe ajenidad en los medios de producción.

«"La Sala, para decidir, observa:

La recurrida entiende admitidos por la demandada en su escrito de contestación, la serie de hechos que los formalizantes alegan haber quedado demostrados con las pruebas cuyo análisis consideran francamente insuficiente y en algunos casos inexistente del todo, esto es, la prestación de servicios del actor como Director Gerente de la demandada durante el lapso y con las percepciones que se indican en el libelo, así como su participación "tripartita" en igualdad de condiciones con los otros dos accionistas de la misma, tanto en el capital accionario como en la integración y ejercicio de su administración.

Pero, no obstante ello, la recurrida llega a la conclusión de que esos servicios prestados por el actor no constituyeron una relación laboral, por ausencia de la dependencia y subordinación que deben caracterizarla, pues estima que la figura del Actor-Prestador de los servicios, se confunde en el caso con la del Patrono-Accionista-Administrador Gerente de la sociedad empleadora, de manera que no se trata de una cuestión de falta de análisis de las pruebas demostrativas de determinados hechos, puesto que los mismos se consideran admitidos y por tanto demostrados, sino de la preeminencia que otorga el Sentenciador a esa condición que atribuye al actor, a pesar o en contra de lo que esos hechos, considerados aisladamente,

pudieran demostrar.

OMISSIS

La Sala, para decidir, observa:

Tal como señalan los formalizantes, la presunción en referencia admite la prueba en contrario, y eso es precisamente lo que establece la recurrida, pues a su juicio y conforme a lo que considera demostrado en el expediente, el hecho de ser el actor accionista y administrador de la demandada en igual participación con los otros dos accionistas, configura una prestación de servicios que no es de naturaleza laboral, de modo que resulta desvirtuada la presunción".»

Sentencia n° 397
Expediente n° AA60-S-2004-191
Partes: *Pablo Emigdio Salas Vs. PANAMCO de Venezuela, S.A.*
Fecha: *06 de mayo de 2004.*
Magistrado Ponente: *Doctor Alfonso Rafael Valbuena Cordero.*
Tema: *Reconocimiento de relación laboral en Transacción homologada por Inspectoría del Trabajo.*

«Se considera que el simple hecho de fundamentar dicha transacción en normas que son de preeminente aplicación en materia laboral, la empresa demandada reconoció la existencia de una relación laboral, independientemente que en el contenido de la misma haya intentado señalar lo contrario.»

«"…esta Sala constata que la demandada no logró desvirtuar la presunción de laboralidad, encontrándose por consiguiente presente en el caso que nos ocupa los elementos propios de una relación de trabajo.

"Es así que se evidencia, específicamente de la transacción extrajudicial promovida por la empresa demandada (folio 134 al 140), la cual fue homologada por la Inspectoría del Trabajo de la ciudad de Valera, que la misma fue fundamentada en el Parágrafo único del artículo 3° de la Ley Orgánica del Trabajo, así como en los artículos 9 y 10 del Reglamento referida es decir, se realizó, bajo los lineamientos legales que rigen sólo la materia laboral, lo que hace deducir el reconocimiento por parte del

patrono, que entre él y el ciudadano demandante hubo realmente una relación de naturaleza laboral y no comercial, aún y cuando, haya insistido el patrono -en el contenido de la transacción-, que la relación que lo vinculó con el trabajador fue de naturaleza mercantil, y el trabajador haya admitido tener dudas razonables sobre la certeza del derecho alegado por él (Título I de la transacción folio 135 al 138). Se considera que el simple hecho de fundamentar dicha transacción en normas que son de preeminente aplicación en materia laboral, la empresa demandada reconoció la existencia de una relación laboral, independientemente que en el contenido de la misma haya intentado señalar lo contrario. En este mismo orden de ideas, considera esta Sala, que cuando las partes se someten a la aplicación del artículo 3° de la Ley Orgánica del Trabajo para ser uso de los medios de autocomposición procesal, con la finalidad de precaver un litigio eventual, están reconociendo la naturaleza laboral del vínculo que las unió, puesto que el origen de dicha norma fue precisamente el de incorporar en el contenido de un dispositivo legal, la solución dada por la jurisprudencia durante muchos años (ya que no existía norma legal expresa en materia laboral), en cuanto a la posibilidad de conciliación y transacción cuando haya existido una relación laboral y se reclame eventualmente derechos derivados de dicho vínculo. Tanto es cierto lo planteado, que la demandada pretende excepcionarse de los conceptos pretendidos por el actor por prestaciones sociales, alegando la cosa juzgada producto de dicha transacción conforme al Parágrafo único del artículo 3° de la Ley Orgánica del Trabajo.

OMISSIS

"Es así, como una vez que opera la presunción de existencia de la relación de trabajo, avalar el que por contraponer a dicha presunción, contratos que adjudiquen una calificación jurídica mercantil o civil a la vinculación, queda desvirtuada la misma, resulta un contrasentido con los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo y de primacía de la realidad reflejados en la jurisprudencia ut supra.

"Por estas circunstancias, se ha denominado al contrato de trabajo "contrato realidad", pues existe, no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que demuestra su existencia. (De La Cueva, M., Derecho Mexicano del Trabajo,

Tomo I, Editorial Porrua, S.A., Décima edición, México, 1.967,pp. 455-459)

"Ahora bien, esta Sala también ha reconocido los serios inconvenientes que se suscitan en algunas relaciones jurídicas al momento de calificarlas dentro del ámbito de aplicación personal del derecho del trabajo. En este sentido, ha sido significativo la existencia de las denominadas "zonas grises", expresiones explicativas de aquellas prestaciones de servicio cuya cualidad resulta especialmente difícil de determinar como laboral.

"Es por ello, que la Sala ha venido flexibilizando su criterio en cuanto a la existencia de los elementos propios de una relación de naturaleza laboral, claro está sin menoscabo al principio de la realidad de los hechos frente a las formas y apariencias. Tal flexibilización ha ocurrido, en virtud de los cambios suscitados mundialmente en los últimos años, orientados en las formas de organización del trabajo y los modos de producción. Es así, que en sentencia del 13 de agosto del año 2003, esta Sala consideró revisar el rasgo de "dependencia" como criterio axiomático para la categorización de la relación de trabajo…

OMISSIS

"Bajo este esquema y adminiculando entonces las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales explanadas precedentemente, podemos concluir que aun y cuando, en el caso que nos ocupa, se incluya el elemento de ajenidad como prolongación al elemento de dependencia, el demandado no logró desvirtuar la presunción de laboralidad de la relación que le unió con el trabajador Pablo Emigdio Salas, por el contrario de las pruebas presentadas, quedó demostrado la relación laboral al estar presente los extremos de la prestación de servicio, es decir, la subordinación, o dependencia y la remuneración que en conjunto evidentemente generan la presunción de laboralidad consagrada en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo. Por consiguiente, esta Sala de Casación Social declara improcedente la defensa perentoria de falta de cualidad e interés de las partes. Así se decide."»

Sentencia n° 419
Expediente n° AA60-S-2003-000816
Partes: *Juan Rafael Cabral Da Silva Vs. Distribuidora de Pescado La Perla Escondida, C.A.*
Fecha: *11 de mayo de 2004.*
Magistrado Ponente: *Doctor Alfonso Rafael Valbuena Cordero.*
Tema: *Zona fronteriza del Derecho del Trabajo (elementos del contrato de trabajo y técnica de haz de indicios).*

«Pero, a pesar de la relevancia que alcanzaran a tener las particularidades descritas en los documentos referidos a los fines de calificar tal relación como laboral o no, lo esencial se circunscribe en determinar, si la prestación de servicio se ejecutó por cuenta ajena, en dependencia y de manera remunerada.»

«Ahora bien, sin embargo al conferírsele pleno valor probatorio a las instrumentales anteriormente descritas y distanciándonos de los restantes elementos probatorios, se ubica esta Sala en la disyuntiva de convalidar, el que ante la existencia de un contrato mercantil quede desvirtuada la presunción de laboralidad

En este sentido, la Sala en sentencias similares al caso que nos ocupa ha señalado que:

"(...) 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. (...)

(...) 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 (...)". (Sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 16 de marzo de 2000).

Es así, como una vez que opera la presunción de existencia de la relación de trabajo, avalar el que por contraponer a dicha presunción, contratos que adjudiquen una calificación jurídica mercantil o civil a la vinculación, queda desvirtuada la misma; resulta un contrasentido con los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo y de primacía de la realidad reflejados en la jurisprudencia ut supra.

Por estas circunstancias, se ha denominado al contrato de trabajo, "contrato-realidad", pues existe, no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que demuestra su existencia". (DE LA CUEVA, M. Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., Décima Edición, México, 1967, pp. 455-459.).

De tal manera, esta Sala cumpliendo con su función de escudriñar la verdadera naturaleza de los contratos mercantiles presentados, en búsqueda del hecho real allí contenido, o sea, si efectivamente corresponde a una actividad comercial o se pretende encubrir una relación laboral entre las partes" (sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 18 de diciembre del año 2000), aunado al hecho que con los mismos documentos anteriormente descritos, la parte demandada ha pretendido desvirtuar la presunción de laboralidad, pasa a concluir que aun y cuando el límite de la presente controversia radica esencialmente en determinar, la naturaleza laboral o no de la relación jurídica que ligó a las partes en juicio y si en dicha prestación personal de servicios se alinean los elementos descriptivos de una relación de trabajo, conviene también especificar la particular situación de aquellas personas que dispensan su mediación en la celebración de contratos de cobranza y comisión.

Ciertamente una de las defensas centrales de la parte demandada estriba en señalar, la existencia de una relación de carácter mercantil y no laboral, es decir, la existencia de una relación de derecho común, signada ésta por un contrato de cobranza y comisión por las partes en juicio y ejecutado por el demandante en su condición de cobrador y vendedor de los productos que la empresa demandada distribuía.

OMISSIS

Consecuente con lo precedentemente expuesto, resta a esta Sala determinar si en la realidad de los hechos, existió tal como lo argumenta la parte actora una relación de trabajo, o por si el contrario, la demandada logró desvirtuar la presunción de la misma, al no evidenciarse alguno de los elementos que la integran.

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.

Bajo este esquema y adminiculando entonces al caso en concreto las posiciones interpretativas, doctrinarias y jurisprudenciales explanadas precedentemente, emergen la necesidad de indagar si la calificación como laboral argumentada por el actor a la relación jurídica en comento, se corresponde con aquella derivada de la noción del trabajo dependiente y por cuenta ajena.

OMISSIS

Pues bien, constata esta Sala, que la demandada está constituida como una sociedad con personería jurídica cuya denominación se establece como "Distribuidora de Pescado La Perla Escondida, C.A.", dicha empresa, ubica su objeto social en la compra, distribución, exportación y comercialización de pescado, mariscos y productos del mar, pudiendo además ejercer otras actividades conexas o compatibles con las ya enunciadas (folio 16 al 27).

Pues bien, en el ejercicio de tales funciones estriba la vinculación que existiera entre las hoy partes litigantes, en el sentido, que el ciudadano Juan Manuel Cabral Da Silva actuando como representante de la sociedad de comercio Distribuidora Landon, C.A. –hoy demandante a título personal- también tenía dentro de sus actividades la de distribuir, comprar, vender, exportar e importar toda clase de pescados, mariscos o cualquier especie marítima en general (folio 33 al 40), situación ésta que fue constada en virtud de las pruebas aportadas por la demandada.

Bajo estas consideraciones, las partes suscribieron un contrato de cobranza y comisión en la que expresamente se le atribuye al actor obligaciones en su carácter de cobrador y vendedor de los

productos distribuido por la empresa demandada.

OMISSIS

Pero, a pesar de la relevancia que alcanzaran a tener las particularidades descritas en los documentos referidos a los fines de calificar tal relación como laboral o no, lo esencial se circunscribe en determinar, si la prestación de servicio se ejecutó por cuenta ajena, en dependencia y de manera remunerada.

Como consta en el libelo de la demandada, la parte actora calificó la relación que las unió con la empresa demandada, como laboral, basándose para ello, en la presencia del elemento subordinación o dependencia, circunscrito éste, claro esta, en las ordenes e instrucciones dictadas por la demandada en ejercicio de su poder de dirección.

De tal manera, que la tarea de esta Sala es la de verificar si la nota de subordinación, sobreviene a la inclusión de la parte actora en una unidad donde el orden de los factores de producción los imponía la parte demandada, lo que posibilitaba a esta última se apropiase del valor o fruto de la ejecución de su servicio.

En este sentido, la Sala considera necesario transcribir lo señalado por la sentencia de fecha 13 de agosto del año 2002, ya tantas veces mencionadas, sobre los mecanismos utilizados por la doctrina laboral a fin de verificar lo expuesto en el párrafo anterior, sistema o mecanismo que la doctrina ha denominado indistintamente "test de dependencia o examen de indicios"; señala entonces la sentencia:

'Como lo señala Arturo S. Bronstein, el test de dependencia es "una de las herramientas esenciales para determinar cuando una persona que ejecuta un trabajo o presta un servicio a favor de otra ha establecido o no una relación de trabajo con la misma. A través de los mismos se puede formular una sistematización, con el fin de distinguir lo fraudulento de lo que no lo es, clarificar las situaciones ambiguas, y por esta vía extender la protección de la legislación laboral a quiénes prima facie estarían ejecutando trabajos o prestando servicios en virtud de una relación de naturaleza civil o comercial.". (Arturo S. Bronstein, Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas-Venezuela 6-8 de mayo de 2002. Pág. 21)'.

Acorde con la anterior referencia doctrinal, pareciera pertinente y así lo aspira esta Sala, construir, claro esta de manera enunciativa y sin pretender que cada uno de los hechos en lo adelante fijados deban necesariamente ser corroborados; un inventario de indicios o criterios que permita determinar de manera general, las situaciones en la que pudiera resultar enervada la presunción de laboralidad, de aquellas en las que por el contrario tienda ha consolidarse.

No obstante, antes de aportar esta Sala los hechos o circunstancias que a su entender, permitan consolidar un sistema como el propuesto, considera de real importancia transcribir los que el reseñado autor Arturo S. Bronstein contempla en la Ponencia citada. A tal efecto, señala:

'Sin ser exhaustiva, una lista de los criterios, o indicios, que pueden determinar el carácter laboral o no de una relación entre quien ejecuta un trabajo o presta un servicio y quien lo recibe fue propuesta en el proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que la Conferencia de la OIT examinó en 1997 y 1998:
a) Forma de determinar el trabajo (...)
b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo (...)
c) Forma de efectuarse el pago (...)
d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario (...)
e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria (...);
f) Otros: (…) asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio, la regularidad del trabajo (...) la exclusividad o no para la usuaria (...).". (Arturo S. Bronstein, Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas-Venezuela 6-8 de mayo de 2002. Pág. 22).'

Ahora, abundando en los arriba presentados, esta Sala incorpora los criterios que a continuación se exponen:

a) La naturaleza jurídica del pretendido patrono.
b) De tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc.
c) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio.
d) La naturaleza y quantum de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto

percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar;
e) Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena.´

En orientación al marco referencial anteriormente expuesto, así como lo alegado por el apoderado de la parte demandante en la audiencia oral y pública en el sentido de que conocía la existencia del contrato suscrito entre las partes controvertidas, así como la existencia de las Actas Constitutivas de las empresas "La Perla Escondida y Distribuidora Landon", podemos referir en el presente asunto: Que el objeto del servicio encomendado en el presente caso se ubicó en la realización de una actividad particular y no general, a saber, la intermediación en la cobranza y venta de los productos distribuidos por la empresa demandada; que hubo flexibilidad en las condiciones para prestar el servicio, pues la parte actora no se encontraba obligada a cumplir con una jornada habitual de trabajo; que la parte actora nunca estuvo limitada por un contrato de exclusividad para con la recepcionista del servicio, puesto que no se observa la imperiosidad de que la misma la desarrollara únicamente para con la demandada; que la contraprestación por la naturaleza del servicio que prestaba la demandada, era significativamente superior a la remuneración que pudiera percibir un trabajador bajo el esquema laboral que dice el actor desempeñó en la empresa. Tal afirmación permitirá establecer que lo percibido por la parte actora como contraprestación a su servicio, no puede catalogarse como salario.

Pues bien, en razón a la actividad realizada, esta Sala arriba a la conclusión de que en el presente asunto, 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.

Por consiguiente esta Sala establece que la parte demandada sí logró desvirtuar la presunción de laboralidad en el presente asunto, por lo que no está obligada al reenganche del ciudadano Luis Manuel Cabral Da Silva, declarando en consecuencia procedente la defensa perentoria de falta de cualidad e interés del demandado para sostener el juicio y del actor para accionar. Así se decide.»

Sentencia n° 728
Expediente n° AA60-S-2004-000524
Partes: *Nicola Scivetti Vs. Inversora 1525, C.A.*
Fecha: *12 de julio de 2004.*
Magistrado Ponente: *Doctor Omar Mora Díaz.*
Tema: *Zona fronteriza del Derecho del Trabajo (elementos del contrato de trabajo y técnica de haz de indicios).*

«Así pues, demandó la parte actora en su libelo de demanda el cobro de prestaciones sociales; y ciertamente la defensa central de la parte demandada estribó en señalar la inexistencia de una relación laboral, alegando por el contrario la existencia de una relación mercantil».

«En este orden de ideas, es imperioso señalar lo que respecto a la relación de trabajo, el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, establece:

"Artículo 65: Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba. (...).".

OMISSIS

En este sentido, la Sala profundiza en el examen de la recurrida, y encuentra que al folio 337 del expediente, se dejó sentado lo que a continuación se extrae:

"Versa la presente controversia, sobre la procedencia o no de beneficios laborales reclamados por el actor y negados por la accionada, con fundamento en la naturaleza civil de la relación que los unió, derivada de la existencia del Contrato de Servicios Profesionales suscrito por ambas partes en fecha 15/05/96, de su Addendum de fecha 23/03/98 y del Contrato de Cuentas en Participación del 28/06/98.

Ahora bien, como quiera que se presume la existencia de una relación de trabajo entre quien presta un servicio y quien lo recibe, a tenor de lo previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, y vistos los términos en quien se dio contestación a la demanda, le corresponde a la accionada la carga de demostrar que la relación que existió entre las partes, fue de una naturaleza

distinta a la laboral, esto es, que fue de naturaleza civil. Así se declara. (Negrillas de la Sala).

Como se observa, el Juzgador de la Alzada, patrocinado por la ley, presumió la laboralidad de la relación, en virtud de que la accionada fundamentó la inexistencia de la relación de trabajo con base a la existencia de una relación de naturaleza civil producto de un Contrato de Servicios Profesionales suscrito por ambas partes en fecha 15/05/96, de su Addendum de fecha 23/03/98 y del Contrato de Cuentas en Participación del 28/06/98.

Al no constituirse en un hecho controvertido la prestación de un servicio, ciertamente en la distribución de la carga probatoria correspondía a la accionada demostrar la existencia de un hecho o conjunto de hechos que desvirtuaran la configuración de la relación de trabajo, y para dar cumplimiento a esta carga fueron promovidas por la empresa demandada una serie de probanzas, a las cuales la recurrida hizo referencia.

OMISSIS

En este orden de ideas, se puede afirmar que la calificación de una relación jurídica como de naturaleza laboral, depende de la verificación en ella de los elementos característicos de este tipo de relaciones, y sobre tales características, esta Sala de Casación Social soportando su enfoque desde la perspectiva legal, ha asumido por vía jurisprudencial, como elementos definitorios los siguientes:

"(...) 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. Se trata de una presunción iuris 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 de trabajo, por no cumplirse alguna 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 en concreto." (Sentencia N° 61 de

la Sala de Casación Social de fecha 16 de marzo de 2000.) (Subrayado de la Sala).

La precedente transcripción exige entonces, para calificar como de laboral la relación, la presencia en la relación de los siguientes tres elementos: ajenidad, dependencia y salario.

Acorde con la anterior referencia doctrinal, resulta pertinente señalar el inventario de indicios manejados por esta Sala, que permiten determinar de manera general, la naturaleza laboral o no de una relación.

"No obstante, antes de aportar esta Sala los hechos o circunstancias que a su entender, permitan consolidar un sistema como el propuesto, considera de real importancia transcribir los que el reseñado autor Arturo S. Bronstein contempla en la Ponencia citada. A tal efecto, señala:

Sin ser exhaustiva, una lista de los criterios, o indicios, que pueden determinar el carácter laboral o no de una relación entre quien ejecuta un trabajo o presta un servicio y quien lo recibe fue propuesta en el proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que la Conferencia de la OIT examinó en 1997 y 1998:

a) Forma de determinar el trabajo (...)
b) Tiempo de trabajo y otras condiciones de trabajo (...)
c) Forma de efectuarse el pago (...)
d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario (...)
e) e)Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria (...);
f) f)Otros: (...) asunción de ganancias o pérdidas por la persona que ejecuta el trabajo o presta el servicio, la regularidad del trabajo (...) la exclusividad o no para la usuaria (...).". (Arturo S. Bronstein, Ámbito de Aplicación del Derecho del Trabajo, Ponencia del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas-Venezuela 6-8 de mayo de 2002. Pág. 22).

Ahora, abundando en los arriba presentados, esta Sala incorpora los criterios que a continuación se exponen:

a) La naturaleza jurídica del pretendido patrono.
b) De tratarse de una persona jurídica, examinar su constitución, objeto social, si es funcionalmente operativa, si cumple con cargas impositivas, realiza retenciones legales, lleva libros de contabilidad, etc.
c) Propiedad de los bienes e insumos con los cuales se verifica la prestación de servicio.

d) La naturaleza y quantum de la contraprestación recibida por el servicio, máxime si el monto percibido es manifiestamente superior a quienes realizan una labor idéntica o similar;
e) Aquellos propios de la prestación de un servicio por cuenta ajena.(Sentencia N° 489, de fecha 13 de agosto de 2002, ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz).

Así pues, con vista de los alegatos de las partes, la Sala desciende a las actas del proceso con el fin de escudriñar la verdadera naturaleza de los contratos a los cuales se hace referencia en la sentencia para así dilucidar si en la realidad de los hechos existió tal como lo declara la recurrida, una relación de trabajo.

En este orden de ideas, constata la Sala, que la demandada es una empresa mercantil constituida como compañía anónima y cuya denominación se corresponde a INVERSORA 1525, C.A., dedicada a la explotación del sector minero.

También constata la Sala, que la vinculación que existió entre las partes surgió con ocasión de la suscripción de un contrato de servicios profesionales de fecha 15 de mayo de 1996.

Luego, las partes suscriben un contrato de Cuentas en Participación correspondiente a la fecha 28 de junio de 1996 , y de su Addendum de fecha 23 de marzo de 1998.

De los mencionados contratos, se verifica que el actor, NICOLA SCIVETTI, es un profesional con amplia experiencia en el área de la exploración, explotación, procesamiento y producción de mineral aurífero, así como de dirección en las actividades relativas a la minería.

OMISSIS

En esta fase de análisis, y conteste con todos los razonamientos expuestos, resultantes de aplicar el denominado “test de la dependencia o examen de indicios” esta Sala arriba a la conclusión de que en la presente controversia si fue desvirtuada por la demandada la presunción de la relación laboral establecida en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues de los elementos extraídos de las actas, se constata que no existe la subordinación en la relación que unió a las partes, elemento éste que resulta indubitable en la estructura de la relación laboral.

A mayor abundamiento, en la función de esta Sala de aplicar

la justicia y la equidad, observa que el actor en este caso dirigía técnica, intelectual y operativamente el denominado "PROYECTO"; que entre las partes lo que existía era una relación de coordinación y que de conformidad con el contrato de Cuentas en Participación, el accionante percibiría un determinado porcentaje de participaciones en el desarrollo futuro de las concesiones, indicios estos que son suficientes para afirmar la existencia de una relación de naturaleza mercantil.

Resta entonces destacar, el deber de los jueces de instancia de acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, por lo que en consideración de todo lo antes expuesto, se arriba a la conclusión del incumplimiento por parte de la recurrida de tal mandato legal, ya que de haber acogido el Juez de la Alzada la citada doctrina jurisprudencial relativa a los criterios que permiten determinar si la naturaleza de la relación es laboral o no, se habría declarado desvirtuada tal presunción de laboralidad.

Ante tales señalamientos, y evidenciado como se encuentra, que la empresa demandada logró desvirtuar la presunción de la relación de trabajo a que se contrae el artículo 65 de la ley sustantiva que rige la materia laboral, resulta entonces imperioso para esta Sala casar el fallo recurrido prescindiendo para ello del reenvió, y así en definitiva declarar sin lugar la demanda incoada. Así se decide.

Sentencia n° 1448
Expediente n° AA60-S-2004-001097
Partes: *César Augusto Campos y Nazira de Campos Vs. DISTRIBUIDORA POLAR, S.A. (DIPOSA) y DISTRIBUIDORA POLAR METROPOLITANA, S.A. (DIPOMESA).*
Fecha: *23 de noviembre de 2004.*
Magistrado Ponente: *Doctor Juan Rafael Perdomo.*
Tema: *Inexistencia de la Relación Laboral. Cambio de criterio establecido en Sentencia n° 61 del 16 de junio de 2000.*

«Lo particular de esta sentencia, es que el mismo Magistrado que adoptó la posición sobre los distribuidores de cerveza como trabajadores dependientes, ahora establece lo contrario, producto de la aplicación de los elementos del contrato de trabajo, el principio de la realidad sobre las formas o apariencias y las pruebas aportadas por las partes».

«Con vista de ello, la Sala considera efectivamente demostrada esa circunstancia, sin perjuicio de que en definitiva la calificación de laboral o no de los servicios prestados por esas personas, dependerá de los distintos aspectos en que, en la realidad de los hechos, se desarrollaron los mismos.

OMISSIS

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 adquiría 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 las 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 bolívares (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 veinte y nueve millones ochocientos cuarenta y nueve mil trescientos veinticuatro bolívares 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 podrían 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.»