



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho del Trabajo
Línea de investigación:
Derecho Individual

**EL ENCUBRIMIENTO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO:
EL CASO DE LOS ALBAÑILES DEL GRUPO EIFFEL.**

Trabajo especial de grado para optar al
título de Especialista en Derecho del Trabajo

Autor: **Andrés Mauricio Monsalve**

Tutor: **Antonio Espinoza Prieto**

Caracas, Noviembre de 2013

*“Como nadie acepta un deber
si no recibe pago,
todo deber crea un derecho”.*
Arthur Schopenhauer.

A mis sabios profesores: Enrique Marín Quijada, Francisco Iturraspe,
y en especial a mi profesor y amigo Antonio Espinoza Prieto

INDICE

Resumen

Introducción

Antecedentes

Capítulo I: De la Relación de Trabajo.

- 1.1. Noción legal de Relación de Trabajo.
- 1.2. Elementos.
- 1.3. Trabajo subordinado, independiente y autónomo
- 1.4. La protección de la Relación de Trabajo.

Capítulo II: El encubrimiento de la Relación de Trabajo.

- 2.1 La relación de Trabajo encubierta o disfrazada.
- 2.2 Principales prácticas de encubrimiento: la tercerización del trabajo.
- 2.3 El encubrimiento en la rama de industria de la construcción

Capítulo III: El caso de los albañiles del Grupo Eiffel

- 3.1 Elementos determinantes de la relación de trabajo
- 3.2 La decisión de los Tribunales del Trabajo
- 3.3 La tutela judicial efectiva frente a la realidad social y política venezolana.

Capítulo IV. Los retos de la protección de la relación de trabajo frente al encubrimiento a través de las nuevas modalidades de prestación personal en el sistema socialista venezolano.

- 4.1 Proyecto Nacional Simón Bolívar, Primer Plan Socialista 2007-2013
 - 4.1.1 Las Empresas de Producción Social
 - 4.1.2 Las cooperativas
 - 4.1.3 Las Empresas Comunes.
- 4.2 Organización de la fuerza de trabajo en el nuevo sistema de producción socialista.

Conclusiones y recomendaciones

Bibliografía

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad analizar el alcance de la protección de los derechos derivados de la relación de trabajo, a la luz de la legislación nacional, y comparada, la recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, la doctrina y las decisiones de los tribunales nacionales, ante el empleo de maniobras por parte de algunos patronos del sector construcción en Venezuela, tendientes a encubrir las relaciones de trabajo. Para abordar el estudio se emplea el análisis documental y la interpretación de un problema real. Su propósito es describir las tendencias actuales de desprotección y los modos de fraude del sector, como medio para evadir la aplicación del derecho del trabajo y proponer soluciones ante estas prácticas.

Palabras clave: Relación de trabajo, encubrimiento.

ABSTRACT:

The present work has as purpose analyze the scope of the protection of the rights derived from the relation of work, in the light of the national, and compared legislation, the 198^o recommendation of the International Law Organization, the doctrine and the decisions of the national courts, forehead the employment of maneuvers on the part of some employers of the Venezuelan construction sector, tending to conceal the employment relationship. To approach the study the documentary analysis is used, and the interpretation of a real problem. His intention is to describe the current trends of vulnerability and the manners of fraud of the sector, as way to evade the application of the labour law; and propose solutions forehead these practices.

Key words: employment, relationship, concealment.

INTRODUCCIÓN

Las condiciones de libertad e igualdad del ser humano frente a las demás personas se reflejan en la gregaria competencia por la consecución de sus necesidades, metas e ideales en un contexto social donde debe dar cuenta en tanto sujeto de derecho, del resultado de sus acciones frente a la ley.

El derecho garantiza la libertad de los sujetos en función de permitirles desarrollar y poner en práctica sus aptitudes, habilidades e inventiva, haciéndolas indisponibles para las demás personas, y erige al Estado a través del pacto social como el garante de esos derechos mediante la aplicación de la justicia, entendida como valor que equilibra sus intereses.

Este paradigma de las relaciones sociales en el ámbito del derecho, se manifiesta de manera más acentuada en la dinámica estructuración del derecho del trabajo, donde innumerables formas de interacción humana se ponen al servicio de la creación de bienes y servicios destinados a satisfacer crecientes necesidades de la sociedad que llevan a la transformación del trabajo independiente, inmediato y básico, a nuevas formas de tecnificación y producción en masa que comportan la concentración de poder y la prestación de servicios en beneficio de otro. Lo que conlleva al hecho que entre patronos y trabajadores existan una serie de acciones materiales que los interrelacionan, superando la existencia de acuerdos contractuales de voluntades propios del derecho civil (sustentado en la igualdad y la autonomía de la voluntad de los individuos para contratar), ya que al derecho del trabajo, de firme origen tuitivo y con clara función social, lo que le interesa es la acción de trabajar en sí misma.

De allí la importancia de diferenciar la naturaleza jurídica de la relación de trabajo como centro de la construcción jurídica denominada derecho del trabajo, y como condición de “una nueva ciudadanía social, que reconciliaría la eficacia económica con el respeto de la diversidad de las personas para lo cual elabora un modelo discursivo que obliga a tener en cuenta todos los imperativos que intervienen en la cuestión del trabajo: los de la empresa, los de los trabajadores y los de toda la sociedad”.¹; de la concepción contractualista del derecho del trabajo, que pretende derivar de la concreción de la manifestación de voluntades la existencia de la relación de trabajo: “El contrato existe jurídicamente y produce todas las consecuencias que no provengan de la realización misma del trabajo, desde el concierto de voluntades que lo engendra”². Tesis que comportaría el establecimiento de una excepción a la justicia, al orden público que el Estado está llamado a procurar, en función de un negocio privado, de las situaciones que se imponen en la dinámica de las relaciones laborales y del equilibrio entre unos pocos que buscan la utilidad y la gran mayoría de las personas en sociedad que buscan subsistir en condiciones dignas y humanas.

Bajo este punto de vista, los efectos jurídicos de la prestación efectiva de servicios imponen una realidad que se basta y supera las exigencias de los contratos civiles, ya que “la legislación del trabajo se extiende a veces hasta personas a quienes no se puede considerar ligadas por un contrato”.³

¹ SUPIOT, Alain. Introducción a las reflexiones sobre el trabajo. Droit du travail. Revista Precis Dalloz. Vol. 115, Nº 6 de 1996. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/revue/articles/int96-6.htm> (consulta realizada el día 03 de Julio de 2013 a las 2:11 p.m.)

² ALFONZO, Rafael. Nueva didáctica del derecho del trabajo. Editorial Melvin. Caracas-Venezuela. (2006) p. 84.

³ CALDERA, Rafael. Derecho del Trabajo. Editorial El Ateneo. Buenos Aires- Argentina. (1960) p. 260.

Es generalizado el criterio según el cual, toda relación de trabajo por cuenta ajena posee tres elementos básicos: prestación de servicios, subordinación y salario, pero en algunos casos la demostración de dicha concurrencia de factores se hace difícil, de allí la importancia de la legislación del trabajo, que a través de la presunción de la existencia de la relación de trabajo, supera la idea civilista según la cual quien exija la ejecución de una obligación debe probarla, bastando la prestación personal de servicios para que se presuma la existencia de una relación laboral entre quien los presta y quien lo recibe, y para que devengan todos sus efectos tutelares.

En medio de la profunda crisis por la cual han venido atravesando diversas empresas privadas de la rama de la industria de la construcción en Venezuela, muchas de estas han optado por incumplir con la legislación del trabajo, mediante la utilización de diversos tipos de fraude a la relación de trabajo tales como la utilización de contratistas y subcontratistas, la intermediación de personas o empresas unipersonales, así como la creación de cooperativas, entre otras formas de tercerización que han venido perfeccionando el encubrimiento de la relación laboral, dejando a los trabajadores en una precaria situación de desprotección respecto de sus derechos prestacionales, de estabilidad en el empleo, de seguridad social y de higiene y seguridad en sus condiciones de trabajo.

En vista de ello, y por cuanto la protección de los trabajadores es el fin mismo del Derecho del Trabajo, como ha quedado establecido en las orientaciones contenidas en la declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, el programa de trabajo decente, la Recomendación 198 (en adelante R198) de 2006; y de manera contundente y determinante en el planteamiento más importante para el Derecho de Trabajo en la actualidad, la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2007, sobre la reforma del Derecho laboral

ante los retos del siglo XXI (2007/2023(INI)), que en dictado resolutorio N°1 señala: “Acoge con satisfacción un nuevo planteamiento del derecho laboral que aspire a cubrir a todos los trabajadores independientemente de su situación contractual”, y en dictado resolutorio N°5 que reafirma y puntualiza: “Considera que entre las prioridades para una reforma del Derecho laboral en los Estados miembros se encuentran. a) facilitar la transición entre diversas situaciones entre empleo y desempleo; b) asegurar una protección adecuada a los trabajadores con formas atípicas de empleo; c) clarificar el marco dependiente y la zona que existe entre los trabajadores autónomos y los trabajadores con una relación de trabajo dependiente; d) combatir el trabajo no declarado.”⁴; es de vital importancia del estudio del alcance protector de la legislación del trabajo frente a las diversas y cada vez más ingeniosas prácticas de fraude a la ley laboral, que exigen profundizar el análisis y desarrollar el trabajo que la legislación y la jurisprudencia ha alcanzado de la Teoría de la Relación de Trabajo, y de los principios y derechos fundamentales protectores, ejes fundamentales para cumplir con la aspiración de proporcionar a las personas una vida decente a través de relaciones laborales estables y duraderas, que en la práctica, aseguren una justa y verdadera participación de voluntades, donde la intervención del Estado a través de la acción de sus instituciones, controle y sancione el incumplimiento de sus normas de orden público.

La problemática de las prácticas de desprotección mediante el encubrimiento de las relaciones de trabajo, contribuyen al deterioro, en un país con un enorme sector de los trabajadores en la informalidad, del sistema seguridad social, las condiciones de empleo y remuneración, así como el cumplimiento de condiciones adecuadas de higiene y seguridad en el trabajo.

⁴ Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0339+0+DOC+XML+V0//ES>. Consulta realizada el día 04 de Julio de 2013 a las 9:23 a.m.

El objetivo general de este trabajo se orienta al análisis de las diversas formas de encubrimiento de la relación laboral, mediante la tercerización y otras formas de fraude, abordando de manera práctica un conjunto de casos resueltos por los tribunales laborales de Caracas, en los cuales el Grupo Constructor “Eiffel” pretendió hacer fraude a la ley, disfrazando las relaciones de trabajo que mantuvo con un grupo de albañiles, lo que permitirá analizar el tratamiento jurisprudencial que se le ha dado al tema y dará pie para abordar su tratamiento en el derecho comparado.

Se establecen las consecuencias que se derivan de dichas prácticas, y se proponen mecanismos de defensa en favor de los trabajadores, que permitan proporcionar soluciones específicas frente al problema de las relaciones encubiertas.

Mediante el desarrollo de objetivos específicos este trabajo describe y determina:

1º Los sujetos, elementos y presunciones de la relación de trabajo.

2º El desarrollo legal, doctrinario y jurisprudencial de la protección del trabajo dependiente en Venezuela y otros países, frente a las diversas prácticas de encubrimiento de la relación de trabajo.

3º Las diversas formas de encubrimiento de la relación laboral, específicamente en el sector de la industria de la construcción.

4º El impacto social que se deriva de las prácticas de encubrimiento en el contexto económico actual.

5º Analiza los diversos mecanismos de defensa en favor de los trabajadores, que puedan proporcionar soluciones equilibradas y flexibles frente al problema de las relaciones encubiertas

6º Analiza los retos de la protección de la relación de trabajo frente a las nuevas modalidades de prestación personal en el sistema socialista venezolano.

La utilidad práctica de este trabajo, consiste en disponer de una herramienta que permita dar respuesta a las siguientes interrogantes:

1º ¿De qué manera pueden los trabajadores de la industria de la construcción en Venezuela, protegerse del empleo fraudulento de procedimientos tendientes a encubrir sus relaciones laborales, y en consecuencia la protección que les brinda el derecho del trabajo?

2º ¿Cuáles son las tendencias actuales de desprotección y los modos de fraude del sector, como medio para encubrir las relaciones de trabajo?

3º ¿Cuáles son los principales criterios de distinción que proporciona la doctrina, la jurisprudencia; y los avances que en este sentido proporciona la nueva Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores?

4º ¿Existen soluciones integrales y equilibradas que puedan proponerse para enfrentar el problema de las relaciones encubiertas?

En cuanto a la metodología empleada, se trata de una investigación de tipo documental, descriptiva y explicativa en el formato de monografía y se enfoca en la consulta, compilación, lectura y análisis de doctrina proveniente de reconocidos tratadistas nacionales e internacionales, así como de la evolución jurisprudencial y el tratamiento legal en el derecho interno, el derecho comparado, la legislación internacional (convenios y recomendaciones de la OIT, así como resoluciones del Parlamento Europeo), abordando de manera directa e indirecta temas relacionados con la política social y la economía, a fin de identificar de manera amplia los factores que inciden en la práctica; a su vez, siendo un tema actual y en pleno desarrollo, se utilizan también fuentes hemerográficas y vivas como base principal de la investigación.

De este modo, el análisis se fundamenta en fuentes impresas y digitales como libros, documentos, artículos, declaraciones, y sentencias de autoridades judiciales y administrativas relacionadas con el derecho del trabajo; se emplea el análisis cualitativo del material a fin de establecer de manera lógica la correlación causa-efecto entre las prácticas de encubrimiento de la relación de trabajo y sus efectos económicos, sociales y éticos para los trabajadores y la sociedad.

Para identificar el desarrollo legal, doctrinario y jurisprudencial de la protección del trabajo dependiente en Venezuela y otros países, frente a las diversas prácticas de encubrimiento de la relación de trabajo, se hace un recuento histórico descriptivo que permita detallar su evolución.

La investigación es a su vez de carácter explicativo, pues analiza las diversas formas de encubrimiento, y los diversos mecanismos de defensa en favor de los trabajadores, a fin de proporcionar soluciones específicas frente al problema.

ANTECEDENTES

El cambio histórico del ámbito regulatorio de los contratos de servicios personales del derecho civil al derecho del trabajo constituye un hecho de incommensurable trascendencia en la dinámica de las relaciones humanas; la contratación laboral se nutre ciertamente de elementos provenientes del contrato civil, como lo son consentimiento, objeto y causa, pero estos se hacen insuficientes para poder explicar, valorar y regir las muy variadas situaciones sociales y económicas que produce el trabajo humano cuando es sometido a los intereses de una persona o grupo de personas con mayor poder que otras.

Es posible remontarse a las instituciones originarias del trabajo al derecho romano con el trabajo obligatorio, o el prestado a terceros a cambio de remuneración (*conductio operarum*), y de allí saltar al código Napoleónico donde se plasman derechos humanos, que devienen luego en la formulación de diversas legislaciones que contemplan derechos sociales, pasando por los postulados de la revolución francesa de libertad, igualdad y fraternidad, y los fenómenos de la división internacional del trabajo producto de la expansión de mercados de la revolución industrial⁵, pasando por textos constitucionales como la constitución mexicana de 1917, y los posteriores tratados internacionales, donde destacan sin duda el tratado de Versalles, origen de la Organización Internacional del Trabajo, y el esfuerzo de la doctrina social de la iglesia para contribuir con la cuestión social,⁶ dejando claro que el trabajo no es una mercancía, sino

⁵ La Revolución industrial produjo una efervescente dinámica en el mercado mundial, que trajo una nueva división internacional del trabajo, los mercados internacionales se caracterizaron por una política expansionista fundamentada en la producción a mayor escala (trabajo automatizado), la optimización de medios de transporte y el mejoramiento de las vías de comunicación.

⁶ (*Gaudium et Spes*, n. 34) 256. "El hombre debe someter la tierra, debe dominarla, porque como "imagen de Dios" es una persona, es decir, un ser subjetivo capaz de obrar de manera programada y racional, capaz de decidir acerca de sí y que tiende a realizarse a sí mismo. Como persona, el hombre es pues sujeto del trabajo. Como persona él trabaja, realiza varias acciones pertenecientes al proceso del trabajo; éstas, independientemente de su contenido objetivo, han de

un producto del trabajo del hombre, como medio para su realización humana.

Ahora bien, los fenómenos que explican concretamente la práctica de desregulación que describe este trabajo se hayan enmarcados en los procesos de flexibilización que trata de justificar la globalización, donde las decisiones de la economía, son guiadas por los actores e instituciones de la economía mundial (Multinacionales, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y la Organización Mundial de Comercio), representantes o quizás expresiones, para algunos, del movimiento neoliberal; pero sin duda entes capaces de afectar la capacidad de los estados para dictar su normativa.

Dentro de este proceso de pérdida de soberanía que trae consigo la globalización, las normas tutelares del derecho positivo interno deben adaptarse a los usos y costumbres internacionales que forman parte de un supuesto derecho denominado “anacional”, donde se propende a mercados donde los actores y no el Estado tome las decisiones relevantes sobre el que, como y cuanto se va producir y negociar. Como señala Otis Rodner: “El comercio internacional de bienes y servicios no podría existir si todas estas decisiones de producción y comercialización estuvieran tomadas por organismos estatales”⁷.

Razonamiento que pudiera dismantelar el estado y los beneficios sociales que este otorga a sus ciudadanos⁸, y que va en contrasentido con la visión que la iglesia católica ha plasmado en su doctrina social, cuando en relación con los sistemas económicos manifiesta en

servir todas ellas a la realización de su humanidad, al perfeccionamiento de esa vocación de persona, que tiene en virtud de su misma humanidad.”

⁷ OTIS RODNER, James. La Globalización: un proceso dinámico. Editorial Anauco. Caracas, 2001. pp. 38 y 39.

⁸ Pero que encuentra interesantes elementos de equilibrio dignos de un análisis profundo en países de corte socialista como Francia y Alemania.

Cuadragésimo Anno, n. 45: “por encima de la lógica de los intercambios a base de los parámetros y de sus formas justas, existe algo que es debido al hombre porque es hombre, en virtud de su eminente dignidad. Este algo debido conlleva inseparablemente la posibilidad de sobrevivir y de participar activamente en el bien común de la humanidad”⁹.

La evolución de las relaciones laborales trajo consigo la necesidad de mantener a las personas en condiciones de igualdad y justicia, con lo cual se estableció una concepción impositiva de los efectos derivados de la relación de trabajo como entidad con caracteres autónomos derivados de una normativa con las características del derecho público, tendiente a proteger los derechos subjetivos de las personas sobre la voluntad de las partes, lo que hizo surgir una nueva categoría de derecho (diferente al público y privado que enseñara Ulpiano): el **derecho social**, de preeminente función protectora de las relaciones de trabajo, en la necesidad de tutelar a una de las partes en virtud de su desigualdad económica, política y social.

Como lo señala el Maestro Antonio Espinoza Prieto en su libro contribuciones a la reforma laboral comentando la referencia del tratadista Justo López, quien a su vez trae a colación expresiones de Benito Raffo Magnasco, fundamentadas en el comentario de Santo Tomás de Aquino a la ética a Nicómano de Aristóteles: “El contrato de trabajo goza de una personalidad especialísima que le distancia, o mejor le abstrae del contexto de la concepción civil por la forma decisiva en que la calidad humana del sujeto activo se proyecta sobre toda la estructura jurídica de la convención, creando una interrelación jurídica que llama antropía, que extiende a las convenciones dotadas con contenido humano, que está por

⁹ La doctrina social de la Iglesia se encuentra contenida en diversos documentos del supremo Magisterio que incluyen encíclicas papales, cartas apostólicas y documentos conciliares, sobre temas relativos a la política, la economía y la cultura. En cuanto al trabajo, se tratan temas como: trabajo y salarios, la naturaleza del trabajo, salarios justos y compensación, el lugar de trabajo, desempleo, sindicatos y las huelgas

encima de toda otra consideración del hombre en su integridad”¹⁰. Cualidad reconocida en el artículo 89 de la Constitución nacional,¹¹ mediante el principio de la primacía de la realidad.

Este principio constitucional, nace como nos comenta el Maestro Espinoza Prieto “Como elaboración de la jurisprudencia mexicana de finales de los años treinta y comienzos de los cuarenta, bajo la denominación de la teoría del contrato realidad, designación con la cual la divulgó el Maestro Mario De La Cueva”,¹² quien es citado también por el Doctor Rafael Caldera: “Existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación de servicio y por que el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que determina su existencia”.¹³

Conjuntamente con este principio protector, emanan de la Teoría de la Relación de Trabajo¹⁴ tesis innovadoras como la tesis de la incorporación, de la presunción de laboralidad y del orden público laboral, (y como consecuencia de estas, el principio de irrenunciabilidad de las normas laborales) como respuesta a la constante evolución del mundo de las relaciones sociales, en el cual diversas y elaboradas prácticas se ponen en funcionamiento para evadir la tutela de una normativa eminentemente social.

¹⁰ ESPINOZA PRIETO, Antonio. Contribuciones a la reforma laboral. Editorial Buchivacoa. Caracas, 2010. pp. 78-79

¹¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 89: “El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras”

¹² Con el impulso renovador de la República de Weimar (1919 y 1933) se propone en Alemania una solución jurídica al desequilibrio teórico de la concepción convencional, frente a la lucha por el equilibrio social en las relaciones laborales: la *Teoría de la Relación de Trabajo*, bajo la autoridad intelectual de Erick Molitor, Arthur Nikisht, Walter Kaskel, Hugo Zinzheimaer, Paul Durand y Gerard Lyon-Caen en Europa y, en América Mario De la Cueva, Francesco De Ferrari y Rafael Caldera.

¹³ CALDERA, Rafael. Derecho del Trabajo. Editorial El Ateneo. Buenos Aires- Argentina, 1960 p. 260

¹⁴ Para Mario De la Cueva siempre que haya una prestación de servicios subordinados, la manera como se llegó a ella será irrelevante, pues la ley laboral producirá todos sus efectos jurídicos, siempre se estará frente a una relación de trabajo.

En Venezuela, el principio de la presunción de laboralidad ha sido quizás el que en la práctica ha alcanzado un mayor grado de desarrollo en los estrados de la jurisdicción del trabajo. La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2002 advirtió lo siguiente:

“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 extra laboral”¹⁵

Así también, el tema es tratado en la R198 considerando entre otros aspectos, las dificultades que supone determinar la existencia de la relación de trabajo cuando se ha intentado encubirla, o cuando a través de acuerdos se pretende privar a los trabajadores de sus derechos.

Al respecto, la Ley Orgánica del Trabajo venezolana de 2012 establece en su artículo 53 que una vez establecida la prestación personal de servicio surgirá la presunción de laboralidad de dicha relación, formulación que resulta apropiada en virtud de las desigualdades existentes entre patrono y trabajador, pues generalmente es el patrono quien detenta el poder económico durante la relación laboral (consideración contemplada en la R198) y consecuentemente los elementos materiales para probar en juicio.

¹⁵ Sentencia N° 489 de fecha 13 de agosto del año 2002, caso Mireya Beatriz Orta de Silva contra la Federación Nacional de Profesionales de la Docencia Colegio de Profesores de Venezuela (F.E.N.A.P.R.O.D.O-C.P.V.), con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Junio/0719-300605-05198.htm>

En el marco de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la R198 presenta una serie de elementos, como son los relativos a la forma de efectuarse el trabajo y la remuneración del trabajador, independientemente de cualquier arreglo o forma contractual, que permiten determinar la existencia de una relación de carácter laboral.

Arturo S. Bronstein expuso una lista de esos 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, propuesta en el proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que la Conferencia de la OIT examinó en 1997 y 1998¹⁶:

- 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.

¹⁶ La 95ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Recomendación número 198 sobre la relación de trabajo, fruto de un proceso de diez años, que posee un precedente importante cuando en 1997 se aprobó el Convenio Internacional número 181 sobre agencias de empleo privadas, como parte de este proceso de regulación del trabajo prestado bajo modalidades atípicas y triangulares.

Adicionalmente, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha incorporado con posterioridad a los criterios propuestos, los siguientes:

- a) La naturaleza jurídica del pretendido patrono.
- b) De tratarse de 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, 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.

A través de este examen de indicios la jurisprudencia ha podido formular una herramienta que de manera sistemática ha permitido distinguir lo fraudulento de lo que no lo es en cada caso en particular, clarificar las situaciones ambiguas, y por esta vía extender la protección de la legislación laboral a quienes en principio estarían ejecutando trabajos o prestando servicios en virtud de una relación de naturaleza civil o comercial.

Muy recientemente, han podido vislumbrarse nuevas estrategias de desregularización y encubrimiento de las relaciones de trabajo, como señala Alain Supiot en el informe sobre las transformaciones del trabajo y los cambios del derecho del trabajo en Europa (pp. 4 y 5), el

neoliberalismo pretende reducir el trabajo asalariado por el trabajo independiente, y no protegido, a través de una estrategia de “desvalorización” que busca: “la exclusión del ámbito del derecho del trabajo a los trabajadores menos cualificados y en situaciones precarias, el trabajo independiente aparece como una forma eventualmente fraudulenta para desregular las protecciones del trabajador, especialmente para bajar costos de protección social”; y de “valorización”, que “recurre al trabajo independiente para liberar la capacidad de innovación y adaptación de los trabajadores realmente autónomos y altamente calificados, este sería el modelo ideal del trabajo post-fordista, flexible en términos de tiempo, lugar, tipo de servicios y de costos”.¹⁷

¹⁷ Disponible en línea en http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/articulos-informe_final.htm. Consulta realizada el día 04 de Abril de 2013. 2:52 pm.

CAPITULO I

DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

1.1. Noción legal de Relación de Trabajo.

La actual Ley Orgánica del Trabajo Las Trabajadoras y Los Trabajadores (en adelante LOTTT) no define lo que debemos entender por relación de trabajo, pero permite mediante una presunción, entender cuando estaremos frente a ella. “Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba.” (Art. 53) Lo que viene sin duda a reforzar la idea de la insuficiencia del contrato de trabajo para explicar todas las consecuencias que se derivan de la relación de trabajo. No obstante ello, la LOTTT no niega el carácter de fuente normal del contrato de trabajo, pero le impone una serie de condiciones que lo limitan, como consecuencia de su carácter inderogable y protector.¹⁸ En la LOTTT, la relación de trabajo completa la idea del contrato de trabajo como fuente de obligaciones que surgen a veces de hechos ajenos a la voluntad contractual de las partes, y es definido como “aquel mediante el cual se establecen las condiciones en las que una persona presta sus servicios en el proceso social de trabajo bajo dependencia, a cambio de un salario justo, equitativo y conforme a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y esta Ley.”

¹⁸ La LOTTT limita el contenido del contrato a las obligaciones que se derivan la Ley, las convenciones colectivas, las costumbres, el uso local, la equidad y el trabajo como hecho social, establece su forma y contenido, modalidades y hasta su régimen supletorio en sus artículo 56 y siguientes.

De acuerdo con este concepto, según expone el laboralista Rodolfo Capón Filas¹⁹: “el trabajador pone a disposición del empleador su energía o capacidad de trabajo, que se divide en dos aportes: la capacidad activa y la facultad creadora, compensadores del otro extremo del silogismo que concreta las obligaciones del empleador que son la remuneración más la suma de la protección del trabajador y su estabilidad dentro de los límites del orden público”.

El Maestro Mario De la Cueva²⁰ revisa y perfecciona el concepto de relación de trabajo: “Es una situación jurídica objetiva (realidad de los hechos) que se crea entre un trabajador y un patrono (o un grupo de ellos) por la prestación (personal) de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen en virtud de la cual (el trabajador recibe una contraprestación justa y equitativa) de conformidad con un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas Internacionales del Trabajo, la constitución y la ley.

1.2. Elementos de la Relación de Trabajo

De la definición que antecede se desprende que los elementos de la relación de trabajo son:

1.2.1 La prestación de un servicio personal.

Donde el elemento “personal” es lo que realmente importa, no el tipo de labor que se realice, ni la denominación que se le haya querido dar a dicha prestación. (Razón suficiente además por la cual las personas

¹⁹ Citado por el Maestro Espinoza Prieto en su trabajo Teoría de la relación de Trabajo y la Recomendación 198 OIT, 2006 y su posible aplicación en Venezuela. 2011

²⁰ DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Editorial Porrúa. México, 1972. p. 185

jurídicas no pueden ser trabajadores) En efecto, el artículo 53 de la LOTT manifiesta Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba. Ahora bien, dicha presunción no es absoluta, pues la prestación personal no se limita al ámbito de la relación de trabajo²¹, así ha sido señalado entre otros por Hueck-Nipperdey y Barassi²², en aquellos casos donde las personas trabajan bajo el móvil del trabajo caritativo o religioso; sin duda parte de la excepción contenida en el segundo párrafo del mencionado artículo que señala: Se exceptuarán aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se presten servicios a la sociedad o a instituciones sin fines de lucro, con propósitos distintos a los planteados en la relación laboral.

1.2.2. La remuneración o salario.

El Convenio N°95 de la Organización Internacional del Trabajo de 1949 (en adelante OIT) sobre la protección del salario, ratificado por Venezuela el 25 de Agosto de 1981, define el salario como “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 este último haya efectuado o deba efectuar, o por servicios que haya prestado o deba prestar”, que supera sin duda la concepción de la LOTTT que limita el pago del salario “al que corresponda al trabajador por la

²¹ ALFONZO GUZMÁN, Rafael. Nueva didáctica del derecho del trabajo. Editorial Melvin. Caracas-Venezuela, 2006. p. 89 “No basta la sola actividad personal para probar el contrato de trabajo, si otra clase de contratos lícitos, válidamente celebrados, por reunir los requisitos exigidos para su perfeccionamiento y eficacia legal atribuye a esa actividad personal efectos jurídicos distintos de los propios del contrato laboral.”

²² HUECK-NIPPERDEY. Lehrbuch des Arbeitsrechts, I. pp. 48-49. “De todo lo expuesto resulta que quien da su trabajo no con el ánimo de ganancia, sino movido por fines altruistas o de beneficencia, o aún por espíritu religioso no es trabajador en el sentido que presuponemos”. Más adelante se hace referencia a los casos de trabajo en favor de la colectividad o del “bien social” cuando sea abordados los retos de la protección de la relación de trabajo frente a la dinámica de las nuevas modalidades de prestación de servicios en el sistema socialista venezolano.

prestación de su servicio”, como señala el Maestro Espinoza Prieto “el trabajador obtiene el derecho a su salario con solo poner a disposición del patrono su capacidad de trabajo, aunque no haya prestación de servicio, por esto la prestación solamente existe cuando el patrono ejerce su derecho a utilizar la energía laboral puesta a su disposición.

1.2.3. Ajenidad y dependencia.

El primero de estos elementos está referido al hecho de que el patrono tiene derecho al resultado tangible o intangible del esfuerzo, actividad o disponibilidad del trabajador, como contraprestación al pago del salario. Como señala el Dr. Rafael Alfonso Guzmán “el prestador de servicios es extraño (ajeno) desde el inicio del contrato, al producto de su trabajo, a los riesgos del mercado y a la dirección de la empresa”.²³.

El segundo elemento, el de la dependencia se ha venido estudiando en sus vertientes de dependencia jurídica y dependencia económica a lo largo de la historia del derecho del trabajo, la primera de ellas está referida a la sujeción del trabajador a las órdenes y directrices de quien planifica, ordena y dirige la empresa. La vertiente económica sintetiza el elemento que se ha mantenido en todas las definiciones de contrato de trabajo que se han ensayado en las diversas legislaciones, ya que sus efectos jurídicos se van adaptando a los diferentes cambios de la dinámica económica, productiva y social.

La R198 establece como uno de los medios o indicios para determinar la existencia de una relación de trabajo “El hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o principal fuente de ingresos del

²³ ALFONZO GUZMÁN, Rafael. Otras caras del prisma laboral. Editorial Melvin. Caracas-Venezuela, 2009. p. 98

trabajador...” que resalta la importancia del sustento del trabajador frente a la concepción de dependencia jurídica o de sumisión a las ordenes y directrices del empleador, y es cónsona con los fines protectores del derecho del trabajo como hecho social.

Alain Supiot plantea la importancia del “ensanchamiento del campo de aplicación del derecho del trabajo” en su Informe²⁴: Este criterio de dependencia económica, lleva a ampliar el campo de aplicación del derecho social a todos los que están en una situación más débil dentro de una relación de trabajo...”en esta perspectiva la sumisión técnica de estar sometido a la supervisión de otro para la realización del trabajo importaba menos que el hecho de tener que ganarse el pan del día a día.”

Como señala el Maestro Mario De la Cueva, citado por el Dr. Rafael Caldera: La subordinación jurídica, sin duda, es un elemento más característico, dentro del cuadro de las relaciones de derecho; pero hay situaciones, en que siendo difícil demostrar su existencia, el caso se resuelve fácilmente hallando la dependencia económica siempre que la remuneración que la determina se perciba como contraprestación de una típica y simple prestación personal de servicios.”²⁵. De allí que la concepción de subordinación, e incluso la de dependencia jurídica sean elementos insuficientes en muchos casos, frente a una inmensa gama de situaciones derivadas de las nuevas formas de prestación de servicios en un mundo globalizado, con nuevas tecnologías y diversas formas de organización, para demostrar la existencia de una relación de trabajo.

Al respecto señala el Dr. Oscar Hernández Álvarez: La determinación de la subordinación no debería apoyarse exclusivamente en hechos como la obligación de cumplir horarios previamente establecidos por el patrono y de prestar servicios en la sede de la empresa”...” tales circunstancias se

²⁴ Informe final sobre las transformaciones del trabajo y los cambios del derecho del trabajo en europa, junio 1998 Disponible en: http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/articulos-informe_final.htm consulta realizada el día 09 de Julio de 2013 a las 8:57 a.m.

²⁵ CALDERA, Rafael. Derecho del Trabajo... op. cit., p. 271

están modificando en un mundo industrial en el cual el teletrabajo, los sistemas de fabricación flexible, la robótica"...crearán nuevas formas laborales, en las cuales el trabajador no estará sujeto a horarios rígidos, ni obligado a asistir a la empresa o depender de las instrucciones del capataz para la realización del trabajo." ²⁶

1.3 Trabajo subordinado, independiente y autónomo

Todo lo anterior lleva a profundizar el alcance de los conceptos de trabajo subordinado, independiente y autónomo, ya que como lo denuncia el Maestro Espinoza Prieto, se tiende a confundir a los trabajadores no dependientes de aquellos que ejercen por cuenta propia (autónomos) "porque por **trabajadores no dependientes** el Derecho del Trabajo en algunos casos comprende a aquellos que prestan servicios para otro, pero no lo hacen en condiciones de subordinación y por ello quedan al margen de los beneficios laborales."..."explicándolo mejor, diremos que para el Derecho del Trabajo decir trabajador no dependiente, es también equivalente a decir **trabajador no subordinado**"..."en otras palabras, son trabajadores por cuenta ajena; su labor está provista de lo que el derecho del trabajo denomina **la ajenidad**."

Delicada circunstancia que en la actualidad, (tras haber superado el esquema tayloriano) con la nueva dinámica de las relaciones laborales, que carecen de actos heterogéneos en las funciones de los trabajadores que permitan establecer una normalización de los elementos propios de la subordinación, tales como una secuencia de acciones, un orden específico en dicha secuencia, un tiempo y ritmo determinado, así como por ejemplo, una evaluación del resultado de la labor, carece de sentido seguir anclados en la idea según la cual "se considera que un **trabajador es autónomo** si la persona obligada a ejecutar el trabajo puede hacerlo

²⁶ HERNÁNDEZ ALVÁREZ, Oscar. El Trabajo sin tutela en Venezuela. FCJP. UCV. Caracas, 2002 pp. 17 y 18

conforme a su propio criterio mediante modalidades de ejecución que estime conveniente, siempre que cumpla con el trabajo convenido”²⁷ Ya que ese futuro, que el mismo Dr. Oscar Hernández Álvarez señala “creará nuevas formas laborales”, ya está aquí.

Esos nuevos esquemas organizativos se adaptan en un mundo globalizado, altamente competitivo e interconectado para lograr productos y servicios de alta calidad, donde se le da al trabajador un mayor margen de maniobra y fluidez para interpretar, desarrollar y cumplir con las tareas que le han sido establecidas, las cuales pareciera realizar de manera autónoma, pero es todo lo contrario, su incorporación dentro de la estructura empresarial le exige un mayor compromiso y responsabilidad, con los valores y fines de esta; lo que se verá luego reflejado en la evaluación de sus cualidades y rendimiento por objetivos, fundamento de las políticas de salariales actuales.

“Ya no se trata de que el trabajador brinde una parte limitada de su tiempo y obedezca mecánicamente órdenes a cambio de un salario, sino que se trata de dar “lo mejor de sí” para maximizar su ingresos. Vale decir, trate de comportarse “como si” fuera independiente”²⁸. Porque en efecto, el trabajo debe hacerse “conforme a su propio criterio mediante modalidades de ejecución que estime conveniente, **siempre que cumpla con el trabajo convenido**” ya que eso justamente es lo que espera su patrono, quien evalúa el aporte del trabajador, sus resultados, (no la forma como realiza esa labor) mediante auditorías y otros procedimientos abstractos de evaluación.

²⁷ HERNÁNDEZ ALVÁREZ, Oscar. El Trabajo sin tutela en Venezuela. op. cit., pp. 63 y 64.

²⁸ SUPIOT, Alain. Homo jurídicos. Siglo veintiuno editores. Buenos Aires-Argentina, 2007. p. 240

Por ello, pareciera ilógico sustentar la idea de un **trabajador autónomo con dependencia económica**, argumentando como lo hace el Dr. Hernández Álvarez, la ausencia de subordinación: “Ello ocurre cuando el trabajador, aún sin perder su autonomía funcional, recibe la mayor parte de sus ingresos de un solo beneficiario de sus servicios, el cual no puede ser considerado como empleador suyo, dado que el carácter autónomo de la prestación excluye la existencia de una relación de trabajo”. Y continúa, “Tal sería el caso de un contratista de la construcción cuya actividad esté destinada a cumplir contratos de obra que ha celebrado con una determinada empresa constructora.”²⁹

En la rama de la industria de la construcción, sector al que se hace referencia, es usual encontrar un gran número de trabajadores contratados por obra, es decir, el trabajador realiza una cantidad determinada de trabajo, el cual le es revisado a través de la valuación de un superior jerárquico, y le es pagado semanalmente su salario de acuerdo a su rendimiento; en ese caso específico están presentes todos y cada uno de los elementos de la relación de trabajo. Esa pretendida “**autonomía**” del trabajador no es tal, pues el control de las labores efectuadas no ha desaparecido, de hecho tiene tres momentos, el primero de ellos, cuando se le asignan las tareas a realizar bien sea de manera verbal o escrita por su empleador, el segundo, el de la realización de la labor para la cual se le contrató, el cual no puede ser el indicador de autonomía alguna, pues, en el tercer momento, al trabajador le será revisado y contabilizado el trabajo realizado a los fines de calcular su remuneración.

Como puede observarse, el objeto de la subordinación no se encuentra en la supervisión de las actividades del trabajador de la construcción, sino en la constatación del resultado de sus labores dentro de una serie de objetivos verificables y conocidos. (Limpieza en los

²⁹ HERNÁNDEZ ALVÁREZ, Oscar. El Trabajo sin tutela en Venezuela. op. cit., pp. 78 y 79

acabados, utilización de materiales de manera eficiente, cuidado de las herramientas de la empresa, etc.)³⁰

Todo ello obedece a que la idea de la subordinación o dependencia jurídica ha venido dando paso a la idea de la integración del trabajador dentro en la empresa, con mayor libertad para llevar a cabo los objetivos que le son asignado, y a que “el trabajo responde cada vez más a procedimientos de coordinación dentro de redes de contornos inciertos.”

31

Así lo afirma Néstor de Buen “Ni antes ni ahora puede pretenderse que la subordinación supone un poder que se ejerce de manera constante, absoluta y de la misma manera, y con la misma intensidad frente a todos los trabajadores”...”aunque el trabajador sepa más sobre su trabajo que el empleador³² y quienes lo representan en la dirección del trabajo y pueda desempeñarlo sin una inmediata dirección o supervisión. Su mayor o menor dependencia técnica no alcanza a borrar la subordinación...”³³

1.4 La protección de la relación de trabajo.

El problema de la falta de protección de los trabajadores en la actualidad, se debe en gran medida a las transformaciones en la estructura del empleo, al uso de nuevas tecnologías aplicadas en los procesos productivos de entidades de trabajo cada vez más descentralizadas y especializadas. Donde en un entorno altamente competitivo de manera permanente las empresas deben reestructurarse y

³⁰ El Doctor Rafael Caldera, hace ya 50 años estableció la diferencia entre el contrato de obras y el contrato de trabajo, señalando diversos criterios de distinción: servicios humanos, forma de remuneración, lugar de trabajo, suministro de materiales y herramientas, los riesgos. Y desde luego, el rasgo más distintivo: el de la dependencia económica como elemento fundamental para establecer la existencia de una relación de trabajo. CALDERA, Rafael. Derecho del Trabajo. op. cit., pp. 271, 277-279

³¹ SUPLOT, Alain. Homo juridicus. op. cit., p. 242

³² De hecho los superiores jerárquicos del trabajador no sustentan su poder de mando en un conocimiento más profundo de las tareas que se asignan a este (de hecho en la práctica saben mucho menos), sino en que tienen la autoridad y capacidad para poner en práctica normas de evaluación del desempeño y rendimiento del subordinado.

³³ BUEN, Néstor de, Derecho del trabajo, Porrúa, México, 1998. p. 59

adaptarse para cumplir con las exigencias del mercado. La Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización ha declarado que “la globalización ha puesto en marcha un proceso de cambio de gran alcance que afecta a todos”³⁴.

En una típica relación de trabajo la condición de trabajador no es objeto de duda alguna, pero las transformaciones descritas proponen introducir mayor flexibilidad en los procesos productivos, logísticos y organizativos de la empresa, empleando al personal en tareas más específicas y selectivas, lo que conlleva la utilización de diversos tipos de contratos que persiguen descentralizar buena parte del trabajo, poniéndolo en manos de contratistas, cooperativas y trabajadores considerados como “no dependientes”, incluso en casos en los cuales no se pretenda disfrazar la realidad, como aquellos que cuentan con complejas relaciones entre las partes o en la manera como se lleva a cabo la prestación (subordinación), lo que supone una situación en la cual se excluye a los trabajadores de la protección que les brinda la legislación del trabajo.

En este punto, la clarificación del ámbito de aplicación de la relación de trabajo, es esencial para contener las relaciones de trabajo encubiertas y lograr el cumplimiento de la ley, sobreponiéndose a las formas o apariencias de la relación de trabajo contenidas en los contratos de trabajo, y las zonas grises entre el trabajo dependiente y el independiente.

En países como Irlanda, la preocupación por el sostenido crecimiento de los “trabajadores por cuenta propia” llevó a su gobierno, los empleadores y los trabajadores a adoptar por consenso un conjunto de indicadores que permitiesen establecer las diferencias entre empleados y trabajadores independientes. (Ver recuadro N°1

³⁴ Véase OIT: Por Una globalización justa: Crear oportunidades para todos, informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, Ginebra, 2004. p. 27

Recuadro 1
Irlanda, Código de Prácticas: criterios principales para determinar la condición
jurídica de empleado o de trabajador independiente

Empleados o asalariados	Trabajadores independientes o por cuenta propia
Por regla general, será considerada «empleada» o «asalariada» toda persona Que: – se halle bajo el control de otra persona a la que le incumbe dar órdenes acerca de cómo, cuándo y dónde debe llevarse a cabo un trabajo – aporte sólo su trabajo; – reciba un salario fijo, determinado por hora, semana o mes; – no pueda subcontratar el trabajo (cuando el trabajo pueda ser objeto de una subcontratación y sea remunerado por la persona que lo haya subcontratado, la relación entre empleador y trabajador puede ser transferida sin más); – no aporte sus propios materiales para realizar el trabajo; – no aporte otras herramientas y equipo que los útiles de su propio oficio (pero cabe observar que el suministro de herramientas y equipo no es necesariamente por sí mismo un indicio suficiente acerca de la relación de trabajo del interesado; hay que tomar en consideración todas las circunstancias de cada caso); – no se exponga personalmente a ningún riesgo financiero por el hecho de realizar el trabajo; – no asuma ninguna responsabilidad por concepto de inversiones o gestión del negocio; – carezca de oportunidades para beneficiarse pecuniariamente de la correcta gestión y programación de los trabajos encargados al empleador o de la ejecución de las labores abarcadas por tales trabajos; – trabaje conforme al horario que se haya establecido o con arreglo a determinado número de horas por semana o por mes; – trabaje al servicio de una persona o de un negocio; – se le paguen los gastos ocasionados por concepto de subsistencia o transporte, o ambos a la vez; – tenga derecho al pago de horas extraordinarias o a la concesión de un descanso compensatorio por ese concepto.	Por regla general, será considerado «trabajador independiente» o «por cuenta propia» toda persona que: – sea propietaria de su propio negocio; – esté expuesta a riesgos financieros por el hecho de que debe soportar el costo de rehacer todo trabajo mal hecho o de inferior calidad realizado en virtud de un contrato; – asuma la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa; – pueda beneficiarse pecuniariamente de la bondad de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos que se le hayan encomendado; – ejerza el control sobre los trabajos que hay que realizar y sobre cuándo y cómo se llevan a cabo, y determine si debe intervenir personalmente en tales cometidos; – tenga toda libertad para contratar más personal, con arreglo a condiciones fijadas por ella misma, para realizar trabajos a cuya realización se haya Comprometido; – pueda ejecutar trabajos o servicios de la misma índole para más de una persona o negocio simultáneamente; – proporcione los materiales necesarios para realizar el trabajo; – proporcione el equipo y las máquinas necesarios para realizar el trabajo, con excepción de pequeñas herramientas o equipo propio del oficio de que se trate (lo cual no debe considerarse como indicio seguro de que quien aporte tales herramientas y equipos trabaja por su propia cuenta); – disponga de locales fijos donde funcione su razón social y donde pueda depositar materiales y equipos y otros pertrechos; – calcule el costo del trabajo y fije el precio; – disponga de sus propios contratos de seguros; – ejerza control sobre las horas de trabajo realizadas para llevar a cabo el cometido.

Fuente: Programme for Prosperity and Fairness, Employment Status Group: *Code of practice for determining employment or selfemployment status of individuals* (Dublín, julio de 2001)

Estos indicadores no fueron introducidos en una ley, fueron establecidos en un código de prácticas de aplicación voluntaria (en virtud del carácter consensual mediante el cual fue aprobado), que podían ser invocado por los órganos administrativos del trabajo en la resolución de los conflictos.

En 2002, Sudáfrica llevó a cabo una reforma legislativa para clarificar y adaptar el ámbito de aplicación de la legislación laboral, mediante la presunción de la condición de empleado, según la cual una persona era considerada como tal, si satisfacía uno o varios de los indicadores fijados por la ley (ver recuadro N°2)

Recuadro 2

Sudáfrica: presunción de la condición de empleado

Se presume que una persona es empleada si reúne algunos de los siguientes indicadores:

- su manera de trabajar está sujeta al control o dirección de otra persona;
- sus horas de trabajo están sujetas al control o dirección de otra persona;
- en caso de trabajar para una organización, forma parte de ésta;
- ha trabajado para otra persona, en promedio, no menos de 40 horas mensuales en los últimos tres meses;
- es económicamente dependiente de esa otra persona para la cual trabaja;
- la otra persona le suministra herramientas o equipos de trabajo propios de su oficio;
- trabaja o presta servicios a una sola persona.

Fuente: Artículo 21 de la Ley de Reforma de la Ley sobre Condiciones Básicas de Empleo, 2002, en virtud de la cual se añadió el artículo 83 A en la Ley sobre Condiciones Básicas de Empleo, 1997.

La Jurisprudencia ha venido también jugando un papel importante en la determinación de la existencia de la relación de trabajo, en base a los hechos.

En Irlanda el caso Denny³⁵ es un importante precedente, sobre el estatuto en el empleo antes citado, se trata de una trabajadora que firmó un contrato como demostradora de productos alimenticios, “la compañía contactaba a un demostrador de su lista y le encargaba que hiciera una demostración. Una vez concluida, el empleado hacía un pedido, refrendado por el administrador de la tienda. La persona era pagada por día y recibía una prima de transporte. El contrato anual de la trabajadora de quien se trata fue renovado varias veces; sin embargo, en 1993 el

³⁵ Supreme Court: Henry Denny & Sons Ltd., trading as Kerry Foods v. The Minister for Social Welfare (1998), 1 IR 34

contrato estipuló que ella era una trabajadora independiente, como tal debía responsabilizarse de pagar sus impuestos. Para esa época la interesada trabajaba un promedio de 28 horas por semana, durante 48 a 50 semanas por año en las que hacía unas 50 demostraciones sin la supervisión de la compañía, pero cumpliendo cualquier indicación razonable proveniente del propietario de la tienda e instrucciones escritas de la compañía, de la cual recibía los materiales para la demostración y el consentimiento para realizarla. La cuestión que se planteaba en este caso era saber si la trabajadora era en efecto independiente o si era una empleada, en tal caso debía ser asegurada por la empresa. La Corte Suprema consideró, de acuerdo con los hechos establecidos y los principios generales desarrollados por la jurisprudencia, que la trabajadora era una empleada, vinculada por tanto por un contrato de trabajo, por haber prestado servicios por cuenta de otra persona y no por su propia cuenta”³⁶.

En Sudáfrica, “una empresa contratista de construcción especializada en la fabricación e instalación de armarios empotrados convenció a la gran mayoría de sus empleados para que renunciaran y siguieran prestándole servicios en calidad de trabajadores independientes. El Tribunal de Trabajo examinó si los contratos con los trabajadores eran genuinos y habían sido concluidos de buena fe, basándose en uno de los casos. Comprobó que en ese caso el trabajador sólo ayudaba a cargar armarios en un vehículo y luego a limpiarlos y retocarlos una vez instalados, y que ese trabajo formaba parte integral del servicio que brindaba el contratista. Sostuvo que el contratista había gastado una broma pesada al trabajador al inducirlo a creer que era un empresario independiente, con lo cual de paso lo dejaba sin la protección que la ley acuerda a un empleado. El contrato con el trabajador, afirmó el

³⁶ OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, 2006. Informe V (1) La relación de trabajo. Quinto punto del orden del día. p. 40

Tribunal, había sido una farsa y seguía siéndolo a pesar de que el trabajador lo hubiera aceptado”.³⁷

En Venezuela es conocido el caso de los distribuidores de cerveza de Empresas Polar, C.A., los que “para llevar a cabo su actividad habían constituido sendas sociedades de responsabilidad limitada. Los distribuidores compraban los productos por un precio fijado por la empresa cervecera y los revendían a los clientes dentro de una determinada zona que recorrían con sus camiones, pintados con lemas de la empresa cervecera por otro precio también fijado por la empresa. Sus ingresos provenían de la diferencia entre ambos precios. No podían vender los productos fuera de la zona asignada, ni vender en dicha zona otros productos que no fueran los de la empresa. Con respecto a una de las causas el Tribunal Supremo de Justicia decidió que los distribuidores eran en realidad trabajadores asalariados, pues estaba demostrada la prestación personal de sus servicios, a pesar de estar registrados como comerciantes y de que su trabajo estuviese estructurado en torno a sendos contratos de compraventa mercantil. Sin embargo, hubo otros 80 casos que fueron sometidos a mediación y conciliación por el mismo Tribunal y las partes dejaron establecido que los trabajadores eran comerciantes”.³⁸

Otro emblemático caso es el mencionado en los antecedentes del presente trabajo, referido a la Sentencia N° 489 de fecha 13 de agosto del año 2002, caso Mireya Beatriz Orta de Silva contra la Federación Nacional de Profesionales de la Docencia Colegio de Profesores de

³⁷ OIT op.cit., p. 41. Referencia: Building Bargaining Council (Southern and Eastern Cape) v. Melmons Cabinets CC and Another (2001), 22 ILJ 120 (LC), Labour Court (P478/00), 23 de noviembre de 2000.

³⁸ OIT. op. cit. p 42. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, decisiones del 15 de marzo de 2000 y del 17 de octubre de 2002. En un caso relativo a trabajadores de la misma empresa, el Comité de Libertad Sindical de la OIT señaló que no le correspondía pronunciarse respecto de la relación jurídica (laboral o mercantil) de los distribuidores, vendedores y repartidores con la empresa, pero que ellos deberían poder constituir las organizaciones que estimen convenientes (artículo 2 del Convenio núm. 87). Véase OIT: 281.er informe del Comité de Libertad Sindical: caso núm. 1578, *Boletín Oficial* (Ginebra), 1992, Serie B, núm. 1, párrafos 395-396.

Venezuela (F.E.N.A.P.R.O.D.O-C.P.V.), con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz. que señala: “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 extra laboral.” Aplicando los criterios planteados por Arturo S. Bronstein que pueden determinar el carácter laboral o no de una relación entre quien ejecuta un trabajo o presta un servicio y quien lo recibe, propuesta en el proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que la Conferencia de la OIT examinó en 1997 y 1998.

Adicionalmente la Sentencia “Telecaribe”³⁹, profundiza el criterio de la “ajenidad” y la “incorporación” como indicios de la existencia de la relación de Trabajo⁴⁰: “De esto surge la utilidad de la ajenidad como elemento calificador de las relaciones enmarcadas en el Derecho del Trabajo, la cual viene a suplir las inconsistencias que presenta la dependencia como eje medular de la relación laboral. Cuando quien presta el servicio se inserta dentro de un sistema de producción, añadiendo valor al producto que resulta de ese sistema, el cual pertenece a otra persona, dueña de los factores de producción, que asume los riesgos del proceso productivo y de la colocación del producto, obligándose a retribuir la prestación recibida; es lógico justificar que este ajeno adquiera la potestad de organizar y dirigir el mecanismo para la obtención de tales frutos, y es precisamente en este estado cuando la dependencia o subordinación se integra al concepto de ajenidad, como

³⁹ Sentencia N° 489 de fecha 05 de Junio del año 2008, caso Miguel Ángel Contreras contra Televisión de Margarita, C.A. (Telecaribe), con ponencia de la Magistrada Carmen Elvía Porras de Roa. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Junio/0801-050608-071872.htm>

⁴⁰ Véase ESPINOZA PRIETO, Antonio. Contribuciones a la reforma laboral. Editorial op. cit. pp. 309-317 “Que refiere la Sentencia de casación social francesa de 13 de Noviembre de 1996, que puede verse en la revista Droit Social. Pág. 1067. “Que lleva a convertir la tesis de la integración en una empresa ajena como el principal indicio de subordinación.”

una emanación de la misma. De modo que el trabajo dependiente deriva del hecho de prestar un servicio por cuenta de otro.”

Desarrollo jurisprudencial que es cónsono con la tesis de ampliar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, como nos comenta el Maestro Espinoza Prieto, mediante recursos diferentes a la exclusiva vigencia de la subordinación jurídica, citando los trabajos del profesor de la Universidad de Bochum, Alemania, Rolf Wank, que señala *“La sumisión ya no se puede considerar como el elemento característico del asalariado. La necesidad de protección ya no está vinculada a esta sujeción, sino al hecho de depender económicamente de un solo empresario.”*⁴¹ Criterio que se complementa con otros elementos de la dependencia económica como son la prestación personal en una sola empresa o grupo empresarial, sin el aporte de herramientas y material y, la integración en una organización ajena.

Estas tesis enfrentan de manera decidida los fenómenos de la globalización y la flexibilización, y su consecuencias específicas en el ámbito de las relaciones laborales, como son el uso de contratistas para evadir la responsabilidad del beneficiario de las obras o servicios; y la externalización de labores propias del objeto de la contratante, mediante la cual un trabajador que se encuentra en situación de dependencia económica, es excluido de los beneficios del Derecho del Trabajo.

⁴¹ ESPINOZA PRIETO, Antonio. Contribuciones a la reforma laboral. Op. cit., p. 316.

CAPÍTULO II

EL ENCUBRIMIENTO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

2.1 La relación de Trabajo encubierta o disfrazada.

En el contexto de competitividad descrito⁴², algunos empresarios han optado por ocultar o deformar sus relaciones de trabajo tratando de ubicarlas en el ámbito del derecho civil, mercantil o cooperativo, a fin de escapar de las obligaciones que en el orden económico y social establece la legislación del trabajo, así como burlar las limitaciones a su libertad de acción (por ejemplo, al poder de despedir) frente a los trabajadores y las acciones colectivas de estos en defensa de sus intereses y derechos.

Con el fin de sustraer a sus empleados de dicha protección “se recurre a múltiples modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, descentralización y deslaborización de la relación de trabajo, que se han confundido desmesuradamente: contratación de trabajadores a través de un tercero, celebración de contratos de trabajo en la forma de contratos civiles o comerciales, constitución de una empresa real o ficticiamente como autónoma con trabajadores hasta ese momento dependientes de la principal, contratación con cooperativas, declaración legal que determinados trabajadores pasan a ser trabajadores independientes si se inscriben como tales en un determinado registro, presunción legal de que determinados trabajadores son autónomos o aún empresas (empresas unipersonales), etc.”.⁴³

⁴² HERNÁNDEZ, Oscar, quizás el autor venezolano que más ha profundizado el tema, comenta “Se invoquen reales o presuntas necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo, pero sin duda buscando o teniendo como efecto la colocación de un trabajador fuera del ámbito de aplicación del Derecho Laboral.” Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación, Ponencia al IX Encuentro del Grupo Bologna, Barquisimeto, 12 al 14 de octubre de 2000.

⁴³ HERNÁNDEZ ALVÁREZ, Oscar. El Trabajo sin tutela en Venezuela.

En efecto constituye una tendencia recurrente, la implementación de “arreglos” contractuales con los cuales se pretende hacer creer a los trabajadores que están realizando un trabajo de manera independiente o autónoma, o que la “modalidad” mediante la cual realizan sus trabajos, conlleva cierta ambigüedad objetiva que les sustrae de la aplicación de las normas laborales.

Así fue advertido por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en 1995: “En Alemania, una primera encuesta realizada para el Ministerio del Trabajo, en 1996-1997, reveló que la relación de trabajo encubierta existe en toda clase de profesiones, sobre todo en los sectores de distribución de bienes y servicios. En la Argentina, un signo de que el empleo disfrazado está en aumento proviene de estimaciones cada vez mayores del empleo no registrado. En Chile, la práctica de no dar contratos por escrito se considera como una forma de evadir la ley y parece que se ha desarrollado especialmente en el caso de trabajadores de pequeñas empresas y microempresas, de temporada y de servicios generales y servicio doméstico, con fuerte componente femenino en las tres últimas categorías. En Hungría parece que entre el 40 y el 45 por ciento de las personas empleadas en el sector privado en 1999 poseía contratos por tiempo determinado o contratos civiles para las llamadas «formas de empleo a bajo costo». En Irlanda, en el curso de las negociaciones relativas al Programa en pro de la Prosperidad y la Equidad se constituyó un grupo de trabajo para investigar el caso de un número creciente de trabajadores independientes cuya condición correspondía más bien a la de asalariados. El fenómeno alcanzó tal proporción en Jamaica que se modificó radicalmente la composición de la fuerza de trabajo. El aumento del empleo disfrazado y, por ende, de la relación de trabajo encubierta, es muy pronunciado en Panamá y se observa sobre todo en ciertos sectores como los de reparaciones y mantenimiento (recientemente privatizados), ventas de distintos tipos y telecomunicaciones. En la Federación de Rusia

son significativas ciertas tendencias, en particular las relativas al empleo ilegal y los contratos civiles, que aumentaron muchísimo durante la última década, especialmente en el sector privado; el empleo disfrazado, al parecer, obedece en buena parte al interés de evitar la aplicación de la legislación del trabajo, de la seguridad social e impositiva. En Sudáfrica ha habido un crecimiento exponencial del trabajo temporal, a cargo de agencias de diversas clases y de «conversión» de trabajo dependiente en trabajo independiente.”

2.2 Principales prácticas de encubrimiento. La tercerización del trabajo.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 instituye una visión de avanzada en la protección de los derechos de los trabajadores⁴⁴ “El Estado establecerá, a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en general, en caso de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.”⁴⁵

Este enunciado sin duda obedece a una realidad histórica, la etapa de flexibilización de las relaciones laborales⁴⁶, signada por una profunda crisis del empleo y la productividad en el país, en la cual el constituyente asumió la defensa de los trabajadores, frente al encubrimiento de las relaciones de trabajo por parte de algunos empleadores, mediante el abuso y la tergiversación de diversas formas tradicionales de prestación.

⁴⁴ En la Constitución Nacional de 1947(Art. 63.13) aparecen ya las figuras de contratista e intermediario y la responsabilidad de estos, así también en la Constitución de 1961 (Art. 88) “la ley determinará la responsabilidad que incumba a la persona natural o jurídica en cuyo provecho se preste servicio mediante intermediario o contratista, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de estos”.

⁴⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) Gaceta Oficial N° 36.860. Caracas, Venezuela

⁴⁶ Etapa Posfordista caracterizada entre otros elementos por la globalización de la economía, la apertura de mercados, el desarrollo de nuevos modelos industriales, la descentralización de actividades productivas y la flexibilización de las relaciones laborales.

La Ley del Trabajo de 1997 (normativa preconstitucional) se refería en cuatro normas específicas a la tercerización del trabajo:

Art. 54. Definición de intermediario.

Art. 55. Definición de contratista

Art. 56. Solidaridad del beneficiario de la obra.

Art. 57. La presunción de inherencia y conexidad.

La novísima Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores (LOTTT), instrumento que encuentra verdadera sintonía con los preceptos protectores constitucionales en torno a las nuevas realidades y necesidades del trabajo, en efecto, y de manera decidida define y prohíbe las prácticas de tercerización como mecanismo de encubrir, defraudar y negar la relación de trabajo y la ley laboral, cuando establece:

Art. 47: “Se entiende por tercerización la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. Los órganos administrativos o judiciales con competencia en materia laboral, establecerán la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en caso de simulación o fraude laboral, conforme a esta Ley”.

Artículo 48. “Queda prohibida la tercerización, por tanto no se permitirá:

1. La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma.

2. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante.

3. Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras.

4. Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil.

5. Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral. En los casos anteriores los patronos o patronas cumplirán con los trabajadores y trabajadoras todas las obligaciones derivadas de la relación laboral conforme a esta Ley, e incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal a los trabajadores y trabajadoras tercerizados o tercerizadas, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo”.

Con esta nueva normativa, Venezuela enfrenta las cada vez más elaboradas modalidades y formas de encubrimiento, la cuales merecen, dentro del fin descriptivo y analítico del presente trabajo, su determinación conceptual a fin de poder identificar su regulación en el ordenamiento jurídico interno.

Contratistas. Constituyen la única excepción a la prohibición legal de tercerización. Están regulados en el artículo 49 de la LOTTT que señala que básicamente tres requisitos para fundamentales para que no sean considerados como tercerizadores: 1º Que medie un contrato de obras o servicios, 2º Que desarrollen su actividad con sus propios

elementos o recursos, y 3º Que posean personal bajo su dependencia. Generalmente se exige que el contratista posea capital, patrimonio y recursos para responder por sus obligaciones y por los riesgos, además de contar con sede propia, autonomía organizativa y técnica.

Esta figura ha sido utilizada en la práctica para evadir no tanto las obligaciones de índole laboral, o la solidaridad del beneficiario de las obras, sino para poner a los trabajadores en situaciones desiguales respecto de los beneficios salariales y prestacionales de los trabajadores de la contratante, por ejemplo, evadiendo la aplicación de un convenio colectivo, no obstante que estos de manera efectiva se incorporan dentro de los procesos habituales y esenciales de la empresa contratante. Esta forma de subcontratación, cuyo fin es evidentemente bajar costos, pareciera encuadrar en el supuesto de tercerización del numeral 2º del Art. 48 de la LOTTT.

Ejemplos claros de contratistas, en Venezuela podemos observarlos en el sector transporte, la vigilancia o el mantenimiento.

En los últimos años se ha popularizado la expresión “outsourcing” que literalmente se traduce como “recursos externos” figura muy similar a la del contratista con una diferencia esencial, como señala Juan Raso Delgue⁴⁷: “En la contratación común, el empresario actúa como cualquier cliente que elige bienes y servicios producidos en forma independiente por un tercero (contratista). En el Outsourcing el empresario ejerce una injerencia de hecho en la producción de bienes y servicios del tercero: vigila, da indicaciones, interviene, ejerce en definitiva un **verdadero poder de control** emparentado con el tradicional poder de dirección y sigue reteniendo la conducción y organización **de todo el ciclo productivo**”.

⁴⁷ RASO DELGUE, Juan. “La descentralización empresarial y el Derecho del trabajo, en 42 Estudios sobre la descentralización empresarial y del derecho del Trabajo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2000. p. 38

Esta figura ha sido empleada en diversos sectores económicos en Venezuela como medio para disfrazar las relaciones de trabajo, lo que ha devenido en una serie de sentencias por parte de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, que ha declarado la existencia de la relación laboral.⁴⁸

Los subcontratistas. El artículo 50 de la LOTTT establece que “La responsabilidad del ejecutor o ejecutora de la obra o beneficiario del servicio se extiende hasta los trabajadores contratados y trabajadoras contratadas por subcontratistas, aun en el caso de que él o la contratista no esté autorizado o autorizada para subcontratar; y los trabajadores o trabajadoras referidos o referidas gozarán de los mismos beneficios que correspondan a los trabajadores empleados y trabajadoras empleadas en la obra o servicio”⁴⁹.

La subcontratación de empresas obedece a necesidades de desconcentración de actividades especializadas dentro de una obra o servicio, lo cual no obsta para que el subcontratista cumpla todos los requisitos o condiciones exigidas al contratista, en efecto, este es responsable de sus trabajadores y de las obligaciones laborales, pero el efecto específico de esa responsabilidad, se extiende por efecto de la ley hasta el contratista o ejecutor, e incluso al beneficiario de la obra.

Intermediación. Se trata de la participación de un tercero, que no alcanza a llenar los requisitos del contratista, en la contratación de personal al servicio de una persona o empresa. Esta figura ha sido prohibida de manera taxativa por la LOTTT por considerarla una forma de

⁴⁸ Sentencia del 31 de mayo de 2001, caso: Diposa. Para un mayor análisis, ver ESPINOZA PRIETO, Antonio. El principio de la primacía de la realidad o de los hechos y el pecado contra el ideal. UCAB. Publicaciones UCAB. Caracas-Venezuela, 2011. pp. 507-520

⁴⁹ En Chile el Código del Trabajo (Art. 63) establece que esta responsabilidad es subsidiaria, mientras que en Panamá (art. 89 Código del Trabajo) es de carácter solidario como en Venezuela.

tercerización, sin embargo se encontraba prácticamente en desuso ya que las empresas de trabajo temporal ETT (la forma de intermediación de mano de obra más usada en diversos países) se convierten en simples intermediarios, no excluyendo la responsabilidad de la persona o empresa que recibe los servicios.

Las Empresas de Trabajo Temporal. Esta forma intermediación se venía utilizando en Venezuela como consecuencia de los procesos de desconcentración laboral propios de la globalización, donde se utilizaron figuras como la subcontratación, externalización e intermediación y cuyo funcionamiento y objetivos fueron reglamentados en 1999. (Art. 23 al 28) “la utilización de este tipo de empresas se entendió como una fórmula para generar empleos, que permitiría la reactivación económica que tanto se esperaba en el país, y no como posteriormente fue vista, una manera de precarizar el trabajo”.⁵⁰ Perder de vista el objeto de esta figura, su correcto manejo trajo un mal mayor, el auge de empresas contratistas y cooperativistas sin control real del Estado sobre su solvencia económica o la garantía sobre los beneficios prestacionales y los riesgos laborales, que se dedican a proporcionar mano de obra sin calificación alguna, y en condiciones desfavorables y riesgosas para sus trabajadores.

Las cooperativas. El trabajo cooperativo consiste en la conjunción de un grupo de personas que desarrollan con sus propios medios, una serie de productos y servicios con el fin de mejorar sus condiciones económicas y sociales a través de una justa distribución de la riqueza y beneficios entre sus socios. Según establece la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, artículo 34: “los asociados que aportan su trabajo en las cooperativas tiene vínculo de dependencia con la cooperativa y los anticipos societarios no tienen condición de salario. En

⁵⁰ BONTES CALDERON, Irma. Tercerización o nuevas formas de trabajo. Realidad legislativa venezolana: ¿deben regularse o eliminarse? Derecho del trabajo y de la seguridad social. UCAB. Publicaciones UCAB. Caracas-Venezuela, 2011. p. 309

consecuencia, no están sujetos a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes...” Con lo cual se instituye un sistema independiente y ajeno a la legislación del trabajo. Como comenta el Dr. Oscar Hernández Álvarez “Esta disposición altamente desreguladora, crea un sector de la población laboral no sujeta a la tutela legislativa y judicial del Estado, determinante para que muchos empresarios constituyan “cooperativas” a fin de incorporar a ellas a trabajadores que estaban en su nómina, descargándose así de sus obligaciones laborales”⁵¹.

Este sistema ha contribuido al establecimiento de una forma de tercerizar el trabajo por parte de diversas empresas, que utilizando “contratistas disfrazadas” evaden sus obligaciones laborales.⁵²

Necesaria es una revisión, a la luz de la protección establecida en la LOTTT, sobre los fines del sistema cooperativista en el país, a fin de establecer garantías específicas a los trabajadores “socios” de estas cooperativas y evitar la tercerización del trabajo por esta vía; estableciendo condiciones para su formación y funcionamiento, que permitan frenar la actual tendencia de crear una cooperativa para obtener mano de obra menos costosa.⁵³

⁵¹ HERNANDEZ, Oscar, HERNANDEZ, María Laura. Descentralización empresarial y responsabilidad laboral. UCAB. Publicaciones UCAB. Caracas-Venezuela, 2011. p. 661

⁵² Un caso importante es el de los maleteros del Aeropuerto Internacional de Maiquetía, a los que el IAAIM no les reconoce su condición de trabajadores, ya que los mismos conformaron una cooperativa (a requerimiento del mismo IAAIM), pretendiendo excluirlos de la protección de la ley laboral, alegando su condición de cooperativistas, y el hecho de ser pensionados por el Estado.

⁵³ Es además un tema establecido en la Política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, contenida en la R198 OIT de 2006.

2.3 El encubrimiento en la rama de industria de la construcción

Específicamente en la industria de la construcción, el fenómeno del encubrimiento ha venido presentando un notable aumento, de acuerdo con un informe de la OIT⁵⁴ que destaca el “crecimiento en la subcontratación de actividades y la intermediación de mano de obra, con fuerte expansión del recurso a agencias de colocación, a trabajadores por cuenta propia y a trabajadores autónomos en apariencia.”

Algunos de los casos más resaltantes los podemos sintetizar en el siguiente esquema tomado del Informe V de la Conferencia internacional del Trabajo de la OIT. 91º reunión de 2003. “El ámbito de la relación de trabajo” Quinto punto del orden del día.

Trabajadores dependientes e independientes en la industria de la construcción

Alemania. Es usual que los trabajadores sean asalariados. Toda relación de trabajo encubierta es fácil de detectar si la persona trabaja para una sola empresa. La situación es distinta cuando la empresa trabaja para diversas compañías, sin distinción, no dispone de sus propios empleados, y no puede considerarse que sea realmente una empresa. En tales casos, el personal se compone de «cuasi-asalariados».

Argentina. En el 53 por ciento de los casos la mano de obra está compuesta de trabajadores dependientes al servicio de contratistas o subcontratistas. Cada vez es mayor el número de trabajadores no registrados: 55 por ciento en 1991 y 70 por ciento en 1997. Los trabajadores por cuenta propia representaban el 42 por ciento del total en 1997. De esa proporción, un quinto estaba en situación de estrecha dependencia de sus clientes; el 12 por ciento tenía un solo cliente y el 8 por ciento, varios clientes fijos.

Australia. El sistema se basa sobre todo en la subcontratación de empresas o de trabajadores independientes especializados en determinadas operaciones.

El Salvador. La práctica habitual es la contratación de trabajadores por contratistas, subcontratistas o intermediarios, cada vez para determinada obra. La mano de obra es retribuida por pieza.

Estados Unidos. Industria caracterizada por trabajadores independientes que prestan servicios a una sucesión de empleadores, la mayoría de ellos pequeños contratistas. El ingreso de los trabajadores dependientes y de los independientes es similar, pero estos últimos están en desventaja en cuanto a seguros de enfermedad y planes de retiro.

Finlandia. En su mayoría, la mano de obra está compuesta de trabajadores por cuenta propia o que trabajan al servicio de contratistas. Es común la existencia de contratos de duración determinada. Es frecuente la rotación de una obra a otra. Los trabajadores migrantes (en especial

⁵⁴ *La industria de la construcción en el siglo XXI: su imagen, perspectivas de empleo y necesidades en materia de calificaciones.* Informe para discusión en la Reunión tripartita, Ginebra 2001, TMCIT/2001, op.cit., págs.15-20 en: <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/sector/techmeet/tmcit01/tmcitr.pdf>. consulta realizada el día 22 de Julio de 2013 a la 1:46 p.m.

de la Federación de Rusia y Estonia) no hablan finlandés, no conocen sus derechos, ganan menos que los nacionales (suelen recibir menos que el salario mínimo) y no están sindicados.

India. La construcción es la segunda actividad económica en orden de importancia, y la caracteriza su informalidad. Hay 200 grandes empresas y departamentos gubernamentales que se dedican a esa actividad, junto con unos 90.000 contratistas de clase A y cerca de 600.000 empresas de contratistas y subcontratistas. Los «mistris» y «jamadars» sirven de intermediarios entre los trabajadores sin calificaciones en busca de trabajo y los contratistas. Las mujeres representan entre el 30 y el 40 por ciento de la fuerza de trabajo total. Se observa que abunda el esquema de relación de trabajo: propietario-contratista-subcontratista-trabajador. Los trabajadores son explotados a causa de su analfabetismo, pobreza, atraso social y carencia de calificaciones y de organización e información. La tasa de afiliación sindical es muy baja a raíz de que el trabajo en la industria de la construcción es de naturaleza estacional y obliga a migrar; también puede atribuirse a que las obras se llevan a cabo en lugares muy dispersos y a que los trabajadores temen ser víctimas de represalias por los «jamadars» y los contratistas. Salarios: son los mínimos o inferiores a los mínimos. Muchas tareas se llevan a cabo en lugares inhospitalarios y en condiciones que las hacen penosas y expuestas a riesgos. No se cumplen las leyes y la inspección del trabajo es inadecuada.

Italia. Salvo en algunas actividades, el trabajo independiente no existe en la práctica. Suele plantearse la cuestión de si el contratista es genuino o no y de quién es el verdadero empleador.

Japón. Hay diferencias de práctica, según se trate de trabajadores calificados o no calificados. Los primeros pueden emplearse en calidad de pequeños empresarios que parecen ser independientes, o pueden aceptar un empleo asalariado, sea directamente o por conducto de un contratista. Hay contratos orales que no están sujetos a reglas claras. Hay 6,85 millones de personas que trabajan en la industria de la construcción y 560.000 compañías habilitadas por estar registradas, muchas de ellas formadas por trabajadores calificados. Los sindicatos han negado que trabajadores de la industria sean independientes.

Los trabajadores no calificados son asalariados en su mayoría y muchos de ellos están afiliados a sindicatos y amparados por contratos colectivos.

Nepal. Los contratistas suelen ser extranjeros; recurren a subcontratistas locales que a su vez reclutan trabajadores de pequeñas empresas contratistas, a menudo sin habilitación oficial, encabezadas por «naikeas», o sea jefes de cuadrillas de trabajadores. Las mujeres ganan menos que los hombres y no logran ascender durante toda su vida activa, pues siguen siendo «auxiliares» mientras sus cónyuges logran una promoción.

Tailandia. A raíz de la crisis financiera está disminuyendo la fuerza de trabajo. El empleo reviste diversas formas, pero son comunes las relaciones ambiguas o encubiertas con pequeños contratistas; es usual que éstas existan entre miembros de una misma familia o aldea, sin que haya una cadena de mando muy precisa. Debido a la influencia de la dependencia o la gratitud, tienen dificultad en defender sus derechos y reclamar las ventajas que les corresponden. Los trabajadores cambian de contratista sin recibir ningún beneficio.

Los propietarios suelen no ocuparse directamente del trabajo y no creen ser responsables de sus trabajadores. Los trabajadores ganan menos que el salario mínimo y las mujeres reciben salarios inferiores.

Fuentes: Alemania (pág. 45); Argentina (págs. 46-47); Australia (pág. 59 y siguientes); El Salvador (pág. 43); Estados Unidos (págs. 25-29 y 97-100); Finlandia (pág. 46); Italia (pág. 13); Japón (págs. 13, 23 y 33), y Tailandia (págs. 57-62). Acerca de la India, véase Second National Commission on Labour: Report, junio de 2002, párrafos 2.155-2.181 (puede consultarse en: http://www.labour.nic.in/comm2/nlc_report.html), y Vaid, K. N.: «Contract labour in the construction industry in India», en Naidu, D. P. A. (publicado bajo la dirección de): Contract labour in South Asia (Ginebra, OIT, 1999), págs. 3-71. Acerca de Nepal, véase OIT: Informal labour in the construction industry in Nepal (Ginebra, OIT, Sectoral Activities Department Paper, 2002, págs. 26 y 46).

Bajo este esquema descriptivo, la situación en Venezuela podría caracterizarse por: la intervención decisiva del sector público en la construcción, que ha hecho que muchos privados, se hayan convertido en gestores que se encargan de coordinar y gestionar, en muchos casos por afinidades políticas y con escaso conocimiento de esta rama de industria, los proyectos de construcción, a través de la subcontratación, tercerización y externalización de labores a fin de evadir los costos de la legislación laboral y evitar los riesgos de la inversión en un país con una dinámica que proporciona pocas garantías para el capital privado.⁵⁵ Por lo general se trata de pequeñas empresas a las que el Estado les encarga la construcción de diferentes urbanismos, cuyos recursos son administrados por consejos comunales⁵⁶, que a su vez subcontratan personal o cooperativas de manera por lo general informal, en muchos casos un jefe de cuadrilla recibe los pagos por los trabajos de 4 o 5 obreros, o un padre de familia por su trabajo y el de sus hijos, lo que acarrea problemas en cuanto a sus beneficios laborales, las condiciones de trabajo, de higiene y seguridad.

⁵⁵ En el año 2010 el Presidente de la República Hugo Chávez, ordenó la intervención de diversas obras de construcción de viviendas, así como de las empresas constructoras en virtud de diversas denuncias de estafa inmobiliaria. Para el año 2013 el estado sigue sin indemnizar a las constructoras por la expropiación-Intervención-confiscación a la que fueron sometidas. Las viviendas fueron en muchos casos entregadas a familiares de funcionarios de este organismo, como fue afirmado por su Presidente Eduardo Samán: "Luego de atender una serie de denuncias hechas por familias estafadas por las constructoras privadas, el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Indepabis), trabaja en el esclarecimiento de situaciones irregulares en las que algunos funcionarios, aprovechándose de su responsabilidad, asignaron viviendas a familiares y amigos. Disponible en: http://www.mnv.gov.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=16201:indepabis-interviene-irregularidades-con-asignacion-de-viviendas-recuperadas-de-stafa&catid=28:economia&Itemid=85. Consulta realizada el 22 de Julio de 2013 a las 2:11 p.m.

⁵⁶ En obras de construcción de viviendas en el este de la ciudad de Caracas (Gran Misión vivienda Venezuela), los recursos son "bajados" a los consejos comunales quien no admiten la presencia de sindicatos de la construcción en las obras, y utilizan miembros de las fuerzas armadas para "resguardar" las obras de la presencia de estos.

CAPITULO III

EL CASO DE LOS ALBAÑILES DEL GRUPO EIFFEL

Desde mediados de 1995 el grupo de empresas reunidas bajo la denominación de “GRUPO EIFFEL”⁵⁷ inició las labores de construcción en jurisdicción del Municipio Plaza del Estado Miranda, en la Ciudad de Guarenas, de un complejo urbanístico denominado Urbanización Nueva Casarapa; uno de los complejos urbanísticos más grandes del país dirigido a satisfacer las necesidades de vivienda de un vasto sector (sectores c y d de acuerdo con el estudio del Instituto Nacional de estadística de la población de Caracas y los Estados Miranda y Vargas).⁵⁸

3.1 Elementos determinantes de la relación de trabajo.

En la construcción se empleó personal obrero especializado (albañiles, electricistas, carpinteros, pintores, impermeabilizadores, graniteros entre otros) a través de contratos verbales a tiempo indeterminado; entre estos trabajadores se encontraba un grupo de albañiles con gran experiencia en la construcción, con los cuales se convino la modalidad remunerativa de salario estipulado por unidad de obra, donde el grupo tomaba en cuenta las obras realizadas por los trabajadores, sin usar como medida el tiempo empleado para ejecutarlas.

De este modo, ambas partes establecieron la remuneración (generalmente se establece como medida el metro lineal de obra) por

⁵⁷ El Grupo Eiffel comprende unas 16 empresas dedicadas a la planificación y construcción de viviendas, así como otras actividades propias de la administración de los conjuntos urbanísticos: vigilancia, jardinería, condominios, servicios públicos, entre otros. El grupo es creado y dirigido por la familia Azpúrua, reconocidos empresarios y gremialistas del sector construcción y financiero de Venezuela.

⁵⁸ Disponible: http://www.ine.gov.ve/index.php?option=com_content&id=351&Itemid=26&view=article

unidad de obra terminada, la cual se evalúa y cancela periódicamente, a través de depósitos en una cuenta de nómina.

Durante la relación entre las partes, era práctica común por parte de la empresa mantener nóminas paralelas de trabajadores a los cuales se les cancela un salario a destajo o por unidad de obra, pero sin pagarles ningún tipo de beneficio legal ni contractual.

Se indicó a los trabajadores que les sería pagado según su producción como “contratistas”, y en algunos casos se les instó a conseguir personal para que les ayudara a efectuar los trabajos, pagando la empresa a los “responsables” de una “cuadrilla”, el trabajo de todo un grupo de personas, desvinculándolo del resto de personal. (Generalmente se trata de trabajadores que laboran de manera individual y en algunos otros casos conjuntamente con un hijo, o uno o dos amigos del sector donde habitan, que posean nociones básicas de albañilería, los que le sirven de ayudantes).

Como los ingresos para el trabajador, o de este y su ayudante, solían ser superiores a los que la contratación colectiva establece en su tabulador de oficios y salarios para un cargo idéntico⁵⁹, le era retenido parte de su remuneración, siéndole pagada generalmente al final de cada año, cuando los obreros se encuentran a la espera de sus “utilidades” las cuales son usadas para los gastos de la temporada decembrina.

⁵⁹ Algunas de las empresas que disfrazan la relación de trabajo, pertenecen a las áreas más productivas de la economía y por ello ofrecen mejores condiciones salariales a sus trabajadores, por lo que el fraude tiene por objeto disminuir la incidencia prestacional que esos altos ingresos tuviesen, de ser considerado salario, y al mismo tiempo son esos ingresos el incentivo para que los trabajadores suscriban documentos que pueden sustentar el disfraz de la relación de laboral

Desde finales del año 2007 el GRUPO EIFFEL mantenía reuniones con los trabajadores instándoles a constituir sociedades mercantiles⁶⁰, pues “pasarían” de ser trabajadores a contratistas, pero ante la negativa de estos a constituir compañías, se les impidió la entrada a las obras hasta tanto no regresaran con los registros mercantiles de sus empresas, lo cual supuso un despido directo por parte del patrono al abusar de su posición económica, pretendiendo hacer desaparecer la relación laboral, a través de la exigencia a sus trabajadores de participar en un fraude a la ley.

Ante esta situación los trabajadores buscaron asesoría legal, iniciando una serie de demandas ante los tribunales laborales de Caracas a fin de que les fuera reconocida su condición de trabajadores y en consecuencias les fueren pagadas sus prestaciones sociales y demás beneficios derivados de la relación laboral.

La acción fue fundamentada en el principio de la primacía de la realidad o de los hechos, y en demostrar la concurrencia de los elementos característicos de la relación laboral de conformidad con la ley.

Por su parte, en el libelo de contestación, las codemandadas alegaron las siguientes defensas:

⁶⁰ Ciertas empresas en el campo de la construcción, en función de los altos ingresos del personal contratado por unidad de obra, les instan a crear compañías para que celebren contratos de empresa a empresa. También ocurre que la empresa contrata civilmente obras con personas individuales, quienes a su vez contratan sus propios trabajadores (Ateniéndose a lo estipulado en el Art. 1630 del Código Civil, donde el contratista no pierde su condición por razón de su carácter individual), realizan los trabajos de forma autónoma por un determinado precio, pretendiendo que se considere la relación fuera del ámbito de la legislación laboral, y a través de esta figura se sustente el mecanismo de fraude.

1. Desconocieron la existencia de una relación de naturaleza laboral, señalando que los demandantes eran contratistas que mediante sus propios medios técnicos y personal se dedicaban a la contratación de obras (argumento que utiliza el Dr. Oscar Hernández Álvarez en su obra El Trabajo sin tutela en Venezuela. FCJP. UCV. (2002) Págs. 17 y 18 para significar el sin sentido del trabajo personal, con dependencia económica, pero autónomo por carecer del elemento subordinación).

2. Señalaron que los actores nunca prestaron sus servicios personales y directos para el grupo, por el contrario, éstos sólo organizaban el trabajo de quienes efectivamente prestaron servicios en su nombre y cuenta.

3. Negaron que la contraprestación recibida por los demandantes debiera ser calificada como salario estipulado por unidad de obra, pues ésta correspondía a honorarios causados como contratistas, por los servicios de acabado de obras.

Detallaron además lo que a su entender son una serie de indicios capaces de desvirtuar la naturaleza laboral de la relación:

A. Forma de determinar el pago: Señalaron que el pago estaba determinado por la cantidad de metros cuadrados efectuados, cuyo costo, según su decir era estimado por los demandantes.

B. Participación en multiplicidad de obras: Señalaron que los mismos ejecutaban obras en diversas obras.

C. Garantías económicas por los servicios prestados: Señalaron la empresa que las retenciones efectuadas a los demandantes del 30% de su ingreso correspondía a una garantía de fiel cumplimiento de la calidad de las obras ejecutadas.

D. Cuantificación de las ganancias percibidas: Señalaron que no era posible que un grupo de albañiles ganara por encima de lo que se establece normalmente de conformidad con el tabulador de oficios y salarios del contrato colectivo de la industria de la construcción.

3.2 La decisión de los Tribunales del Trabajo.

Tal y como ha sido detallado en los antecedentes del presente trabajo, la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, así como los tribunales de instancia venezolanos, han venido adoptando a los fines de establecer la existencia o no de una relación de trabajo, la lista de criterios, o indicios, propuesta en el proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que la Conferencia de la OIT examinó en 1997 y 1998 como herramienta que permite distinguir lo fraudulento de lo que no lo es, en cada caso en particular, clarificar las situaciones ambiguas, y por esta vía extender la protección de la legislación laboral a quienes en principio estarían ejecutando trabajos o prestando servicios en virtud de una relación de naturaleza civil o comercial.

Así es advertido de una de las sentencias del caso bajo análisis, que estableció:

...“por otra parte, este juzgador en aplicación del test de laboralidad⁶¹, deja establecido lo siguiente: En cuanto a la forma de determinar el trabajo, ha quedado plenamente demostrado que las condiciones fueron establecidas entre las partes de mutuo acuerdo; en relación a la forma de efectuarse el pago, éste se le hacía a la accionante, tal como se desprende de autos, mediante recibos que fueron reconocidos por las codemandadas en la audiencia de juicio, cuyos montos mensuales varían dependiendo de la cantidad de metros cuadrados realizados por la parte actora. En cuanto al salario devengado por la parte actora, este Tribunal tomará en cuenta los salarios promedios mensuales señalados en el libelo de las codemandadas, que a decir del actor, son los devengados semanalmente y los mismos no fueron desconocidos por las codemandadas, por el contrario, presentaron los mismos recibos como prueba...”

“...en cuanto al servicio prestado, y siendo carga para las codemandadas, al señalar que la parte actora delegara el trabajo en terceras personas y al no demostrarlo, concluye quien decide que éste era realizado

⁶¹ Como señala el Maestro Antonio Espinoza Prieto es un dislate confundir la teoría del haz de indicios con el test de laboralidad “Este último es de carácter restrictivo, porque es un instrumento de defensa del empleador, sobre quien pesa el onus probando, dotándole de elementos fácticos para que pueda, en fase probatoria, desvirtuar la presunción de laboralidad que el artículo 65 (LOT 1997) otorga a la prestación de servicio. El haz de indicios por el contrario es el acervo del trabajador para acentuar el carácter indubitable de la relación de trabajo. El test es el hecho que niega la existencia, el haz de indicios es el acopio positivo que la afirma. ESPINOZA PRIETO, Antonio. Contribuciones a la reforma laboral. Editorial Buchivacoa. Caracas-Venezuela. (2010) Págs. 85-86

de manera personal por los hoy accionantes en las instalaciones de las codemandadas; en relación a la supervisión y control disciplinario, observa este juzgador que por el solo hecho de estar los accionantes prestando sus servicios en las instalaciones de las empresas codemandadas, es lógico suponer que había un control directo de sus representantes con relación a los accionantes; en relación al suministro de herramientas y materiales para prestar el servicio, los propios accionantes manifestaron que los mismos eran suministrados por las codemandadas, razón por la cual es lógico pensar que quien asumía los gastos referidos, eran las codemandadas, es decir, las codemandadas asumían los riesgos, lo que indica que en el vínculo que existió entre las partes, estaba presente el elemento de ajenidad, típico de toda relación de trabajo; en lo que respecta al elemento de exclusividad, por interpretación en contrario el accionante sólo prestaba servicios personales para las codemandadas, pues no se desprende de autos que la parte actora prestare servicios simultáneos para otras empresas donde se realicen servicios inherentes a la construcción, con lo cual no quedó desvirtuado el carácter salarial de tal contraprestación, no estando éste sujeto a condición alguna.

Del contenido de la sentencia parcialmente transcrita, puede verificarse como la jurisprudencia venezolana, siguiendo los postulados de la ampliación del ámbito subjetivo de la relación de trabajo que plantea la OIT en la R198, viene acogiendo en sus decisiones la compilación de elementos que proporciona el haz de indicios como mecanismo capaz de desenmascarar las relaciones de trabajo encubiertas.

El elemento común de los fallos de instancia que sirvió de fundamento para la aplicación de estos mecanismos, fue el mandato del numeral 1º del Artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que ordena la prevalencia de *la realidad sobre las formas* en toda relación laboral, a través del cual, los jueces verificaron la existencia y conjunción de los elementos característicos de toda relación de trabajo en cada caso específico, avaluando la modalidad de la prestación y sin perder de vista la orden constitucional de tratar al trabajo como un hecho social, que goza de la protección especial del Estado; haciendo prevalecer tal y como lo contempla la R198, “los hechos relativos a la ejecución el trabajo”. Así puede ser constatado en todas y cada una de las sentencias proferidas.

3.3 La tutela judicial efectiva frente a la realidad política venezolana.

Tras varios años de lucha en los tribunales laborales, diversos elementos extrajudiciales han hecho imposible lograr una tutela judicial efectiva y cumplir con el objetivo de todo proceso laboral, como lo es la sentencia definitiva y la ejecución de la misma.

Con la intervención del gobierno nacional, a través del Ministerio de Hábitat y Vivienda, el INDEPABIS, entre otros organismos del Estado, de varios de los conjuntos habitacionales del GRUPO EIFFEL, (Urbanizadora Nueva Casarapa en Guarenas, Constructora Metro Urbe I en el Encantado, Macaracuay, Caracas, Constructora Gran Valle de Chara y Constructora Terrazas de Salamanca en Los Valles del Tuy, Constructora Terrazas de Guaicoco en Mariches, Caracas, Administradora San Nicolás de Bari en Guarenas) y el nombramiento de juntas administradoras que poseen la administración y dirección de sus recursos financieros, inmuebles, maquinarias, etc., la toma por parte de la Alcaldía Bolivariana del Municipio Plaza del Estado Miranda (Guarenas) de las Oficinas de Condominio de la Urbanización Nueva Casarapa y el cierre de su oficina principal en Caracas, ha sido imposible lograr el pago a los trabajadores de sus derechos laborales, ya que los jueces han preferido paralizar las causas en estado de ejecución, **ya que podrían existir** (según argumentan sus sentencias interlocutorias que han paralizado las causas en estado de ejecución) **intereses del estado en relación con la empresas intervenidas**, no obstante que el Decreto-Ley de la Procuraduría General de la República, establece “Artículo 95. El Procurador o Procuradora General de la República puede intervenir en aquellos juicios en los que, si bien la República no es parte, son afectados directa o indirectamente los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República” que para que dicho interés pueda ser opuesto es necesario que se trate de empresas que hayan pasado a ser del estado o en las

cuales este tenga una participación accionaria decisiva, circunstancias que no se dan en los juicios comentados, pero sin embargo han obstado en la voluntad de cumplir con la ley del trabajo por parte de quienes se ocupan de administrar justicia en la jurisdicción laboral venezolana, quizás en interés de su propia estabilidad laboral, quienes interpretando la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 25 de febrero de 2011, con Ponencia del Magistrado Juan José Mendoza Jover (Yolimar Mendoza Mercado. Exp. No. 10-1425), la cual que ordenó:

“Atendiendo a dicha normativa, que prevé el deber de notificar a la Procuraduría General de la República de toda oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales de la República, y visto que en la actualidad, en función de la utilidad pública y social, se lleva a cabo un proceso de estatización de empresas relacionadas con la productividad nacional y actividades de interés social, esta Sala estima preciso señalar, con carácter vinculante, la obligación a todos los Tribunales de la República de paralizar aquellas causas en las cuales se encuentre como sujeto procesal una empresa privada relacionada con la productividad nacional y actividades de interés social, que haya pasado a ser del Estado o en el cual éste tenga una participación decisiva, y en los cuales no se haya efectuado la notificación de la Procuraduría General de la República, para la

continuación de los juicios respectivos”.

(Subrayado ajeno a la cita)

Que la paralización de las causas no es para notificar a la Procuraduría General de la República, y así continuar con los respectivos juicios, sino que la sentencia ordena paralizar las causas (indefinidamente) en las cuales el Estado fuere parte en función del interés público.⁶²

⁶² Pareciera vano enunciar y aplaudir el avance de la ampliación del ámbito de la relación de trabajo y la aplicación de una herramienta como el haz de indicios, si no se cuenta con un poder judicial autónomo y capaz, decidido a hacer cumplir la Constitución y la Ley frente a los intereses del sector privado y el poder del sector público.

Capítulo IV. Los retos de la protección de la relación de trabajo frente al encubrimiento a través de las nuevas modalidades de prestación personal en el sistema socialista venezolano.

El Derecho del Trabajo en Venezuela, con sus fines igualitarios y proteccionistas, tiene hoy un reto mayor al que le tocó enfrentar el siglo pasado, que se caracterizó por los ataques del sector privado, con su deificación del mercado y sus prácticas de flexibilización y desregularización que pretendían “relaciones laborales sin sindicatos, a salarios fijados por la mano invisible del mercado, la desaparición de los límites de la jornada, la liquidación de la estabilidad y la minimización o desaparición de la contratación colectiva”⁶³.

El sector privado ha venido perdiendo poder frente al sector público, y su peso específico como empleador, ha venido disminuyendo de manera constante y acelerada en los últimos años, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística (INE) en el año 2000 existían en Venezuela 463.945 empresas privadas, para el año 2010 su número llega a unas 357.478, lo que significa una reducción del 23% en una década, tendencia que se ha agravado y acentuado aún más en los dos últimos años⁶⁴ paralelamente a esto, los sectores que han venido creciendo en los últimos años son: el sector informal no dependiente y carente de protección social y el sector comercial, caracterizado por nóminas pequeñas de trabajadores con escaso desarrollo organizativo y capacidad para generar mejoras en las condiciones de trabajo a través de la acción sindical, personal con escasa preparación y salarios bajos.

Este panorama hace necesario analizar la protección de los trabajadores, en relación con el encubrimiento de la relación de trabajo, en el marco de las nuevas tendencias de expansión social del trabajo en

⁶³ ITURRASPE, Francisco. Desarrollo y crisis del movimiento sindical. UCV. Caracas, 1999. p. 149

⁶⁴ “Mercado laboral pierde empleadores” El Universal, 02 de Agosto de 2010. Disponible en www.eluniversal.com/2010/08/02/ecoartmercadolaborlpier1991947.shtml

el sistema económico socialista venezolano, describir sus finalidades y sus nuevos actores.

4.1 Proyecto Nacional Simón Bolívar, Primer Plan Socialista 2007-2013

El Proyecto Nacional Simón Bolívar, Primer Plan Socialista 2007-2013⁶⁵ busca consolidar un cambio en la estructura social, política y económica del país, donde “El Estado conservará el control total de las actividades productivas que sean de valor estratégico para el desarrollo del país y el desarrollo multilateral y de las necesidades y capacidades productivas del individuo social” y “la producción en la búsqueda de lograr trabajo con significado se orientará hacia la eliminación de la división social del trabajo, de su estructura jerárquica actual y a la eliminación de la disyuntiva entre satisfacción de necesidades y producción de riqueza”

⁶⁶ .

Las nuevas tendencias de prestación de servicios impulsadas a través de este sistema de producción socialista son:

4.1.1. Las Empresas de Producción Social (EPS). Tal y como establece el Proyecto Nacional Simón Bolívar, Primer Plan Socialista 2007-2013, el modelo productivo estará conformado básicamente por empresas de producción social (EPS); según decreto N° 3.895 sobre desarrollo endógeno y empresas de producción social, publicado en la Gaceta Oficial N° 38.271 del 13 de Septiembre de 2005, estas empresas “son unidades de producción comunitaria, que tienen como fin generar

⁶⁵ Con la promulgación del paquete de leyes socialistas, en 2010 (Ley Orgánica del Poder popular, Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular, Ley Orgánica de Contraloría Social, entre otras, el gobierno establece la transición hacia el “socialismo del siglo XXI” a través del Proyecto Nacional Simón Bolívar, Primer Plan Socialista 2007-2013, que establece el desarrollo económico y social de la nación, y es sin duda la constitución material y real del país, que sirve además como interpretación de la Constitución formal aprobada en 1999 por el pueblo venezolano en estas áreas.

⁶⁶ PROYECTO NACIONAL SIMÓN BOLÍVAR, Primer Plan Socialista 2007-2013. Presidencia de la República. Caracas, 2007

bienes y servicios que satisfagan las necesidades básicas y esenciales de la comunidad y su entorno, incorporando a los integrantes de las misiones, privilegiando los valores de solidaridad, cooperación, complementariedad, reciprocidad, equidad y sustentabilidad, ante el valor de rentabilidad o de ganancia.”

De donde puede inferirse que los prestadores de servicios en este tipo de empresas no se considerarán trabajadores, y no estarán amparados por la normativa laboral, en virtud de los fines sociales que se persiguen.

4.1.2 Las cooperativas. Establece la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, artículo 34: “los asociados que aportan su trabajo en las cooperativas tiene vínculo de dependencia con la cooperativa y los anticipos societarios no tienen condición de salario. En consecuencia, no están sujetos a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes”. Señala también el artículo 36: “Las cooperativas podrán, excepcionalmente contratar los servicios de no asociados, para trabajos temporales que no puedan ser realizados por los asociados. Esta relación se regirá por las disposiciones de la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y terminará cuando estos trabajadores se asocien a la cooperativa”.

La jurisprudencia venezolana ha venido considerando esta forma de prestación de servicios como extraña al ámbito de protección de la relación laboral, así tenemos el caso de los denominados “avances” tanto en las asociaciones civiles, como las cooperativas de conductores, algunos casos son: Sentencia N° 676 de la Sala de Casación Social del 05 de Mayo de 2009, F. Quintana vs Asociación cooperativa mixta conductores unidos Caracas, Guarenas, Guatire. Donde la sala consideró que el “avance” no era trabajador de la cooperativa, sino que le prestó

servicios al propietario del vehículo, criterio que ha sido reiterado en diversas sentencias y que presenta una clara vía para encubrir la relación de trabajo, y más aún en caso de que pudiere establecerse obligaciones contraídas con un particular, en este caso un “socio” de la cooperativa, es evidente que las posibilidades de lograr el pago de sus prestaciones sería, por decir lo menos, imposible.

Luego del apogeo de este tipo de asociación productiva en el año 2004, donde según el Instituto Nacional de Estadística, se agrupaba el 5,8% de la población económicamente activa, como consecuencia de las declaraciones del Presidente de la República donde las calificó como “capitalistas y contrarias a los intereses del pueblo”, se redujeron en un 60,5%⁶⁷; sin embargo han sido mantenidas en algunos sectores claves de la productividad, en la actualidad persisten más de 700.000 trabajadores al margen de la protección de la legislación del trabajo, ya que se ha paralizado el proceso de pasar a fijos a trabajadores tercerizados a través de cooperativas por parte del Estado⁶⁸, solo en la CANTV se mantienen sin ser incorporados a la nómina fija a 3.000 empleados de las cooperativas contratadas que realizan funciones idénticas a las del personal fijo.

4.1.3 Las Empresas Comunales. La Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal del 14 de Diciembre de 2010, establece “las normas, principios, y procedimientos para la creación, funcionamiento y desarrollo del sistema económico comunal, integrado por organizaciones socio productivas bajo régimen de propiedad social comunal”. Las cuales define de la siguiente manera:

Artículo 10. A los efectos de la presente Ley, son formas de organizaciones socioproductivas:

⁶⁷ “Fuerza cooperativa pierde 60,5% de sus integrantes en 6 años” Tomado de El Universal, 27 de Abril de 2010.

⁶⁸ El Gobierno lidera contratación al margen de la LOT. Tomado de El Universal Sábado 13 de julio de 2013.

1. Empresa de propiedad social directa comunal: Unidad socioproductiva constituida por las instancias de Poder Popular en sus respectivos ámbitos geográficos, destinada al beneficio de los productores y productoras que la integran, de la colectividad a las que corresponden y al desarrollo social integral del país, a través de la reinversión social de sus excedentes. La gestión y administración de las empresas de propiedad social comunal directa es ejercida por la instancia del Poder Popular que la constituya.

2. Empresa de propiedad social indirecta comunal: Unidad socioproductiva constituida por el Poder Público en el ámbito territorial de una instancia del Poder Popular, destinadas al beneficio de sus productores y productoras, de la colectividad del ámbito geográfico respectivo y del desarrollo social integral del país, a través de la reinversión social de sus excedentes. La gestión y administración de las empresas de propiedad social indirecta corresponde al ente u órgano del Poder Público que las constituyan; sin que ello obste para que, progresivamente, la gestión y administración de estas empresas sea transferida a las instancias del Poder Popular, constituyéndose así en empresas de propiedad social comunal directa.

3. Unidad productiva familiar: Es una organización cuyos integrantes pertenecen a un núcleo familiar que desarrolla proyectos socioproductivos dirigidos a satisfacer sus necesidades y las de la comunidad; y donde sus integrantes, bajo el principio de justicia social, tienen igualdad de derechos y deberes.

4. Grupos de intercambio solidario: Conjunto de prosumidores y prosumidoras organizados voluntariamente, con la finalidad de participar en alguna de las modalidades de los sistemas alternativos de intercambio solidario.

Adicionalmente, la ley establece la obligación para los entes y órganos del poder público de favorecer y dar prioridad en los procesos de contratación de obras, compra de bienes e insumos y la “prestación de servicios” a estas asociaciones socioproductivas.

Bajo este modelo productivo, se definen nuevas tendencias de prestación de servicios con dependencia económica pero sin ningún tipo de beneficio de índole laboral. Bajo la idea de la eliminación de las estructuras jerárquicas se iguala en sus condiciones remunerativas a los trabajadores, ahora denominados productores o “proconsumidores” en tanto su función es satisfacer necesidades propias y de su entorno social, como parte del poder popular.

Este nuevo orden productivo (que ciertamente reconoce su coexistencia con un excipiente, o “persistente” sector capitalista privado) elimina la separación entre capital y el trabajo, así como la contratación de trabajo asalariado, y consecuentemente la protección de los beneficios previstos en la legislación laboral, en virtud de que “los trabajadores son dueños de la empresa, que es propiedad colectiva”⁶⁹. “Los prestadores de servicios a través de las EPS –que como se observa es el modelo preferido de asociación y contratación por parte del Estado- no son considerados trabajadores, y por lo tanto también se les ha excluido de la protección de la legislación laboral vigente.”⁷⁰

Señala el Dr. Juan Carlos Pro-Risquez: “Dentro de este nuevo esquema de relaciones laborales, las nociones tradicionales de progresividad de los derechos laborales estaría en tela de juicio, ya que se considera que el reclamo de mejores beneficios laborales iría contra el

⁶⁹ EL TROUDI y MONEDERO. Empresas de producción social, instrumentos para el Socialismo del Siglo XXI, Centro Internacional Miranda. 2006. Pág. 112.

⁷⁰ PRO-RISQUEZ, Juan Carlos. Las nuevas modalidades de prestación de servicios en Venezuela en el Siglo XXI: El paradigma del trabajo personal sin beneficios laborales. Derecho del trabajo y de la seguridad social. UCAB. Publicaciones UCAB. Caracas-Venezuela. (2011) Pág. 460

espíritu socialista del nuevo sistema que se está construyendo, esto según las declaraciones del Presidente Hugo Chávez en las que fustiga a los sindicatos por pretender mejoras salariales y beneficios mayores a los establecidos en la LOT. El presidente de la subcomisión de asuntos laborales de la Asamblea Nacional hizo un llamado a los trabajadores a renunciar a las reivindicaciones alcanzadas en las Convenciones Colectivas de Trabajo, ya que el hecho que un sector de la sociedad tenga la oportunidad de vivir mejor que otra, no es socialista”.⁷¹ Lo cual sin duda atenta contra principios fundamentales como la regla de oro de trabajo igual, igual salario, que vienen ligadas a las condiciones del trabajo y a la eficiencia, ya que no puede compararse el trabajo de un obrero de la construcción que labora con un pico y una pala bajo las inclemencias del sol ardiente, al trabajo de un vigilante de supermercado; o se desconozca la antigüedad y las capacidades y aptitudes que desarrolla un obrero especializado con 10 años de experiencia manejando maquinaria pesada a un empacador de frutas con tres meses de antigüedad.

⁷¹ PRO-RISQUEZ, Juan Carlos. Las nuevas modalidades de prestación de servicios en Venezuela en el Siglo XXI: El paradigma del trabajo personal sin beneficios laborales. op. cit., p. 466.

4.2 La organización de la fuerza de trabajo en el nuevo sistema de producción socialista.

La transformación de las relaciones de producción impulsadas por el Gobierno Nacional, se fundamentan en la organización política de las comunidades. Conjuntamente con los equipos de trabajo comunitario, (aporte de trabajo familiar voluntario) y los grupos de apoyo solidario, (trabajo voluntario de la reserva militar, los estudiantes, etc.) “se propone la conformación de un ejército productivo, definido como la organización de la población económicamente activa en todos los ámbitos de la economía nacional, que garanticen que el pueblo organizado participe de todas las fases del ciclo productivo”⁷² Este ejército productivo estará integrado por “brigadas socialistas de trabajo” definidas como la unidad básica del ejército productivo, conformada por la fuerza de trabajo de la comunidad, y constituyen la célula fundamental de las “organizaciones productivas que transformen las relaciones de producción y logren superar la división social del trabajo”. “Los brigadistas trabajan “colectivamente”, creando una nueva cultura de trabajo en su consejo comunal y su comuna y estarán prestos a realizar trabajo voluntario” ya que la nueva cultura asume al brigadista como sujeto de transformación que participa de una actividad productiva liberadora, en fundamento de una nueva sociedad en la cual la producción de bienes y servicios que está orientada a la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

De acuerdo con la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal los productores y productoras (antes trabajadores), tienen los siguientes derechos:

“Artículo 32. Son derechos de los productores y productoras de las organizaciones socioproductivas establecidas en la presente Ley:

⁷² Orientaciones político-metodológicas para la transformación integral del hábitat. Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social.

1. Recibir una justa remuneración por el trabajo realizado, de acuerdo a la calidad y cantidad del mismo.
2. Recibir apoyo económico de su organización socioproductiva ante situaciones de contingencia, emergencia o problemas de salud, que no posean capacidad de cubrir.
3. Recibir permanentemente formación y capacitación técnica-productiva y político-ideológica, necesarias para su pleno desarrollo dentro de la organización y del sistema económico comunal.”

El verdadero reto actual del Derecho del Trabajo en Venezuela es conservar la protección que la relación de trabajo brinda a los trabajadores, obtenida mediante la lucha de la clase obrera en contra de los antivalores del capitalismo y sus políticas neoliberales de desregularización, desprotección y flexibilización del trabajo productivo, y resistir a la pretensión política de someter a los trabajadores a directrices impuestas mediante estrategias condicionantes legales, morales o éticas, como forma de control social, económico y político donde el reclamo de mayores y mejores beneficios, serían contrarios a los fines de un proyecto político, e irían en contra del espíritu de la colectividad, y donde el trabajo personal pretende ser excluido de la protección de la legislación del trabajo mediante nuevas formas de encubrimiento, disfrazadas con nuevos nombres y ropajes.⁷³

⁷³ Las leyes del sistema productivo socialista no son leyes técnicas producto del estudio de una ciencia empírica, son la caracterización o representación de los ideales de justicia del gobierno nacional, con lo cual, solo a través de resultados específicos, en las áreas que se intervienen, será posible valorarlas, sin perder de vista la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Conclusiones

El derecho del trabajo ha sido la herramienta fundamental que cristaliza los logros alcanzados por los trabajadores, en su lucha por atenuar las desigualdades en el orden económico y político relativas al hecho social trabajo, su norte ha sido el empleo decente, estable, permanente y una clara función protectora, así ha sido establecido en la LOTTT (2012) en su artículo 1º: “Esta Ley, tiene por objeto proteger al trabajo como hecho social y garantizar los derechos de los trabajadores...”.

En la actualidad, tiene como reto mantener su objetivo tuitivo frente a las diversas dinámicas de interacción humana que se ponen al servicio de la creación de bienes y servicios destinados a satisfacer crecientes necesidades de la sociedad, que llevan a la transformación del trabajo independiente, inmediato y básico, a nuevas formas de tecnificación y producción en masa que comportan la concentración y desconcentración de las estructuras productivas empresariales y gubernamentales.

Tal como señala el libro verde de la Unión Europea:

“la rapidez de los avances tecnológicos, la intensificación de la competencia derivada de la mundialización, la evolución de la demanda de los consumidores y el notable crecimiento del sector de los servicios destacan la necesidad de incrementar la flexibilidad. La aparición de la gestión puntual, la reducción del horizonte inversor de las empresas, la difusión de tecnologías de la información y de la comunicación, así como una demanda cada vez más cambiante, han empujado a las empresas a organizarse de manera más flexible⁷⁴. Esto se traduce en diversas

⁷⁴ “En Colombia existen 31.553 teletrabajadores, tres cuartas partes de los cuales se encuentran en la capital. Otras ciudades como Medellín, Cali y Barranquilla apenas llegan a 25%, el teletrabajo

modalidades por lo que hace a la evolución de la organización del trabajo, el horario laboral, los salarios y el tamaño de la mano de obra en los distintos niveles del ciclo de producción. Estos cambios han suscitado la demanda de una mayor diversidad contractual.”⁷⁵

Y son precisamente esas aspiraciones o necesidades de fluidez y flexibilidad en el empleo, que parecieran superar la capacidad de adaptación del derecho del trabajo frente a la rápida evolución la organización del trabajo, las crisis económicas, los proyectos políticos etc., la causa de diversos tipos de fraude a la relación laboral, tales como la utilización de contratistas y subcontratistas, la intermediación de personas o empresas unipersonales, así como la creación de cooperativas, brigadas o unidades productivas, entre otras formas de encubrimiento, que tienen como consecuencia:

1º La exclusión del ámbito de protección de la relación de trabajo. La exclusión de estos trabajadores de la protección que les brinda la legislación laboral, en algunos casos por imperativo de leyes y políticas regresivas, y en otros, porque para poder obtener el reconocimiento de sus derechos deben acudir a la jurisdicción administrativa o judicial y entablar largos litigios que generalmente no pueden costear, ni esperar.

2º El Salario. Estas formas de encubrimiento no conllevan necesariamente una precarización del ingreso, (al menos en el sector privado) de hecho en el sector de la construcción se obtienen mayores ingresos salariales trabajando por pieza o unidad de obra, que bajo la remuneración establecida en el tabulador de oficios y salarios, el problema está en que la cuantía de dichos pagos obedece a estrategias

es una modalidad de vinculación laboral muy estimulada por las autoridades. A finales de 2013 se definirán criterios y se asignarán presupuesto y responsabilidades para masificarla. La meta del Gobierno es que en el mediano plazo teletrabaje el 25% de la planta de personal de las empresas.” Tomado de El Nacional. Sábado 03 de Agosto de 2013.

⁷⁵ Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI. Comisión de las comunidades europeas. Bruselas, 2006

de eficiencia y productividad y al interés de socavar la naturaleza salarial de dicho pago excluyéndolo de los beneficios prestacionales, como consecuencia del desconocimiento del vínculo laboral en fraude a la ley.

3º. Seguridad e higiene en el trabajo. En cuanto a las condiciones de seguridad e higiene ocurre lo mismo, el trabajo disfrazado no necesariamente conlleva situaciones de precarización ya que se trata de empresas del sector formal que cuentan con los recursos materiales y humanos para proporcionar condiciones adecuadas de trabajo, no obstante ello, la falta de control por parte de las organizaciones sindicales del personal “independiente”, “contratista”, etc. y las autoridades administrativas del trabajo, aumentan los riesgos de enfermedades y accidentes ocupacionales.

Adicionalmente a ello, las empresas no invierten en la formación del personal en labores que comporten algún tipo de riesgo, ya que no los considera trabajadores suyos, o en algunos casos por que estos prestarán servicios por un corto tiempo, exponiéndolos a los riesgos propios de las labores.

4º Seguridad social. La LOTTT establece en su artículo 17:

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo. Los trabajadores y trabajadoras sean o no dependientes de patrono o patrona disfrutaran ese derecho y cumplirán con los deberes de la Seguridad Social conforme a esta Ley.”

No constituye obstáculo alguno prestar servicios de manera independiente, para poder gozar del derecho a la seguridad social. El tema pareciera ser más de índole cultural y política, pues en la práctica

los trabajadores van campeando de manera sucesiva empleos de corta duración, y aún cuando pudieren contar con remuneraciones superiores a las del personal fijo o de nómina, no son incorporados a la seguridad social (con los consecuentes efectos financieros sobre los recursos del Seguro Social), y ellos tampoco lo hacen de manera personal y voluntaria como es su deber, quedando en situación vulnerable.

En Venezuela se otorgan discrecionalmente las pensiones del seguro social, sin que las personas hayan realizado en algunos casos, una sola cotización. Teniendo como resultado un organismo de la seguridad social ineficiente, con muchos pensionados y muy pocos cotizantes, incapaz de auto sustentarse, y dependiente de dineros que el gobierno pudiese invertir en educación y formación para el trabajo, salud o seguridad.

5º Derechos sindicales y de negociación colectiva. El encubrimiento de la relación laboral, conlleva el desconocimiento de los derechos asociación sindical y de negociación contractual, como señala el Dr. Oscar Hernández Álvarez: “en aquellos sectores de trabajadores sujetos a relaciones encubiertas que tienen mayores ingresos, la motivación por los temas de organización profesional y de negociación de condiciones de trabajo es menor que en los sectores de ingresos bajos, así como también lo es su convicción de pertenencia a la clase trabajadora.”⁷⁶ Con lo cual se cae en la trampa, ya puesta en práctica en décadas anteriores por el neoliberalismo⁷⁷, de la utilización del salario como medio para acabar con beneficios laborales.

La problemática de la libertad sindical no se limita al sector privado, la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal establece:

⁷⁶ HERNÁNDEZ ALVÁREZ, Oscar. El Trabajo sin tutela en Venezuela op.cit., p. 35

⁷⁷ Con las reformas económicas de mediados de 1990, dirigidas por las transnacionales, BM, FMI, etc. se afectó la legislación laboral de los países de América Latina y el Caribe, a través de ajustes tendientes a reducir las regulaciones sobre derechos fundamentales, con el pretexto de mejoras en salario de los trabajadores.

“Artículo 76. Las personas naturales o las responsables de personas jurídicas que, conjunta o separadamente, impidan, obstaculicen o restrinjan el normal funcionamiento y resguardo, de la producción, distribución, transporte, comercialización, suministro de los bienes de consumo, servicios y saberes del sistema económico comunal, serán penados o penadas con prisión de dos a cuatro años.

Igualmente, incurrirán en la pena prevista en este artículo, las personas naturales o las responsables de personas jurídicas que, conjunta o separadamente, impidan el acceso a dichos bienes por parte de los consumidores y consumidoras.”

La criminalización de la protesta de los trabajadores supone una seria limitación al derecho constitucional a la huelga, como medio de negociación y resolución de conflictos, entre estos los derivados del desconocimiento de la relación de trabajo.⁷⁸ El sindicalismo tradicional se ha venido debilitando en el país, mediante limitaciones legales dentro del sector público a ejercer la huelga, y se ha castigado incluso con cárcel a los líderes de las paralizaciones exigiendo reivindicaciones laborales.⁷⁹

En la actualidad, el Derecho del Trabajo, cuenta con una serie de mecanismos para lograr la aplicación de la legislación laboral en los casos en que se pretende encubrir la relación de trabajo, sin embargo, es de vital importancia la ampliación del alcance protector de la legislación del

⁷⁸ “Un grupo de enfermeras de la Maternidad Concepción Palacios fueron detenidas en un acto de protesta por reivindicaciones laborales” El Nacional, 26 de Mayo de 2010.

⁷⁹ “la líder de la Unión Nacional de Trabajadores, Marcela Máspero fue detenida y atropellada por funcionarios de la Guardia Nacional Bolivariana, quienes la esposaron, y vejaron junto a otros cuatro dirigentes sindicales, que reivindicaban la vigencia del derecho a huelga en solidaridad con los trabajadores de la empresa galletera Carabobo” El Nacional, 10 de Diciembre de 2012.

trabajo frente a las diversas y cada vez más ingeniosas prácticas de fraude a la ley laboral, que exigen profundizar el análisis y desarrollar el trabajo que la legislación y la jurisprudencia ha alcanzado de la teoría de la relación de trabajo y sus principios protectores, ejes fundamentales para cumplir con la aspiración de proporcionar a las personas una vida decente a través de relaciones laborales estables y duraderas en un mercado de trabajo flexible e inclusivo, que en la práctica, asegure una justa y verdadera participación de voluntades, donde la intervención del Estado a través de la acción de sus instituciones, controle y sancione el incumplimiento de las normas de orden público, pero a su vez participe de una eficaz y homogénea aplicación, incluso en el marco de sus políticas de desarrollo social y productivo.

Recomendaciones

Las nuevas realidades sociales, económicas y políticas plantean un debate necesario frente a las nuevas prácticas de encubrimiento de la

relación laboral, la resolución del Parlamento Europeo del 11 de julio de 2007, sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI (2007/2023(INI)), es un paso importante en este sentido, en dictado resolutorio N°1 señala:

“Acoge con satisfacción un nuevo planteamiento del derecho laboral que aspire a cubrir a todos los trabajadores independientemente de su situación contractual”, y en dictado resolutorio N°5 que reafirma y puntualiza: “Considera que entre las prioridades para una reforma del Derecho laboral en los Estados miembros se encuentran. a) facilitar la transición entre diversas situaciones entre empleo y desempleo; b) asegurar una protección adecuada a los trabajadores con formas atípicas de empleo; c) clarificar el marco dependiente y la zona que existe entre los trabajadores autónomos y los trabajadores con una relación de trabajo dependiente; d) combatir el trabajo no declarado.”

Un plan que convoque la voluntad de los actores, autoridades y organismos en la materia, en función de alcanzar una política que permita ampliar el ámbito de la relación de trabajo, y se adapte a las nuevas realidades económicas y sociales, debería contemplar al menos los siguientes puntos:

- i) La modernización del derecho del trabajo a fin de que pueda brindar certeza y claridad sobre su ámbito de aplicación.
- ii) Explorar formas alternativas que permitan flexibilizar las condiciones de prestación de servicios, pero siempre bajo el amparo de la legislación laboral y proporcionen seguridad y estabilidad a los trabajadores.
- iii) Propiciar un dialogo social que permita encontrar soluciones al problema del encubrimiento, tomando en cuenta las

necesidades de innovación y competitividad del sector privado.

- iv) Promover una política nacional sobre la relación de trabajo que permita evaluar y dar seguimiento a su evolución en los diferentes sectores productivos públicos, privados, comunales y sociales.
- v) Acoger con carácter normativo formal el texto íntegro de la R.198 de la OIT sobre la relación de trabajo. Como mecanismo eficaz para determinar la existencia de relaciones de trabajo en todos los sectores económicos, públicos, privados y comunales.
- vi) Recopilar información y datos estadísticos, y realizar estudios sobre los cambios registrados en la estructura y las modalidades de trabajo, a nivel nacional y sectorial. Lo que permitirá detectar los déficits presentes en sectores y empresas específicas de la economía.
- vii) Comprometer a las organizaciones de trabajadores y empleadores en los planes de seguimiento que permitan formular soluciones equilibradas al problema del encubrimiento, teniendo como norte la consolidación del trabajo decente y las buenas prácticas laborales como elementos de cohesión y justicia social.
- viii) Establecer en la legislación derechos fundamentales para todo trabajador independientemente del sector productivo en el cual se desempeñe (privado, público, comunal o social)
- ix) Atender los desequilibrios del Derecho del Trabajo, brindando protección a los trabajadores atípicos, autónomos

e independientes, entendiendo el trabajo como hecho social, tal y como ordena la Constitución Nacional.

- x) Orientar a los actores sociales y productivos sobre la manera de determinar la existencia de la relación de trabajo, y las consecuencias del encubrimiento, conforme la LOTTT.
- xi) Establecer mecanismos expeditos de solución de controversias sobre la relación de trabajo (una sola instancia con revisión del superior) accesibles a los trabajadores y empleadores.
- xii) Adoptar medidas preventivas destinadas a asegurar el respeto y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo, mediante inspecciones regulares de la Inspectoría del trabajo, los organismos de la seguridad social y la administración fiscal.
- xiii) Restablecer el papel de las organizaciones sindicales como interlocutores ante el sector público y privado, descriminalizando la protesta y respetando el derecho constitucional de los trabajadores a ejercer la huelga.
- xiv) Extender el ámbito de aplicación de la legislación laboral a las nuevas categorías y formas productivas que coexisten con los trabajadores dependientes. en el sector público y privado.
- xv) Estimular el debate sobre la forma de favorecer el empleo productivo mediante la formación permanente de los trabajadores, motivando las transiciones a mejores

condiciones sociales y económicas en el mercado de trabajo.

Bibliografía

ALFONZO GUZMÁN, Rafael. Otras caras del prisma laboral. Editorial Melvin. Caracas-Venezuela. (2009)

ALFONZO GUZMÁN, Rafael. Nueva didáctica del derecho del trabajo. Editorial Melvin. Caracas-Venezuela. (2006)

BUEN, Néstor de, Derecho del trabajo, Porrúa, México, 1998

BONTES CALDERON, Irma. Tercerización o nuevas formas de trabajo. Realidad legislativa venezolana: ¿deben regularse o eliminarse? Derecho del trabajo y de la seguridad social. UCAB. Publicaciones UCAB. Caracas-Venezuela. (2011)

BRONSTEIN, Arturo. 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.

CALDERA, Rafael. Derecho del Trabajo. Editorial El Ateneo. Buenos Aires- Argentina. (1960)

DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Editorial Porrúa. México. (1972)

DE LA CUEVA, Mario. Proyecto de ley del Trabajo. Edición Mimeografiada. Caracas-Venezuela. (1960)

ESPINOZA PRIETO, Antonio. Contribuciones a la reforma laboral. Editorial Buchivacoa. Caracas-Venezuela. (2010)

ESPINOZA PRIETO, Antonio La infamia de la reforma laboral. Editorial Vadell hermanos. Caracas-Venezuela. (1997)

ESPINOZA PRIETO, Antonio. El principio de la primacía de la realidad o de los hechos y el pecado contra el ideal. Derecho del trabajo y de la seguridad social. UCAB. Publicaciones UCAB. Caracas-Venezuela. (2011)

ESPINOZA PRIETO, Antonio. Teoría de la relación de Trabajo y la Recomendación 198 OIT, 2006 y su posible aplicación en Venezuela. (2011)

EL TROUDI y MONEDERO. Empresas de producción social, instrumentos para el Socialismo del Siglo XXI, Centro Internacional Miranda. 2006

HERNÁNDEZ ALVÁREZ, Oscar. La prestación de trabajo en condiciones de fraude o simulación. Consideraciones generales y propuestas para una reforma de la legislación laboral venezolana en Estudios Laborales. Ensayos sobre Derecho del Trabajo y disciplinas afines en homenaje al Profesor Rafael Alfonso Guzmán. UCV. Caracas, Venezuela. (1986)

HERNÁNDEZ ALVÁREZ, Oscar. El Trabajo sin tutela en Venezuela. FCJP. UCV (2002)

HERNANDEZ, Oscar, HERNANDEZ, María Laura. Descentralización empresarial y responsabilidad laboral. UCAB. Publicaciones UCAB. Caracas-Venezuela, 2011

HUECK, Alfred y NIPPERDEY, Hans Carl. Compendio de derecho del trabajo. Revista de derecho privado. Madrid-España (1963)

ITURRASPE, Francisco. Desarrollo y crisis del movimiento sindical. UCV. Caracas, 1999

MURGAS, Rolando. Las situaciones de fraude en la relación de trabajo. doctrina, derecho comparado y situación en el derecho panameño. Derecho del trabajo y de la seguridad social. UCAB. Publicaciones UCAB. Caracas-Venezuela. (2011)

OTIS RODNER, James. La Globalización: un proceso dinámico. Editorial Anauro. Caracas (2001)

PRO-RISQUEZ, Juan Carlos. Las nuevas modalidades de prestación de servicios en Venezuela en el Siglo XXI: El paradigma del trabajo personal sin beneficios laborales. Derecho del trabajo y de la seguridad social. UCAB. Publicaciones UCAB. Caracas-Venezuela. (2011)

RASO DELGUE, Juan. "La descentralización empresarial y el Derecho del trabajo, en 42 Estudios sobre la descentralización empresarial y del derecho del Trabajo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2000

SUPIOT, Alain. Trabajo y empleo. Edición Tirant lo Blanch. Valencia-España. (1999)

SUPIOT, Alain. Informe final sobre las transformaciones del trabajo y los cambios del derecho del trabajo en Europa. (1998)

SUPIOT, Alain. Introducción a las reflexiones sobre el trabajo. Droit du travail. Revista Precis Dalloz. Vol. 115, Nº 6 de 1996.

SUPIOT, Alain. Homo jurídicos. Siglo veintiuno editores. Buenos Aires-Argentina, 2007

B. OTROS DOCUMENTOS

Comisión de las Comunidades Europeas: Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI.. Bruselas, 2006.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo, 95º reunión, 2006. Informe V (1) La relación de trabajo. Quinto punto del orden del día.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos, informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, Ginebra, 2004

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La industria de la construcción en el siglo XXI: su imagen, perspectivas de empleo y necesidades en materia de calificaciones. Informe para discusión en la Reunión Tripartita, Ginebra 2001. Informe V de la Conferencia internacional del Trabajo de la OIT. 91º reunión de 2003. “El ámbito de la relación de trabajo” Quinto punto del orden del día.

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución del 11 de julio de 2007, sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI (2007/2023(INI))

PARLAMENTO EUROPEO. Informe final sobre las transformaciones del trabajo y los cambios del derecho del trabajo en Europa, junio 1998

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Colección Doctrina Judicial No.14. Caracas, Venezuela. 2007

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. DOS AÑOS Y MEDIO DE MAGISTRATURA (Enero 2005-Julio 2007) Colección Doctrina Judicial No.26. Caracas, Venezuela. 2008

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Doctrina de la Sala de Casación Social (Julio 2006-Julio 2007) Colección Doctrina Judicial No.24. Caracas, Venezuela. 2007 que documenta la doctrina establecida en las sentencias Nº 702 del 27 de Abril de 2006 (caso: Francisco Juvenal Quevedo Pineda contra sociedad mercantil Cervecería Regional, C.A.); y Nº 489 de fecha 13 de Agosto de 2002 (caso: Mireya Beatriz Orta de Silva contra FENAPRODO)

UBT. Contrato Colectivo de la Industria de la Construcción 2010-2012. Sindicato Nacional. Contrato Colectivo de la Industria de la Construcción Similares y Conexos de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, Venezuela

En línea: La Relación de Trabajo: Una guía anotada a la Recomendación No. 198 en: <http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/ifpdial/downloads/papers/relations.pdf>

Recomendación 198 sobre la relación de trabajo de 2006 en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R198>

C. NORMATIVA Y ORIENTACIONES GUBERNAMENTALES.

Constitución de Venezuela de 1947

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) Gaceta Oficial Nº 36.860. Caracas, Venezuela

Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores (LOTTT)
Decreto N° 8.938 30 de abril de 2012

Código Civil Venezolano de 1982

Orgánica de Planificación Pública y Popular

Ley Orgánica de Contraloría Social

Proyecto Nacional Simón Bolívar, Primer Plan Socialista 2007-2013.
Presidencia de la República. Caracas, 2007

Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal del 14 de Diciembre de 2010

Orientaciones político-metodológicas para la transformación integral del hábitat. Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social.

D. FUENTES HEMEROGRÁFICAS:

Fuerza cooperativa pierde 60,5% de sus integrantes en 6 años” Tomado de El Universal, 27 de Abril de 2010.

El Gobierno lidera contratación al margen de la LOT. Tomado de El Universal Sábado 13 de julio de 2013.

Un grupo de enfermeras de la Maternidad Concepción Palacios fueron detenidas en un acto de protesta por reivindicaciones laborales” El Nacional, 26 de Mayo de 2010.

“la lider de la Unión Nacional de Trabajadores, Marcela Máspero fue detenida y atropellada por funcionarios de la Guardia Nacional Bolivariana, quienes la esposaron, y vejaron junto a otros cuatro dirigentes sindicales, que reivindicaban la vigencia del derecho a huelga en solidaridad con los trabajadores de la empresa galletera Carabobo” El Nacional, 10 de Diciembre de 2012

En línea: Mercado laboral pierde empleadores” El Universal, 02 de Agosto
de 2010. Disponible en
www.eluniversal.com/2010/08/02/ecoartmercadolaborlpier1991947.shtml