

El derecho mercantil y el derecho del trabajo: Fronteras y espacios de concurrencia

Oscar Hernández Álvarez

Profesor en los Post grados de Derecho del Trabajo en varias universidades.
Miembro Correspondiente de la Academia de Ciencias Sociales y Políticas de Venezuela. Vice-Presidente de la Sociedad Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. E-mail: ohernandez@icnet.com.ve

Resumen

El derecho del trabajo y el derecho mercantil son ramas especiales que han nacido de la raíz común del derecho Civil. Después de muchos años de desarrollo, estas especialidades jurídicas siguen teniendo puntos de encuentro. El trabajo pretende, por un lado, analizar las fronteras existentes entre ambas disciplinas, haciendo una descripción de su origen y esencia, analizando los criterios comúnmente utilizados para diferenciar cuándo una relación jurídica es laboral o comercial. Merece aquí especial atención el tema del fraude laboral, el cual evita la aplicación del derecho del trabajo en perjuicio de los trabajadores. Por otra parte, se busca estudiar los espacios de concurrencia, donde se demuestra que, a pesar de todo, la absoluta separación de estas especialidades no existe, presentándose situaciones que ameritan un estudio interdisciplinario. Para ello se hace mención a varias legislaciones latinoamericanas, así como un análisis de la jurisprudencia más reciente y un estudio de la doctrina más importante sobre el tema.

Palabras clave: Derecho del Trabajo, fraude laboral, empresa.

Mercantile Law and Labor Law. Frontiers and Spaces of Concurrence

Abstract

Mercantile Law and Labor Law are both specialized legal branches that were born from the same root, civic rights. After many years of development, these

specialized legal areas continue to have points of encounter. This paper attempts on the one hand to analyze the existing frontiers between these specialties, describing their origins and essence, analyzing the common criteria used to differentiate them when determining when a judicial relation seems to be labor or commercial. The theme of labor fraude requires special attention, in order to avoid the application of labor law against the workers. On the other hand, concurrent areas are studied in order to definitively indicate that the absolute separation of these specialties does not exist, and there they require interdisciplinary study. Several Latin American laws are analyzed as well as the most recent jurisprudence and a study of the more important related themes.

Key words: Labor law, labor fraud, business.

Recibido: 02-06-04 . Aceptado: 15-12-04

I. Las Fronteras

1. El tema de las fronteras. Los temas fronterizos son siempre delicados. Ello es así tanto cuando se habla de las fronteras territoriales de los estados como de la delimitación de los espacios de las disciplinas científicas. En el caso específico del Derecho del Trabajo, que desde su nacimiento ha traído a su seno temas que venían siendo tratado por otras ramas del Derecho, pero que no siempre los ha incorporado o mantenido dentro en su integridad, su ámbito de aplicación está constituido por un terreno movedizo, cuyo estudio nunca puede darse por concluido, pues requiere constante revisión. Por ello, este tema de límites entre disciplinas jurídicas ha sido objeto de permanente interés por parte de la doctrina laboralista. Al respecto, Américo Plá Rodríguez (1977: 313) señala que "estas fronteras tienen la particularidad y la dificultad de que son móviles, dinámicas, extensibles, por lo que se va cambiando continuamente el territorio de nuestra disciplina". El maestro uruguayo escribió esta opinión en un artículo publicado en 1977 en un libro homenaje a Rafael Caldera. Treinta y cuatro años han pasado y las fronteras se han movido, para extenderse, para reducirse o, más bien, en la mayoría de los casos, para hacerse confusas. De allí la recurrencia del tema fronterizo. Apenas los laboralistas nos sentimos bien ubicados dentro de un determinado ámbito que hemos definido como propio,

cuando el mismo se nos agranda o se nos achica.

En el presente estudio analizaré el problema de las fronteras entre el Derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo. Asimismo, haré referencia a la existencia de determinados espacios en los cuales se desarrollan actividades cuya regulación supone la aplicación simultánea o alternativa de normas de una y otra disciplina.

2. Especificidad del Derecho Mercantil. Nacidos, con varios siglos de diferencia, como desprendimientos del viejo tronco común del Derecho Civil, el Derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo postularon, desde sus inicios, normas especiales aplicables a situaciones jurídicas y relaciones humanas para cuya regulación no resultaban ya adecuadas las normas tradicionales que el ius civile había venido elaborando desde los tiempos de la Roma republicana e imperial.

El advenimiento del mercantilismo, a finales de la edad media e inicios del renacimiento, comportó que las transacciones comerciales adquiriesen una importancia y un dinamismo que no encontraban un adecuado marco regulatorio en las normas del derecho civil. De allí que, atendiendo a criterios de adecuación a las nuevas modalidades del comercio, se fuese desarrollando, a lo largo de décadas, una disciplina jurídica especializada cuyo centro de atención, no siempre nítida y unánimemente definido, fue la actividad profesional del comerciante y el acto de comercio. Tal disciplina ha sido, durante siglos, fiel compañera y reguladora de la actividad mercantil y ha sabido adaptarse a los vertiginosos cambios de la misma con una flexibilidad y un dinamismo que nunca fueron propios de las viejas normas civilistas.

3. Especificidad del Derecho del Trabajo. Por su parte, a finales del Siglo XIX y principios del XX y como una repuesta frente a la explosiva cuestión social producida por las condiciones de trabajo establecidas con posterioridad a la revolución industrial dentro del marco de una concepción liberal e individualista del Estado y de la economía, se va formando y consolidando el Derecho del Trabajo. Este constituye una nueva disciplina jurídica, destinada a atender relaciones derivadas de la prestación del trabajo que el Derecho Civil, cuya concepción obligacional, fundamentada en la piedra angular de la autonomía de

la voluntad, no estaba en condiciones de regular adecuadamente. En efecto, en tales relaciones, una de las partes, el trabajador, dada su debilidad económica y su vital requerimiento de obtener y asegurar un puesto de trabajo que le permita proveer a su subsistencia y a la de su familia, no disfruta efectivamente de la posibilidad de concertar libremente sus condiciones de trabajo, sino que se ve constreñido a aceptar las unilateralmente impuestas por el patrono, lo cual suele determinar situaciones de injusticia social. De allí, que el Derecho Laboral, postule la aplicación de una normativa protectora del trabajador, que se aplica imperativamente a fin de asegurar que el trabajo sujeto a esa disciplina se cumpla en condiciones compatibles con la justicia social y con la dignidad del trabajador.

4. Delimitación del ámbito de aplicación de ambas disciplinas. A inicios de nuestro Siglo XXI, después de muchas décadas y hasta siglos de existencia que ha conocido buenos y malos momentos, el Derecho Mercantil, el Derecho del Trabajo, así como la disciplina madre, el Derecho Civil, siguen cumpliendo, en sus respectivos ámbitos de aplicación, importantes funciones de regulación de la conducta humana. Ocurre, sin embargo, que no siempre esos ámbitos de aplicación se encuentran claramente definidos, lo cual ha dado lugar a importantes dificultades, cuya solución requiere la precisión de los criterios aplicables para determinar fronteras y reglas de funcionamiento en aquellos espacios en los cuales las dos disciplinas tienen posibilidades de acción.

Dos constataciones preliminares pueden hacerse en orden a la determinación del respectivo ámbito de aplicación de las dos disciplinas. En primer lugar, ambas disciplinas están íntimamente vinculadas al concepto de empresa, pues regulan actividades que se desarrollan fundamentalmente en el seno de la misma. Entendemos a la empresa como un escenario en el cual se desarrolla una actividad económica organizada destinada a la producción o intercambio de bienes o servicios, la cual se lleva a cabo bajo la dirección del empresario, quien puede contar con colaboradores externos o internos y que da lugar a una serie de relaciones jurídicas complejas sujetas a la regulación de diversas disciplinas jurídicas, entre ellas el Derecho Mercantil y el Derecho del Trabajo. El Derecho Mercantil se ocupa fundamentalmente de los elementos patrimoniales que componen la empresa, de las modalidades de su explotación, del estatuto

personal del empresario comerciante, individual o colectivo y de la actividad externa que el empresario realiza en el mercado para el intercambio de bienes y servicios. Por su parte el Derecho del Trabajo se ocupa fundamentalmente de las relaciones laborales que se producen dentro de la empresa con ocasión de las actividades de la misma, promoviendo, entre otros objetivos, la protección de los trabajadores, su representación y su participación en los beneficios empresariales y en la negociación de las condiciones de trabajo.

En segundo lugar, se puede constatar que ambas disciplinas tienen un fuerte sustrato profesional. Si bien es cierto que muchas de las instituciones del Derecho Mercantil y, especialmente aquellas relacionados con los denominados actos objetivos de comercio, pueden ser aplicadas a quienes no son comerciantes, no lo es menos que esta rama del Derecho contiene la regulación del estatuto profesional del comerciante. Por su parte, el Derecho del Trabajo regula las relaciones profesionales de trabajadores y empleadores. De esta manera las relaciones jurídicas derivadas del ejercicio de una profesión por parte de una persona pueden ser, según los casos, objeto de regulación por parte del Derecho Mercantil o del Derecho Laboral, e, incluso, en determinadas circunstancias, por ambas disciplinas. Por ello se hace imprescindible la determinación de criterios de delimitación precisos que permitan establecer cuando una determinada relación profesional debe considerarse incluida dentro del ámbito del Derecho Mercantil y cuando dentro del ámbito del Derecho del trabajo. Por razones de aparición cronológica, correspondió en primer lugar a la doctrina mercantilista la formulación de los criterios que permitieron la delimitación entre la nueva disciplina mercantil, que se desarrolló en torno a los conceptos fundamentales del comerciante y del acto de comercio, de la vieja disciplina civil de la cual se desprendió. Por su parte, en su momento, la doctrina laboral tuvo que formular criterios para delimitar a cual tipo de prestación de servicios deberían aplicarse las normas del Derecho del Trabajo y no las civiles o mercantiles. Tarea ardua, objeto de constante revisión, que no podrá nunca ser definitivamente concluida, pero a la cual la doctrina laboral debe prestar permanente atención. En este sentido se orienta el presente trabajo.

5. ¿Un Derecho para qué tipo de Trabajo? No obstante ciertas

postulaciones teóricas que afirman la conveniencia de un Derecho de la actividad profesional, o como se ha dicho un Derecho del Trabajo sin más, es decir que comprenda la regulación de todo el trabajo humano sin discriminar entre una u otra especie de actividad laboral, comprendiendo la regulación de todas ellas, la realidad es que el Derecho del Trabajo no ha estado históricamente destinado a regular cualquier tipo de trabajo, sino solamente aquél que reúne una serie de características, que han venido siendo determinadas por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación laborales, como constitutivas del tipo específico de actividad laboral objeto de esta especial disciplina. Y justamente la gran dificultad en el tratamiento de este tema estriba en que no ha existido y, con toda probabilidad, no existirá un criterio unánime para definir el tipo específico de trabajo sujeto a la regulación del Derecho Laboral. No obstante ello, es obligante para quien intenta un tratamiento teórico de la materia, el abordar el análisis de los criterios delimitantes del ámbito de aplicación de la disciplina y, al menos, ofrecer una solución teóricamente sustentable para la definición de las fronteras de la misma.

6. El trabajo dependiente y por cuenta ajena como objeto del Derecho Laboral. Varios han sido los criterios doctrinales propuestos para delimitar el ámbito de aplicación del Derecho del trabajo. A tal efecto, la doctrina ha empleado, entre otros, los criterios de la subordinación, la ajenidad, la inserción en la organización empresarial, la dependencia económica, la hiposuficiencia, el concepto del trabajo como hecho social, la determinación de dicho ámbito por parte de la autonomía colectiva, la parasubordinación, etc.

Entre todas estas propuestas doctrinales, la del empleo de la subordinación como elemento determinante para la aplicación del Derecho del trabajo ha sido la predominante, aun cuando no unánime, especialmente en la doctrina, legislación y jurisprudencia latinoamericanas.

El concepto de subordinación como factor fundamental para la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo fue propuesto, en los albores mismos de la formación de la disciplina, por un autor clásico, Ludovico Barassi, en su libro *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, cuya primera edición fue publicada en 1901. Barassi definió la subordinación como la sujeción

plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador.

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

Igual orientación es seguida por la legislación laboral latinoamericana. Así, en Argentina (L.C.T. Arts. 21, 22, 23, 25), Brasil (Art. 3 C.L.T.), Colombia (C.S.T. Arts. 22 y 23), Costa Rica (C.T. Arts. 5, 18,) Chile (C.T. Arts. 3 y 7), Ecuador (C.T Art. 8), El Salvador (C.T Art. 17), Guatemala (C.T Art. 18), Honduras (C.T. Arts. 19 y 20), México (L.F.T. Art. 20), (Nicaragua no lo tenemos), Panamá (C.T Art. 62, 64, 65, Paraguay (C.T. Art. 18), Perú (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Art. 4), República Dominicana (C.T Art. 1), Uruguay (en algunas leyes especiales y de manera no sistemática) y Venezuela (L.O.T. Art. 39 y 67), bien sea al definir el contrato o relación de trabajo o al definir los conceptos de trabajador (empleado u obrero) o el de patrono o empleador, se establece la subordinación o dependencia como elemento esencial del contrato o relación de trabajo, de donde se deriva su importancia como factor definidor del ámbito de aplicación del Derecho Laboral. Ello no significa que se le otorgue a la subordinación este carácter de manera exclusiva, pues, en general, se establece la necesidad de una prestación de servicios y de una remuneración. En el caso venezolano, la definición legal de trabajador exige, además de la subordinación, que el trabajo sea prestado por cuenta ajena. La Ley General del Trabajo de Bolivia se aparta de la tendencia general y al definir los conceptos de empleado y obrero dice que es tal "quien trabaja por cuenta ajena", sin hacer referencia a la subordinación.

Por su parte, la jurisprudencia ha tratado abundantemente el concepto de la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo, el cual es frecuentemente empleado como elemento para establecer la distinción, no siempre fácil pero de importantes consecuencias jurídicas, entre este tipo de

contratos y otras figuras pertenecientes al ámbito civil o mercantil. El empleo de la subordinación como elemento fundamental para distinguir las relaciones laborales de las relaciones de otra naturaleza jurídica tiene gran raigambre en la jurisprudencia venezolana, la cual le ha dado sistemáticamente tal uso desde los años inmediatos a la promulgación de la Ley del trabajo de 1936¹. Ese criterio fue reiterado en diversas sentencias por la nueva Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, aun cuando en sentencias más recientes parece perfilarse, aun cuando no con mucha claridad, una tendencia en el sentido de emplear la ajenidad como criterio determinativo.

Como es lógico, los distintos autores ensayan definiciones diferentes de subordinación, pero que en su esencia, no se apartan mucho del modelo original de la definición de Barassi, al menos, en cuanto se refiere a la subordinación jurídica, que viene, en general, entendida como la obligación que tiene el trabajador de sujetarse al poder directivo del empleador, quien, en ejercicio de su facultad de organizar y dirigir la empresa, puede dar órdenes al trabajador, fiscalizar su cumplimiento y tomar medidas disciplinarias cuando el trabajador incurra en faltas. Suele señalar la doctrina que tal sujeción se puede dar, según los casos, con mayor o menor intensidad y que no supone que el empleador esté efectivamente ejerciendo una dirección constante sobre la actividad del trabajador, sino que aquél conserve la facultad de ejercer tal dirección y que éste tenga la obligación de acatarla. Por ello, es necesario señalar que el concepto de subordinación requiere ser examinado a la luz del marco que plantean las nuevas realidades laborales, revisándose los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han venido empleando tradicionalmente para determinar los supuestos de hecho que la configuran. 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, atendiendo las órdenes e instrucciones emitidas por la misma a través de capataces o supervisores. Tales circunstancias se están modificando y se modificarán notablemente en un mundo industrial en el cual el teletrabajo, los sistemas de fabricación flexible y, de manera más general, la robótica y la cibernética jugarán un importante papel, que si bien no desplazará la concentración de los trabajadores en la fábrica,

creará 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 de su trabajo. En estas situaciones la subordinación no desaparece, pero tiende a despersonalizarse, pues el control del trabajo es efectuado por máquinas y la fuente material de instrucciones no reside en el "patrono", titular de la empresa, sino en los programas contenidos en la computadora, algunos de los cuales son concebidos con una flexibilidad tal, que el propio trabajador tendrá posibilidades de participar más activamente en la organización de su propia actividad, tomando decisiones hasta hoy reservadas a la gerencia. Un nuevo criterio para definir la subordinación, debe centrarse en el sometimiento personal a la potestad de dirección del empleador, la cual puede existir aun cuando el trabajo sea prestado al exterior de su sede física. De este modo la presencia permanente del trabajador en un lugar establecido y su sujeción a horarios de trabajo, aun cuando continúe siendo una circunstancia usualmente presente en una relación dependiente, ya no constituye requisito indispensable de la subordinación, cuya esencia se manifiesta fundamentalmente en la obligación de acatar el poder de organización cuyo titular es el patrono.

Es importante observar que el tipo de subordinación que según esta generalizada doctrina es inherente al contrato de trabajo no es la misma subordinación que en todo contrato tiene la parte que asume una o más obligaciones. Es, en efecto, cierto que de todos los contratos civiles o mercantiles nacen obligaciones, al menos para una de las partes contratantes y que la parte que se obliga subordina su conducta al contrato, en el sentido de que debe dar cumplimiento a la obligación asumida mediante el mismo. Pero en el contrato del trabajo, la subordinación no significa solamente que el trabajador está obligado a prestar el servicio al cual se comprometió, sino que debe prestarlo con sujeción personal al poder directivo del empleador, lo cual crea, en la relación de trabajo, un sometimiento jerárquico de la persona del trabajador a la persona del empleador que no se produce en los contratos civiles y mercantiles. Justamente, son este sometimiento personal del trabajador a la autoridad jerárquica del empleador y las desigualdades económicas las que dificultan que a través del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad aquél

pueda negociar con éste sus condiciones de trabajo de una manera equitativa, circunstancias que justifican histórica e ideológicamente el nacimiento y la existencia del Derecho del Trabajo como una disciplina jurídica especializada que tiende a dar adecuada tutela a ese trabajador jurídicamente dependiente y económicamente desigual².

Junto con la subordinación, la ajenidad aparece como un elemento característico del tipo de trabajo sujeto a la regulación del Derecho Laboral. En efecto, en la relación de trabajo objeto de nuestra disciplina, el trabajador presta sus servicios por cuenta del patrono, es decir, por cuenta ajena. Se ha dicho que forma parte de la esencia del contrato de trabajo la convención, asumida aún antes de que el trabajador preste sus servicios personales, de que el producto de los mismos nace ya de propiedad del patrono, quien, además, asume los riesgos del trabajo. Esta característica de ajenidad es generalmente aceptada por la doctrina y por la jurisprudencia como propia del contrato de trabajo. En la doctrina española tal concepto tiene especial relevancia, pues muchos de sus exponentes ven en la ajenidad, que no en la subordinación, el elemento esencial diferenciador del contrato de trabajo y, consecuentemente, el hito fundamental que marca la frontera del Derecho del Trabajo con otras disciplinas. La dependencia, dice Alonso Olea (1979: 156-157), "no es un dato o carácter autónomo, sino un derivado o corolario de la ajenidad. En efecto, aquella potestad de dar órdenes no tiene otra justificación ni explicación posible como no sea la de que los frutos del trabajo pertenecen a otro". Según él la dependencia es propia de todas las personas que restringen su voluntad sometiéndose a un contrato, razón por la cual sería un elemento esencial de todo contrato y no exclusivamente del contrato de trabajo. En recientes sentencias, y especialmente en la N^o 489 del 13-08-2002, la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia muestra inclinación favorable hacia este criterio, no obstante lo cual, a mi manera de ver, al decidir si una relación tiene o no carácter laboral, se sigue sustentando en las circunstancias fácticas de la subordinación.

En conclusión, a mi juicio, puede sostenerse que la subordinación y la ajenidad son dos de las características más esenciales del tipo de trabajo regulado por el Derecho laboral. Este trabajo debe ser, además, voluntario, remunerado y no

sujeto a exclusiones legales del ámbito del Derecho Laboral. En consecuencia, no forman parte del objeto del Derecho del Trabajo ni el trabajo forzoso, como aquél que excepcionalmente se presta en algunos casos de condena penal, ni el trabajo gratuito, que se expresa en situaciones de voluntariado con una causa diferente a la remuneración. Tampoco se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo, aquellas prestaciones de servicio, que aun cuando puedan presentar las características de ajenidad, subordinación, voluntariedad y onerosidad, hayan sido excluidas del mismo por disposición legal. Tal sería el caso del trabajo de los funcionarios públicos o el trabajo voluntario de reclusos en programas de compensación de tiempo de reclusión por servicios, en aquellos países cuyas legislaciones hacen tal exclusión.

7. Prestaciones de servicio incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho Mercantil. Establecidas las características esenciales del tipo de trabajo que es objeto de la regulación del Derecho Laboral, quedan lógicamente excluidas de su ámbito de aplicación todas aquellas prestaciones de servicio que por carecer de las mismas se encuentren incluidos dentro del ámbito de aplicación de otras disciplinas jurídicas. Es el caso de las actividades profesionales prestadas con ocasión del ejercicio del comercio en condiciones de independencia, es decir no sujetas a subordinación laboral, las cuales son reguladas por el Derecho Mercantil. Entre las mismas, podemos señalar las actividades del empresario individual o del representante legal del empresario colectivo, cuando las mismas se realicen en condiciones de autonomía y en gestión de sus propios intereses, del factor mercantil, del agente de comercio y, en fin, las de todas aquellas personas que en el desempeño de un contrato mercantil presten a otra persona un determinado servicio, actuando por su propia cuenta y sin estar sujetos a una relación de dependencia jerárquica con quien recibe o se beneficie de ese servicio. Por descontado que esta expresión de límites entre ambas disciplinas, si bien corresponde a una formulación teórica claramente sustentable, no siempre es fácil de aplicar en la práctica. Existen, por una parte, situaciones en las cuales no resulta claro si una determinada prestación de servicios se realiza por cuenta propia y en condiciones de autonomía o por cuenta ajena y bajo dependencia. Por otra parte, se dan casos en los cuales una persona realiza una actividad que materialmente es de

naturaleza comercial, pero en cuyo desempeño se somete a la subordinación jerárquica de quien recibe sus servicios, lo que nos lleva a la compleja hipótesis de aplicación paralela de normas mercantiles o laborales. En fin, en número importante de casos, las partes adoptan formas mercantiles para encubrir una relación de trabajo dependiente y por cuenta ajena. En todas estas situaciones corresponderá al intérprete y, en caso de litigio, al Juez, estudiar las circunstancias concretas planteadas y determinar si las mismas configuran el desempeño de un trabajo voluntario, subordinado, oneroso, por cuenta ajena y no excluido por disposición legal expresa del ámbito del Derecho Laboral, en cuyo caso será esta la disciplina aplicable, aún cuando las partes hayan convenido una solución distinta o, si por el contrario, la ausencia de una o varias de estas características determina la naturaleza mercantil de la actividad sujeta a discusión.

8. El fraude laboral como un medio de evadir los costos de la protección legal del trabajo. Las normas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social otorgan al trabajador un determinado grado de protección jurídica con la cual se pretende contrarrestar la desigualdad de orden económico y social en que se encuentra frente a su patrono, pretendiendo lograr condiciones más favorables para la búsqueda del ideal de justicia social. Es por ello que se ha afirmado que con tales normas se pretende restablecer, con un privilegio jurídico, la igualdad social. Esta especial protección, que constituye un privilegio para el trabajador, supone correlativamente una carga para el patrono, en cuanto limita su libertad de acción en la empresa y aumenta sus costos de producción. Buena parte de los patronos acepta pacíficamente tal carga, no sólo por respeto y obediencia a la ley laboral, sino también por la convicción de que ésta, al crear normas que coadyuvan al control de la fuerza de trabajo, contribuye al establecimiento de un marco institucional dentro del cual es más factible lograr un sistema adecuado de relaciones de trabajo, que canalice oposiciones de intereses que de otra manera podrían degenerar en conflictos agudos y negativos para los objetivos generales de la producción. Sin embargo, algunos patronos tratan de escapar de los costos y limitaciones que les acarrea la legislación del trabajo y la seguridad social, para lo cual ocultan las relaciones laborales que mantienen con sus trabajadores, bajo el disfraz de una vinculación jurídica de otra

naturaleza, generalmente civil o mercantil. Nos encontramos, en esas situaciones, ante casos de fraude laboral o encubrimiento de las relaciones de trabajo.

Diversas han sido las formas utilizadas por algunos patronos para enmascarar sus relaciones de trabajo bajo otras apariencias jurídicas a fin de sustraerlas de la aplicación de la normativa laboral. Una de las formas más generalizadas de fraude es la de dar al contrato de trabajo la apariencia de una compraventa mercantil. El trabajador no es calificado como tal, sino como un "comerciante" que "compra" mercancía a una empresa y luego "la vende" en las condiciones determinadas por ésta, obteniendo una "ganancia" o "comisión mercantil". Especies de este género son los contratos que las empresas hacen firmar a los "concesionarios" o "distribuidores" de cerveza, refrescos, gas doméstico, agua, etc. En estos casos, como señala Caldera (1961: 280), las modalidades que acompañan al contrato (reventa por la misma persona del vendedor, exigencia de revender dentro de determinado radio, en determinadas condiciones y bajo la vigilancia de la empresa), sirven frecuentemente para demostrar la existencia de un nexo de dependencia característico del contrato de trabajo.

En ocasiones se celebra un "contrato de transporte", mediante el cual se considera como "porteador" o "transportista" que realiza el transporte a cambio de "un *flete*", a quien en realidad es un trabajador subordinado que transporta productos bajo las instrucciones de un patrono.

También se dan casos en los cuales empleador y trabajador adoptan la apariencia formal de un contrato de cuentas en participación para regular una prestación de servicios subordinada en la cual el trabajador aparece recibiendo, en lugar del salario, una participación en los resultados del supuesto negocio mercantil que hace con su empleador y que no consiste, en los hechos, sino en una prestación de servicios cumplida bajo la dirección y en beneficio de quien, no obstante la distinta calificación jurídica adoptada, es su verdadero patrono.

Es posible señalar que en algunos sectores de la economía venezolana se encuentra generalizado el sistema de prestación de trabajo mediante relaciones encubiertas o fraudulentas, así como también que en los últimos años se

observa una tendencia expansiva del fenómeno. Así, en los sectores dedicados a la distribución masiva de bebidas y productos alimenticios (refrescos, cerveza, agua potable, helados, perros calientes) tradicionalmente se han empleado contrataciones fraudulentas del personal. Recientemente estas modalidades se han venido implementando en otros sectores, tales como, venta de libros, pilotos y personal de cabinas de las líneas aéreas. No obstante ello, es necesario enfatizar que no todas los contratos mercantiles que envuelvan un prestación de servicios son manifestaciones de encubrimiento de una relación laboral que se quiere ocultar, ya que, por el contrario, como hemos ya visto, la prestación de servicios en el ejercicio de una actividad mercantil autónoma y por cuenta propia, es una figura no sólo legítima sino también usual en el mundo de los negocios.

9. Mecanismos de defensa del trabajador para lograr la aplicación de la legislación laboral a las relaciones fraudulentas o encubiertas. Descritas como han sido alguna de las situaciones creadas para evadir la normativa laboral, es necesario señalar que en el Derecho del Trabajo, tanto por la vía legislativa, como por la jurisprudencia y la doctrina, ha hecho un notable esfuerzo para que su aplicación no sea impedida por las contrataciones fraudulentas. Ricardo González Rincón (1983: 5, 15-19) resume con gran claridad lo que han sido considerados como mecanismos defensivos de la normativa laboral frente al fraude:

a) La irrenunciabilidad de las normas laborales. En el Derecho del Trabajo, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Común, priva el principio según el cual sus normas, por considerarse de orden público, son irrenunciables, de modo que tienen un **carácter imperativo**, que priva aún sobre la voluntad de las partes. En Venezuela, el principio de irrenunciabilidad y el carácter de orden público de la legislación laboral está consagrado en el artículo 89 de la Constitución aprobada en diciembre de 1999, además en los artículos 3 y 10 de la Ley Orgánica del Trabajo y 8 y 9 de su Reglamento.

El principio de la irrenunciabilidad constituye para los trabajadores una garantía de primer orden frente a los actos fraudulentos establecidos por los patronos para burlar la aplicación de las normas laborales. La relación de trabajo,

concebida como la vinculación jurídica existente entre quien presta subordinadamente un servicio y quien lo recibe, estará sujeta a las disposiciones de la legislación laboral y de la seguridad social aún cuando el propio trabajador haya convenido en declarar que dicha relación tiene una naturaleza jurídica diferente a la laboral.

b) La presunción de la relación de trabajo. Es generalizado el criterio según el cual la relación de trabajo supone tres elementos: **prestación de servicios, salario y subordinación**. La prueba de estos tres elementos puede, en algunos casos, resultar difícil para el trabajador. Si en tales situaciones se aplicase el criterio de derecho común según el cual quien pida la ejecución de una obligación debe probarla (artículo 1.354 del Código Civil venezolano), el trabajador que no demostrase los tres elementos constitutivos de la relación de trabajo, quedaría excluido de la legislación laboral. Para evitar esta situación y facilitar la protección debida a quienes viven de la prestación subordinada de sus servicios se ha establecido en las legislaciones de varios países la denominada "presunción laboral", según la cual basta la prestación de un servicio personal para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo entre quien presta el servicio y quien lo recibe.

c) El principio de la primacía de la realidad. El Derecho del Trabajo está concebido para regular realidades. Esta importancia de la realidad fáctica ha sido destacada por la doctrina juslaboralista, por la legislación y la jurisprudencia. De allí que la realidad de los hechos, tal como ocurren en la práctica cotidiana, tenga primacía frente a las apariencias formales que puedan adoptar las partes mediante declaraciones de voluntad, independientemente de que las mismas sean espontáneas o producto de la presión ejercida sobre una de ellas o de que sean emitidas en ausencia de dolo o de que envuelvan una intención fraudulenta. Este principio es consagrado en el texto constitucional venezolano de 1999, que expresamente señala en su artículo 89 que en "... las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias". De similar manera había sido incorporado por el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, que en su artículo 8, ordinal, c, consagró el principio de "*la primacía de la realidad o de los hechos, frente a la forma o apariencia de los actos derivados de la relación jurídica laboral*".

La primacía de realidad frente a la apariencia ha permitido que la jurisprudencia haya resuelto en favor de la aplicación del Derecho del Trabajo, muchos casos de simulación o fraude a la ley. Este principio, al fundamentar la aplicación de la legislación laboral en los supuestos de hechos que determinan la prestación subordinada del trabajo, otorga una amplia posibilidad de excluir la vigencia de contratos falsamente civiles o mercantiles, con los cuales algunos patronos pretenden ocultar la existencia de una verdadera relación de trabajo.

Mediante el uso de los mecanismos de defensa anteriormente referidos, la legislación laboral ha logrado ser aplicada en muchos casos en los cuales las partes, fundamentalmente el patrono, pretendieron evadir su normativa a través de situaciones de fraude o de simulación. Debemos observar, sin embargo, que no siempre en Venezuela han sido anulados los actos fraudulentos y lograda la aplicación del régimen jurídico laboral a todos aquellos contratos mediante los cuales se da calificación jurídica, civil o mercantil a verdaderas relaciones subordinadas de trabajo.

10. Recientes tendencias en materia de fraude en Venezuela.

Las investigaciones que hemos realizado en esta materia, aún recientemente (Richter y Hernández, 2002), permiten afirmar que el fenómeno de fraude laboral o relaciones de trabajo encubiertas tiene presencia importante y creciente en la realidad laboral venezolana, especialmente en algunos sectores tales como la distribución masiva de bebidas y alimentos y el transporte aéreo, en los cuales los mecanismos fraudulentos de evasión a la legislación laboral pueden considerarse institucionalizados, en tanto se practican de manera permanente y generalizada.

No obstante, que en los últimos veinte años son relativamente frecuentes las sentencias que “desenmascaran” relaciones laborales encubiertas, es posible señalar que el número de estas sentencias no guarda proporción significativa con la extensión generalizada del fraude laboral, especialmente en aquellos sectores en los cuales el mismo se ha institucionalizado.

En la mayor parte de las sentencias en que se “descubre el velo” de la apariencia fraudulenta y se determina la verdadera naturaleza laboral de la relación, se trata de casos en los cuales los elementos de la relación laboral eran demasiado evidentes y las prácticas patronales tan obvias que resultaba casi imposible a los abogados del empleador poder ganar el juicio. La mayoría de tales casos se produjeron en empresas ubicadas en sectores distintos a aquellos en los cuales el fraude está institucionalizado. En estos últimos, los empleadores tienen, sistemas más sofisticados de fraude y emplean a fondo todos los mecanismos y recursos posibles para la defensa de su posición en los juicios. Por otra parte, practican la política de llegar a transacciones cuando estiman que el curso del juicio les es desfavorable.

Más allá del panorama descrito, pueden señalarse dos hechos importantes ocurridos en esta materia en los últimos años, uno normativo y otro jurisprudencial.

La Constitución Nacional aprobada en 1999 y con vigencia a partir del 2000, refuerza, en su artículo 94, la protección contra el fraude laboral al señalar que *“el Estado establecerá, a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a los patronos o patronas en general, en casos de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral”*.

La Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, dictó dos importantes sentencias que establecen la existencia de una relación laboral en contratos de apariencia mercantil empleados en unos de los sectores que más había perfeccionado sus sistemas de encubrimiento de la relación de trabajo, cual es el de la distribución de cerveza.

En las referidas sentencias, de fechas 16 de marzo de 2000 y 31 de mayo de 2001, la Sala Social declaró la naturaleza laboral y no comercial de la relación que unía a una empresa cervecera con varios vendedores de cerveza y malta.

En ambas sentencias se analizan las circunstancias de las relaciones que los actores tenían con las demandadas y se sugiere que las mismas apuntan a una

naturaleza laboral y no comercial. Digo se sugiere, porque no obstante que los razonamientos que hace la Sala e, incluso, las citas doctrinarias que emplea, apuntan a una "recalificación" de la relación entre las partes como una relación laboral encubierta, es decir un caso de fraude laboral, la solución definitiva del caso se orientó por otra vía. En efecto, la Sala basa su decisión en el *principio de relatividad de los contratos*, consagrado en el artículo 1.166 del Código Civil, pues considera que los derechos y obligaciones que nacen del contrato mercantil celebrado entre las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada, creadas por los trabajadores por imposición de la empresa distribuidora de cerveza y esta última, no son vinculantes para los trabajadores que ejecutaban el objeto de dicho contrato. Para el Tribunal, los contratos sólo obligan a las partes que lo celebran y no a los terceros, catalogando a los trabajadores como terceros en cuanto a dicha relación, a pesar de que el trabajador es el socio fundador de la compañía. La Sala dice así:

"... la existencia de un contrato de compra venta mercantil entre dos personas jurídicas y la prestación del servicio personal por otra persona distinta a los demandantes, de manera ocasional, no son suficientes para desvirtuar la existencia de la relación de trabajo, pues de las pruebas examinadas por el juez de Alzada se evidencia que no fueron destruidos los elementos característicos de la relación de trabajo: prestación de servicio, labor por cuenta ajena, subordinación y salario (....) debió el patrono demostrar con plena prueba que la prestación personal del servicio se efectuó en condiciones de independencia y autonomía, que permitieran al juez arribar a la absoluta convicción de que la relación jurídica que los vincula es de una condición jurídica distinta, circunstancia esta última ausente en el caso examinado... "

Esta forma de decidir los casos ha sido criticada en cuanto elude el centro del debate judicial, cual era la naturaleza mercantil o laboral de las relaciones que lo originaron y al aplicar en forma indebida, se alega, el principio de la relatividad de los contratos considerando a los actores como terceros ajenos a los mismos, convierte en absoluta la presunción relativa de la relación de trabajo contenida en el artículo 65 LOT, ya que, por ser considerados los actores como terceros, no podían las demandadas destruir la referida presunción probando la naturaleza mercantil de unos contratos que, según las sentencias comentadas, no les eran

oponibles (Carballo y Márquez, 2002).

Más allá de las críticas técnicas que puedan hacerseles, las sentencias de DIPOSA anunciaban la posibilidad del inicio de una política judicial de enfrentamiento a las prácticas fraudulentas. Pocos meses después, la misma empresa condenada en las referidas sentencias, realizó, ante Sala Social, una transacción con la cual ponía fin a juicios que cursaban en diversos tribunales, la mayoría en primera instancia, incoados por un buen número de “comerciantes independientes” que habían intentado juicios reclamando su reconocimiento como trabajadores y el pago de los derechos que en tal condición le correspondían. En el texto del documento transaccional, homologado por la Sala Social, los actores reconocían la naturaleza mercantil de su actividad y recibían una indemnización en reconocimiento a la colaboración prestada a la empresa cervecera. Con posterioridad a esta transacción, varias sentencias de instancia han fallado a favor del carácter mercantil y no laboral de reclamaciones similares, basándose en los argumentos contenidos en las referidas transacciones. Con fecha 23 de Noviembre de 2.004, en un juicio intentado por un concesionario contra la misma empresa DIPOSA, la Sala Social dictó una sentencia que perfila una tendencia contraria a la que anunciaba en las anteriormente referidas decisiones del 16 de marzo de 2000 y 31 de mayo de 2.001. El caso decidido en esta última sentencia corresponde, en líneas generales, a la modalidad de trabajo por “concesionarios” ampliamente extendida entre las empresas que se ocupan de distribución masiva de cerveza, refrescos y agua potable. La Sala Social lo describe así:

“El actor alegó haber prestado servicios personales de carácter laboral a la demandada a través de una contratación pretendida y simuladamente mercantil, suscrita por él en representación de una sociedad de responsabilidad limitada que se le exigió constituir a los fines de la simulación, consistentes los servicios en distribuir sus productos a diversos clientes ubicados dentro de determinada zona geográfica. Los servicios se prolongaron durante un lapso de quince años y cuatro meses y concluyeron por despido verbal, sin que en el curso de los mismos ni a su finalización se le pagaran los conceptos propios de una relación de trabajo como la que, en realidad, existió.

gaceta-11(1)completa

“La demandada, además de la negativa pormenorizada de los hechos y pretensiones planteados y reclamadas, opuso como cuestión central que el demandante no fue un trabajador dependiente de ella sino un comerciante que realizaba la actividad de reventa y distribución de sus productos como administrador de una sociedad mercantil que él representaba, denominada Comercial Rafamiri, S.R.L., como se indica en los contratos de venta y concesión suscritos entre ambas partes; que a través de esa mediación el actor adquiriría los productos en condiciones de contado y corría con los riesgos de la mercancía, en garantía de lo cual se adhirió a un fideicomiso establecido al efecto, y los revendía en las condiciones de contado o crédito que considerara convenientes, corriendo también con los riesgos de esas formas de pago; que fijaba sus horarios a su conveniencia y la de los clientes; que podía ceder la cartera geográfica de clientes que tenía asignada o adquirir otras; y que cubría totalmente sus gastos de operación tanto de personal como del o los vehículos utilizados al efecto”.

“También con fundamento en la existencia de esa sociedad y su mediación en la relación del actor con la demandada, ésta alegó que la presunción legal del artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, queda desvirtuada y aquél tiene la carga de probarla; argumentación también improcedente, desde luego que es cuestión a resolver si esa mediación “formal” es o no suficiente para que al servicio personal prestado se le atribuya una naturaleza no laboral.

Conforme a esos planteamientos, por consiguiente, debe partirse de que se trató de una actividad personal del demandante, aun cuando la ejecutara formalmente en representación de una persona jurídica, por lo que funciona a su favor, en principio, la presunción de laboralidad contemplada en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo; de modo que es necesario determinar con el examen y valoración de los elementos de autos, si se mantiene la presunción o si quedó la misma desvirtuada”.

Después de analizar las probanzas producidas por las partes la Sala concluyó:

“Con vista de esas probanzas, aparecen demostrados a juicio de la Sala elementos que concordados entre sí enervan la pretensión de naturaleza laboral de la relación que existió entre las partes, según las consideraciones siguientes:

gaceta-11(1)completa

Conforme a los contratos mencionados suscritos entre las demandadas y Comercial Rafamiri, S.R.L., las facturas acompañadas y la experticia evacuada, ésta adquiría generalmente de contado los productos y los revendía a los clientes de la zona que tenía asignada, cuya actividad la realizaba con el vehículo de su propiedad y con el personal que considerara necesario, asumiendo los riesgos, responsabilidades y costos del transporte, siendo también de su responsabilidad, con la que cumplía, las obligaciones fiscales y laborales que corresponden a una sociedad. Pagaba efectivamente las cuotas por concepto del fideicomiso previsto para garantizar sus obligaciones frente a las demandadas y por concepto del seguro colectivo asumido con mediación de las demandadas, así como pagó lo correspondiente al vehículo adquirido a través del referido arrendamiento financiero, el cual pasó plenamente a su propiedad en definitiva, al punto que lo vendió a una de las demandadas por la cantidad de cuarenta millones de bolívares (Bs. 40.000.000,00) al finalizar la relación, sin que la contratación implicase una obligación en ese sentido. Recibió al finalizar la relación según lo previsto en los contratos, una remuneración calculada con base en el movimiento de litros de productos Polar implicados en la actividad, de veinte y nueve millones ochocientos cuarenta y nueve mil trescientos veinticuatro bolívares con cuarenta y cinco céntimos (Bs. 29.849.324,45). Recibió en cesión de otras contratantes de las demandadas, cupos de venta de productos. Todo ello desdibuja el aspecto salarial de una relación de trabajo y las condiciones de subordinación, dependencia y ajenidad.

Especial mención requieren las participaciones del actor a las demandadas, en nombre de Comercial Rafamiri, S.R.L., en el sentido de designar diversas personas para sustituirlo al frente de la misma y en las actividades contratadas, dado que para el año 2000 la sustitución se prolongó por el lapso de seis (6) meses, en 1996 por tres (3) meses y en 1994 por dos (2), sin que ello interrumpiera el curso contractual, circunstancias que ciertamente no son compatibles con la dependencia y subordinación personal que se alega.

Observa adicionalmente la Sala, que las sumas percibidas por el actor por la diferencia entre el precio de su adquisición de productos a las demandadas y el precio obtenido de los clientes, cubrían los costos del vehículo y el personal que utilizaba al efecto, de modo que no podrían en ningún caso aquellas

considerarse en su totalidad como un salario percibido personalmente.

De acuerdo, pues, con esos elementos y circunstancias, la Sala concluye en que quedó desvirtuada la presunción de relación laboral de los servicios alegados por el demandante, en virtud de lo cual, no podrá prosperar su demanda. Así se declara”.

II. Espacios de concurrencia

11. Relatividad de la especialización de las ramas del Derecho y complejidad de las realidades empresariales. Al menos dos razones explican que, más allá de las dificultades para establecer un límite preciso entre las disciplinas del Derecho Laboral y el Derecho Mercantil, en más de una oportunidad, la solución de ciertos problemas que ocurren en el escenario múltiple de la empresa, requieran de la participación interdisciplinaria de los especialistas de ambas ramas. Por una parte, el grado de especialización de las diferentes ramas del Derecho no es absoluto. Ciertamente es que cada rama jurídica está dirigida a la regulación de un sector específico de la conducta humana y que para hacerlo emplea normas elaboradas en conformidad a unos principios propios y a una propia metodología. Pero el objetivo general de todo el sistema jurídico es la regulación de la conducta humana, de donde se deriva que el sistema sea un todo global, en el cual las distintas especialidades no son compartimientos estancos, sino que actúan como disciplinas interrelacionadas. De acuerdo a Ricardo Hernández Álvarez (1998: 45) el Derecho es un todo integrado, complejo y completo, ramificado pero no seccionado: cada rama, independientemente de sus particularidades propias, está integrada al tronco común y se nutre de la misma savia que le viene de las mismas raíces.” Por otra parte, la actividad que se desarrolla en la empresa es altamente compleja y da lugar a relaciones de las más diversas índoles, entre ellas las de naturaleza comercial y las de naturaleza laboral, que no siempre se encuentran totalmente separadas. De allí, que existan, dentro del escenario empresarial, espacios en los cuales se requiera la presencia tanto del Derecho Mercantil como del Derecho del Trabajo a fin de dar una solución adecuada a las situaciones que se presentan.

12. Principales problemas laborales que se plantean en el ámbito mercantil. El análisis de los diversos problemas laborales que suelen presentarse en el ámbito mercantil es una interesante tarea que he tenido la oportunidad de intentar en seminarios dictados en cursos de especialización de Derecho Mercantil dictados en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad de los Andes, pero cuya extensión impide que sea abordada dentro de los límites del presente trabajo. Más a título de agenda propuesta para un esclarecedor estudio multidisciplinario, que de reseña exhaustiva, me permito proponer la siguiente clasificación de los principales problemas laborales que se presentan en el ámbito mercantil:

a) Problemas que tienen que ver con la empresa como escenario en el que se desarrollan las relaciones mercantiles y laborales y con los sujetos de la misma. La empresa es, como se ha visto, el complejo escenario en el cual se desarrollan, entre otras relaciones jurídicas, las de naturaleza mercantil y laboral. Dentro de la empresa actúan los titulares de tales relaciones dando lugar a situaciones jurídicas reguladas unas por el Derecho Mercantil y otras por el Derecho del Trabajo, presentándose en ocasiones una presencia concurrente de ambas disciplinas.

Aún cuando el mejor tratamiento teórico del tema requeriría partir de una concepción unitaria de la empresa como categoría cognoscitiva a ser utilizada por cualquier disciplina jurídica, lo cierto es que existen diferencias, que requieren ser analizadas y esclarecidas, entre la noción de empresa empleada por el Derecho Mercantil y la que emplea el Derecho del Trabajo.

Como todas las relaciones jurídicas, las mercantiles y las laborales tienen como titulares determinados sujetos o personas que son objeto de una específica regulación por las respectivas disciplinas. Pero ocurre que en ocasiones una misma persona aparece como sujeto de una relación mercantil y de una relación laboral que se producen dentro del mismo escenario empresarial, lo cual supone la presencia de ambas disciplinas en sus respectivos ámbitos de aplicación. Así el comerciante, sujeto por excelencia del Derecho Mercantil, suele ser el titular de una empresa que mantiene trabajadores de manera que tal comerciante suele ser, al mismo tiempo, patrono. De igual manera, las personas que ejercen la

titularidad de diversos órganos de las sociedades mercantiles, como lo directivos, los gerentes, los factores comerciales y los comisarios, en algunos casos pueden, en virtud del ejercicio de sus funciones, llegar a ser sujetos de una relación jurídica laboral, bien sea como patronos o como trabajadores. En este sentido es abundante la casuística jurisprudencial, especialmente aquella que decide sobre el carácter de trabajador o de no trabajador que puede corresponder a quien se desempeña en el ejercicio de la titularidad de alguno de los órganos societarios. Semejante es la situación que puede presentarse con los socios comerciales y con los agentes de comercio, pues, según el criterio predominante, el hecho de que estas figuras sean típicamente mercantiles no excluye la posibilidad de que la persona titular de la misma, por prestar un servicio dependiente y por cuenta ajena, sea al mismo tiempo un trabajador subordinado sujeto a la regulación del Derecho Laboral.

Sabido es que la constitución, funcionamiento y liquidación de las sociedades mercantiles obedece a precisos procedimientos establecidos por el Código de Comercio. También es sabido que en el trámite de cumplimiento de tales procedimientos o, simplemente, por la falta de cumplimiento de los mismos, pueden producirse ciertas situaciones fácticas que dan lugar a especiales consecuencias jurídicas previstas por el ordenamiento mercantil. Me refiero a los casos de sociedades en formación, de sociedades en liquidación y de sociedades irregulares. Pues bien, tales sociedades " sui generis" pueden efectivamente realizar actos jurídicos sujetándose a las especiales disposiciones que la legislación mercantil establece para ellas. Pueden también estas sociedades emplear trabajadores, con lo cual se convierten en sujetos empleadores "atípicos" de las relaciones laborales así establecidas, dando lugar a una especial situación cuyo análisis requiere un estudio interdisciplinario.

El sujeto de la relación de trabajo es el empleador, es decir el empresario y no la empresa, que es más bien la organización productiva de la cual éste es titular y en la cual se llevan a cabo relaciones mercantiles, laborales y de otra naturaleza. La empresa, como estructura organizativa, está sujeta a diversas posibilidades de cambio que de, una manera u otra, afectan o podrían afectar la titularidad de los sujetos de la relación de trabajo y los efectos mismos que éstas pueden producir. Me refiero a situaciones tales como la creación de

grupos de empresa, uniones empresariales, transferencias societarias, fusiones, concentración y desconcentración de empresas, ventas de acciones, activos y fondos de comercio, sustitución de patronos, privatización y estatización de empresas, todas las cuales abren un interesante espacio para el estudio interdisciplinario.

b) Problemas que tienen que ver con algunas modalidades de contratos mercantiles y su posible vinculación con el derecho del Trabajo. La figura del contrato concebida originariamente por el Derecho Civil como forma voluntaria de creación de obligaciones por las partes intervinientes en el mismo, es igualmente y con las particularidades propias de cada disciplina, la fuente fundamental de las obligaciones que nacen del ejercicio del comercio y de la prestación subordinada y por cuenta ajena del trabajo. El Derecho mercantil establece un catálogo de contratos comerciales, buena parte de los cuales están regulados por el Código de Comercio y por leyes especiales. En el cumplimiento de algunos de estos contratos es frecuente que una de las partes se obligue a prestar personalmente a otra un determinado servicio, con lo cual se da lugar a acercamiento al campo propio del Derecho Laboral. Ello suele originar problemas cuya solución requiere que se haga la determinación, no siempre fácil, de si se está ante el desempeño de una actividad comercial autónoma o ante una prestación de servicio subordinada y por cuenta ajena, en cuyo caso en el cumplimiento del contrato las partes independientemente de cual sea la expresión de sus acuerdos voluntarios, estarían abandonando el campo del Derecho Comercial para incursionar en el propio del Derecho del Trabajo. Este tipo de situaciones se dan con cierta frecuencia en contratos tales como el de compra-venta mercantil, arrendamiento mercantil, distribución, comisión y cuentas en participación. En ocasiones ello ocurre porque en el cumplimiento del contrato las partes han adoptado modalidades objetivamente ambiguas, que los colocan en las denominadas "zonas grises" en las cuales se hace difícil la determinación de la naturaleza laboral o mercantil de una prestación de servicios. En otras ocasiones se está frente a una situación de encubrimiento o fraude a la cual ya se ha hecho referencia. El esclarecimiento de estas situaciones requiere, en ambos casos, que el intérprete emplee adecuadamente tanto los instrumentos del Derecho Mercantil como los del

Derecho Laboral.

c) Problemas que tienen que ver con los privilegios y concursos.

Otros de los temas que necesariamente involucran un análisis conjunto, no sólo desde las perspectivas del Derecho Laboral y del Derecho Mercantil, sino también del Derecho Civil, son los atinentes a los privilegios y a los procedimientos concursales.³

El carácter vital de las remuneraciones del trabajador, ha sido tomado en cuenta por el legislador para otorgarle un carácter privilegiado en relación a los otros créditos que constituyen el pasivo de un deudor. Esta circunstancia fue tomada en cuenta incluso por las legislaciones civiles y mercantiles, aún con anterioridad a la existencia del Derecho del Trabajo como disciplina especializada. En buena parte de los países la regulación civil es complementada por normas laborales que amplían el carácter privilegiado de los créditos de los trabajadores⁴. En general los principales aspectos regulados son los siguientes:

1. Tipo de crédito protegido.
2. Limitación al crédito protegido.
3. Naturaleza y extensión de los bienes afectados.
4. Lugar del Crédito laboral en el orden de prelación general de los créditos.

Un tema íntimamente vinculado con el anterior y en el cual también hay una involucración tanto del Derecho Mercantil como del derecho del trabajo, es el referente a los denominados procesos concursales y a la participación de los trabajadores en los mismos. En aquellos casos en que el deudor incurre en cesación de pagos los procedimientos individuales de cobro judicial que la ley confiere a cada uno de los acreedores son sustituidos, para lograr una mayor eficacia, por un procedimiento colectivo o concursal, en el cual la "masa" o pluralidad de los acreedores ejerce una acción universal, destinada a la ejecución colectiva de todo el patrimonio del deudor en beneficio de sus

acreedores y a organizar las actividades tendientes a realizar materialmente el principio de que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros y de que su patrimonio es la prenda o garantía común de sus acreedores, quienes deben recibir trato igualitario en dicha ejecución colectiva, salvo las excepciones permitidas por la ley. Este tipo de procedimientos, denominados concursales o universales, forman parte del Derecho Mercantil, pero el Derecho del Trabajo tiene incidencia en los mismos en cuanto regula la participación que en ellos corresponde a los créditos privilegiados de los trabajadores. La doctrina laboral plantea que cuando se pretende tutelar al crédito laboral, no es suficiente el establecimiento de un privilegio sobre el mismo, sino que es necesario tomar ciertas previsiones para asegurar el eficaz funcionamiento de ese privilegio en aquellas situaciones en las cuales la insolvencia del empleador ha sido formalmente declarada, existiendo otros acreedores distintos de los laborales que estén intentando hacer valer su pretensión de hacer efectivo su crédito.

Notas:

1 Véase al respecto Tratamiento de la Subordinación en la Jurisprudencia Venezolana, María Laura Hernández, V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 169 y ss.

2 Sobre la subordinación y su función determinante de la existencia del contrato y/o de la relación de trabajo y, como consecuencia, de la aplicación del Derecho laboral, véase entre otros, Carballo Mena, César, *Delimitación del contrato de trabajo*, Caracas 2001; Oscar Ermida Uriarte y Oscar Hernández Alvarez, *Crítica a la Subordinación* en Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2.003, Vol I, pp. 447 y ss., Américo Plá Rodríguez, *Curso de Derecho laboral*, t. I vol. 1, 2ª ed., Montevideo 1990, págs. 95-96 y t. II vol., Montevideo 1991, págs. 21 y sigs.

3 Para un análisis detenido del tema véase Oscar Hernández Alvarez, La Protección de los Créditos Laborales frente a los Acreedores del Empleador en América Latina. Especial Referencia a la Situación de Venezuela y de Uruguay en revista Gaceta Laboral, LUZ, Vol 8 Nº

2, Mayo- Agosto 2.002, pp.213 y ss.

4 Véase Argentina, Ley de Contrato de Trabajo, arts. 261 a 274; Brasil, art. 449 de la Consolidación de las Leyes de Trabajo; Colombia, art. 345 del Código Sustantivo del trabajo; Costa Rica, art. 33 y 175 del Código de Trabajo; Chile, art. 69 de la Ley 2.200 Sobre Contrato de Trabajo; Ecuador, art. 87 del Código del Trabajo; Guatemala, art. 101 del Código del Trabajo; Haití, art. 165 del Código del Trabajo; Honduras, art. 374 del Código del Trabajo; México, art. 113 de la Ley Federal del Trabajo; Panamá, art. 166 del Código del Trabajo; Paraguay, art. 248 del Código del Trabajo; República Dominicana, art. 147 del Código del Trabajo.

Bibliografía

- 1.) ALONSO OLEA, Manuel. "Trabajo libre y trabajo dependiente". En: **Estudios sobre Derecho individual de trabajo en homenaje al Prof. Mario L. Deveali**. Buenos Aires. Editorial Heliasta, 1979.
- 2.) CALDERA, Rafael. **Derecho del trabajo**. Buenos Aires. Editorial El Ateneo, 1961.
- 3.) CARBALLO, César y MÁRQUEZ, Victorino. **El costo de la regulación laboral y de las decisiones judiciales en Venezuela**. Caracas. CONAPRI-UCAB, 2002.
- 4.) CARBALLO MENA, César. **Delimitación del contrato de trabajo**. Caracas, 2001.
- 5.) ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ALVAREZ, Oscar. "Crítica a la Subordinación" En: **Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez**. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2003. Vol I. pp. 447 y ss.
- 6.) GONZÁLEZ RINCÓN, Ricardo. **La simulación y el fraude a la Ley en el contrato de trabajo**, ponencia presentada en las II Jornadas Zulianas de Derecho Laboral. Maracaibo, 1983.
- 7.) HERNÁNDEZ, María Laura. **Tratamiento de la Subordinación en la**

Jurisprudencia Venezolana. V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001.

- 8.) HERNÁNDEZ ALVAREZ, Ricardo, "El Abogado frente a la Especialización, la Modernización y la Globalización". En: **Revista THEMIS**. Barquisimeto. Colegio de Abogados del Estado Lara. Nº 2. Junio 1998.
- 9.) HERNÁNDEZ ALVAREZ, Oscar. "La Protección de los Créditos Laborales frente a los Acreedores del Empleador en América Latina. Especial Referencia a la Situación de Venezuela y de Uruguay". En: **Revista Gaceta Laboral**. Maracaibo. LUZ. Vol. 8 Nº2, Mayo-Agosto 2002. pp.213-247.
- 10.) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Sobre las fronteras del Derecho del trabajo. En: "**Estudios Homenaje a Rafael Caldera**". Caracas. UCAB, 1977.
- 11.) PLA RODRÍGUEZ, Américo. **Curso de Derecho Laboral**. t. I y t. II, Montevideo, 1990-1991.
- 12.) RICHTER, Jacqueline y HERNÁNDEZ ALVAREZ , Oscar. **El Trabajo sin tutela en Venezuela: viejas y nuevas formas de desprotección**. Caracas. UCV, 2002.

Textos Legislativos:

13. Ley de Contrato de Trabajo de Argentina.
14. Consolidación de las Leyes de Trabajo de Brasil.
15. Código Sustantivo del Trabajo de Colombia.
16. Código de Trabajo de Costa Rica.
17. Ley 2.200 Sobre Contrato de Trabajo de Chile.
18. Código del Trabajo de Ecuador.

19. Código del Trabajo de Guatemala.
20. Código del Trabajo de Haití.
21. Código del Trabajo de Honduras.
22. Ley Federal del Trabajo de México.
23. Código del Trabajo de Panamá.
24. Código del Trabajo de Paraguay.
25. Código del Trabajo de República Dominicana.
26. Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela.
27. Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela.