

El uso de las relaciones jurídicas mercantiles y civiles a los fines de desconocer la aplicación de la legislación laboral

Jacqueline Richter*
Nayibe Chacón Gómez**
Daniel Pérez Pereda***

RVDM, Nro. 5, 2020. pp-59-91

Resumen: Este estudio analiza el uso de contratos civiles y mercantiles con la finalidad de desconocer la relación de trabajo. Existe una serie de figuras situadas en la frontera entre la prestación personal de servicios autónoma y la realizada bajo subordinación, lo que dificulta discernir el régimen jurídico aplicable. En esta investigación se reporta el uso fraudulento de las formas mercantiles y civiles, con especial referencia a las cooperativas de trabajo asociado y los honorarios profesionales, para escapar del manto protector del Derecho de Trabajo. Los diversos tipos de contratación se analizan para situar la posible frontera entre el derecho laboral y el comercial o civil, reseñando los criterios doctrinales y jurisprudenciales para delimitar el uso legal o fraudulento de cada modalidad de contratación.

Palabras claves: Contratos mercantiles, simulación laboral, contratos civiles, fraude a la ley, asociaciones cooperativas, profesiones liberales.

The use of commercial and civil legal relations with the purpose to ignoring the application of labor legislation

Abstract: A study is presented that cites the doctrine and jurisprudence of cases in which commercial and civil forms, contracts and subjects are used, with the intention of ignoring the application of labor legislation to the detriment of people who lend personally and autonomous services. The use of certain commercial contracts is highlighted, in order to create a fiction that there is a contractual relationship between equals, when what underlies is a labor-type relationship with the presence of subordination. The same situation occurs with the employment of commercial and civil companies, in the latter case, the situation of cooperative associations is noted. Finally, the particular case of the liberal professions is noted, the exercise of which does not correspond to an act of commerce or an employment contract.

Keywords: Commercial contracts, labor simulation, civil contracts, fraud of the law, cooperative associations, liberal professions.

* Abogada. Especialista en Derecho del Trabajo (UCV, 2004). Maestría en Gobierno y Asuntos Públicos en Flacso (1996) y doctora en Sociología por la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Profesora Titular de la Universidad Central de Venezuela.

** Abogada. Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2005). Doctora en Ciencias Mención Derecho (UCV, 2009). Profesora Titular de la Universidad Central de Venezuela.

*** Abogado. Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2010). Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho (UCV). Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello.

El uso de las relaciones jurídicas mercantiles y civiles a los fines de desconocer la aplicación de la legislación laboral

Jacqueline Richter*
Nayibe Chacón Gómez**
Daniel Pérez Pereda***

RVDM, Nro. 5, 2020. pp-59-91

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1.- *Relaciones según el tipo de contrato: 1.1. Contrato de distribución. 1.2. Contrato de franquicia. 1.3. Contrato de cuenta en participación.* 2.- *Relación según el sujeto a quien se contrata: 2.1. Trabajador con forma mercantil. 2.2. Trabajador con forma civil: asociaciones cooperativas. 2.3. Profesiones liberales.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La prestación personal de servicios puede realizarse bajo tres modalidades: subordinada o autónoma o voluntaria. En caso de ser bajo dependencia el régimen jurídico general es la legislación laboral con regímenes especiales para tipos especiales de trabajadores. Tal es el caso de los funcionarios públicos que cuentan con un régimen de tipo estatutario para ingreso, evaluación, ascenso, remoción y sistema de jubilación.

La situación del trabajador autónomo es diferente. Hay muchas modalidades de prestación de servicios personales que revisten diversas formas que refieren a regímenes jurídicos de derecho privado, diferentes al ordenamiento jurídico laboral. Desde la figura del comerciante individual, del socio, ya sea de una sociedad mercantil o de una sociedad o asociación civil o cooperativa, o la de los honorarios profesionales, entre otras, refieren a diversas modalidades de prestar servicios personales.

* Abogada. Especialista en Derecho del Trabajo (UCV, 2004). Maestría en Gobierno y Asuntos Públicos en Flacso (1996) y doctora en Sociología por la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Profesora Titular de la Universidad Central de Venezuela.

** Abogada. Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2005). Doctora en Ciencias Mención Derecho (UCV, 2009). Profesora Titular de la Universidad Central de Venezuela.

*** Abogado. Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2010). Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho (UCV). Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello.

Todas esas formas de prestar servicios personales se efectúan con la finalidad de obtener un ingreso, llámese ganancia, excedente o honorarios profesionales. La regulación de esos contratos se basa en el principio de la autonomía de la voluntad, por lo que la legislación interviene solo en ausencia de voluntad de las partes. De igual manera, la interpretación judicial tiene como norte desentrañar la voluntad de las partes.

El trabajo voluntario refiere a modalidades de prestación personal de servicios por vocación social. Algunas se hacen bajo una especie de subordinación, que no puede catalogarse de jurídica, aunque al pertenecer a una organización se está en la obligación de acatar las órdenes de los superiores, pero éstos no tienen la cualidad de empleador. El ejemplo típico de prestación personal de servicio voluntaria es la pertenencia a órdenes religiosas. Otros ejemplos, los encontramos en diversas asociaciones civiles dedicadas a labores sociales o recreativa.

Un especial tipo de trabajo voluntario es aquel que realizan las personas que se dedican al trabajo en el hogar no remunerado. Nos referimos a lo que la literatura sociopolítica denomina trabajo para la reproducción social,¹ pues son las actividades que permiten el cuidado de la especie humana. Ese trabajo tradicionalmente lo han realizado las mujeres, aunque actualmente han aumentado los hombres en labores de cuidado familiar. Este tipo de trabajo mantiene una relación tensa con el derecho, pues algunos de sus efectos son reconocidos, pero en general se desarrolla al margen de la regulación legal.²

Las variadas formas de prestación personal de servicios autónomas remuneradas refieren a diversos regímenes jurídicos con poco o nulo acceso a la protección laboral, pues hasta el acceso a la seguridad social se ha visto limitado, ya sea por las altas contribuciones que se prevén como por la ausencia de un desarrollo de los regímenes previstos en la Ley Orgánica de Seguridad Social.

La ausencia de protección social también se vincula con las estrategias empresariales de utilizar esas formas de contratación para evadir la legislación del trabajo. Así lo ha destacado lo ha destacado la doctrina³ y la jurisprudencia, ya que ambas han reportado numerosos casos de contrataciones civiles y mercantiles efectuadas con la finalidad de evadir el manto protector del derecho del trabajo, pues se realiza un trabajo

¹ Cristina Borderías Mondejar, Cristina Carrasco Bengoa y Carme Alemany, *Las mujeres y el trabajo: rupturas conceptuales*. Editores: Icaria Editorial (1994).

² Jacqueline Richter, «El concepto ampliado de trabajo: los diversos trabajos», *Gaceta Laboral*, vol. 17, núm. 2. (2011).

³ Oscar Hernández Álvarez, «El Derecho Mercantil y el Derecho del trabajo: fronteras y espacios e concurrencia», Libro *Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, Coordinación y compilación Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrisbeitia*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, (2012).

bajo dirección de otro sin la aplicación de la normativa laboral. Claro está, ese no es el propósito que se tuvo al ser diseñadas e incorporada en la legislación mercantil y civil venezolana esas modalidades de contratación.

En otros casos, es factible que el empleador intente revestir la prestación de servicios personales de apariencias de autonomía para ocultar una relación de trabajo subordinada. Estas situaciones tienen un elemento común, se puede develar una intencionalidad del empleador, lo que permite subsumir esas contrataciones en casos de simulación o fraude a la ley laboral.⁴

La desactualizada legislación mercantil venezolana, cuya última reforma del Código de Comercio data de 1955, junto a la proliferación de leyes que permiten las más variadas formas de prestación de servicios personales, se han constituido en el caldo de cultivo para limitar el ámbito de aplicación de la legislación del trabajo. Por esa razón, el más alto Tribunal de la República en una decisión que sentó precedente en la historia judicial del país, desenmascaró una recurrente y tradicional práctica de encubrimiento del contrato de trabajo, bajo formas mercantiles. Es la famosa sentencia de fecha 16 de marzo de 2000 de la Sala de Casación Social con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, en el caso: *Vendedores Independientes vs. Distribuidora Polar S. A.*, conocida como el “Caso DIPOSA”, en la cual se hace evidente el empleo de ciertas prácticas contractuales mercantiles para encubrir la relación de trabajo a fin de evadir el manto protector del derecho laboral. Este caso permite reflexionar sobre varias aristas del uso de modalidades fraudulentas. El porcentaje del precio de venta que era asignado a los choferes de los camiones que distribuían los productos de la Polar era lo suficientemente atractivo para incentivar al trabajador no solo a aceptarlo, sino también a no reclamar. La empresa no solo se desvinculaba de las obligaciones salariales y del pago de las prestaciones sociales, sino que no asumía ninguna responsabilidad en caso de accidentes o enfermedad profesional. Los trabajadores solo se percataban de las grandes cantidades de dinero que habían dejado de percibir al finalizar la relación de trabajo o cuando se enfermaban o sufrían un accidente profesional.

Las recurrentes prácticas de inobservancia y fraude a ley⁵ ha llevado a que orden jurídico haya intentado limitarla de diversos modos. Ya en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se establece que es obligación del Estado determinar la responsabilidad patronal, en caso de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral (Artículo 94).

⁴ Oscar Hernández Álvarez, «Relaciones de Trabajo encubiertas. Su tratamiento en el Derecho Laboral Venezolano», *Libro Ensayos Laborales*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, (2005).

⁵ Fraude implica intencionalidad, es usar artilugios o maquinaciones para disfrazar una realidad en cambio la inobservancia es simple incumplimiento de la orden legal.

Esa orden intento ser desarrollada, con poca claridad, en el Decreto Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras (DLOTTT) que bajo el título de prohibición de la tercerización regula varios supuestos de fraude o inobservancia de la ley laboral⁶.

Los intentos legislativos se han topado con nuevas situaciones que bajo el estandarte de ser la realización de las políticas públicas desconocen la aplicación de la legislación laboral en detrimento de la persona que presta el servicio. Es el caso de varios programas sociales que contratan al personal sin reconocer la relación laboral, disfrazando el pago del salario con bonos o becas por la prestación del servicio.

Así, la doctrina se ha manifestado al considerar que:

La prestación de un servicio ejecutada de manera personal en favor de otra, usualmente se la asocia con la existencia de un contrato de trabajo entre las partes; no obstante, ello no implica necesariamente que estemos siempre en presencia de un contrato de trabajo, pues existe una amplia gama de situaciones en las cuales, una persona de manera personal realiza una actividad en beneficio de otra sin que se haya pretendido celebrar un contrato de trabajo, antes por el contrario la prestación o actividad realizada puede ser el objeto de contratos de naturaleza civil o mercantil. (...) algunas categorías profesionales, no compatibles con la condición laboral y que pretenden estar amparadas por un contrato de trabajo o trabajadores por cuenta propia que al momento de terminar sus relaciones civiles o comerciales exigen se les de un trato que no reclamaron en ningún momento ni estuvo presente en el momento de iniciar la relación no dependiente.⁷

Las modalidades que pueden utilizarse para la prestación personal de servicios son variadas y para analizarlas las hemos agrupado en tres (3) categorías de relaciones, a saber: 1.- relaciones según el tipo de contrato; 2.- relaciones según el sujeto con que se contrata; y 3.- relaciones derivadas del propio derecho laboral o del uso de la tecnología.

1.- Relaciones según el tipo de contrato:

Esta categoría corresponde a las relaciones que tienden a utilizar ciertos tipos de contratos para encubrir la prestación de personal de servicio y omitir las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo. Para mostrar esa intencionalidad, se enumeran a continuación contratos propiamente de la disciplina del derecho comercial o civil, cuyas características los hacen propicios para intentar esconder situaciones

⁶ Juan Carlos Pró-Risquez, «Estudio sobre la LOTTT, la Tercerización, la subcontratación en el marco de la LOTTT», *Derecho y Sociedad*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila, núm. 11, (2012).

⁷ Héctor A. Jaime Martínez, «Los criterios delimitantes del Contrato de Trabajo. Especial referencia a la Jurisprudencia Venezolana» *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas. División de Investigaciones, Barquisimeto, Tipografía Litografía Horizonte, 7 (extraordinaria) (2009): 389-433.

de subordinación jurídica y ajenidad, bajo una sedicente relación de igualdad en la contratación, la cual es propia de las relaciones entre comerciantes individuales o sociales, así como las derivadas de la realización de actos de comercio o de actividades económicas de variada naturaleza. También se anotan situaciones de las personas jurídicas del derecho civil, como es el caso de las asociaciones cooperativas.

En estos casos la utilización de estas “figuras mercantiles” (aunque como se verá también son figuras de derecho civil) se hace con la finalidad de desconocer la relación de dependencia que entraña los verdaderos contratos laborales.

En tal sentido, se anotan ciertos principios legales de naturaleza laboral que pueden influir en estas relaciones contractuales:

a) en caso de existir una duda en cuanto a la relación laboral y sus derechos, se aplicará la interpretación que más beneficie al trabajador, conocido como *in dubio pro operario*; b) la aplicación de la norma laboral más favorable, por virtud del cual, en caso de plantearse dudas razonables en la aplicación de dos o más normas, será aplicada aquella que más favorezca al trabajador; c) principio de conservación de la relación laboral más favorable, por virtud del cual deberán ser respetados los derechos que se encuentren irrevocable y definitivamente incorporados al patrimonio del trabajador; d) principio de la supremacía del fondo, la realidad o los hechos sobre la forma o apariencia de los actos, lo cual significa que si una relación cumple con determinados preceptos legales, existirá una relación laboral independientemente de la formalidad contractual que se le haya querido otorgar a la relación; e) conservación de la relación del trabajo, por virtud de la cual, en caso de duda sobre la extinción o no de la relación laboral, se resolverá a favor de su subsistencia.⁸

De particular relevancia para desenmascarar esas prácticas son los principios de la primacía de la realidad sobre las formas y la irrenunciabilidad de los derechos laborales. No importa lo sofisticado que sea la modalidad para encubrir, ya sea crear la sociedad mercantil, inscribir al trabajador como patrono en el seguro social, alquilarle los implementos de trabajo, el juez debe buscar la realidad sobre las apariencias. De igual manera, no es relevante que el trabajador manifieste su absoluto acuerdo con esa forma de contratación.

Los principales contratos que se extraen de las prácticas comerciales y civiles venezolanas y que, tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan en que han sido utilizados y que pueden seguir siendo utilizados con los propósitos antes descritos son: el contrato de distribución, el contrato de franquicia y el contrato de cuenta en participación.

⁸ José Javier Briz Kaltenborn, *Estudio práctico del Régimen Legal de las Franquicias en Venezuela*. (Vadell Hermanos, Editores, C.A., Caracas. 2005): 118.

1.1.- Contrato de distribución:

El contrato de distribución constituye una figura del derecho comercial. Así apunta la doctrina que “el objeto del mismo tiene carácter meramente mercantil, se trata de la ejecución de actos de comercio, en donde (sic) el distribuidor le compra bienes al productor con ánimo de revenderlos, es decir, es un contrato entre dos comerciantes.”⁹

Su importancia en el mundo del derecho del trabajo estriba en su utilización para evadir verdaderas relaciones laborales, y sus consecuencias, siendo una de las formas de externalizar más empleada en la actualidad. De tal suerte, que el trabajo desempeñado por conductores que distribuyen productos, quedan fuera de la sujeción al derecho laboral, tal como quedó evidenciado en las decisiones de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, conocidas como sentencias DIPOSA I y DIPOSA II, la primera de fecha 16/03/2000 con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, caso: Vendedores Independientes vs. Distribuidora Polar S. A., y la segunda de fecha 31/05/2001 con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz.

Por su parte, la doctrina consultada anota que

de acuerdo a la presunción de laboralidad, en toda relación que se da entre quien presta un servicio personal y quien lo reciba, le corresponderá a la parte que niega el carácter laboral de la misma demostrar que las condiciones de hecho en las que se desarrollaba dicha prestación excluyen la posibilidad de que sea calificada como una relación de trabajo. En el caso del contrato de distribución, el objeto del mismo tiene carácter meramente mercantil, se trata de la ejecución de actos de comercios, en donde el distribuidor le compra bienes al productor con ánimo de revenderlos, es decir, es un contrato entre dos comerciantes. No obstante, no han faltado casos en donde los sujetos contratantes, lejos de darle nacimiento a relaciones meramente comerciales, pretenden constituir una «relación laboral encubierta» mediante la utilización de distintas instituciones mercantiles, como por ejemplo, el contrato de distribución.¹⁰

Así las cosas, en criterio del citado autor, se materializará la relación laboral encubierta cuando los patronos tratan de escapar de los costos y limitaciones que le acarrea la legislación del trabajo y de la seguridad social, por lo cual se oculta la prestación personal del trabajador por medio de un sedicente contrato de distribución. Sin embargo, en aquellos casos donde la relación es puramente comercial y no se está utilizando esta figura con fines defraudatorios de las obligaciones laborales, es un válido

⁹ Diego Tomás Castagnino, *El contrato de distribución*. (Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. C.A., Caracas, 2018): 228.

¹⁰ Castagnino, *El contrato de...*, 227- 228.

contrato mercantil entre dos comerciantes cuyo objeto es la realización de uno o más actos de comercio.¹¹

En el año 2014 la Sentencia N° 0401 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala de Casación Social,¹² puso de relieve la utilización de un contrato de distribución entre sociedades mercantiles, mediante el cual una de éstas, la demandante es una sociedad de responsabilidad limitada constituida con fines de ocultar la prestación de servicios personales propios de la legislación laboral. Extractos de la decisión permiten ilustrar la aplicación de los criterios de laboralidad de la prestación de servicios personales:

el punto medular a dilucidar es determinar la calificación jurídica que debe dársele a la prestación de servicio realizada por el actor para la demandada, en virtud de que ésta pretende desvirtuar la presunción de laboralidad, basándose en que la vinculación que las unió es de naturaleza mercantil, como consecuencia de la actividad comercial que mantuvo con la firma mercantil DISTRIBUIDORA BUENOS AIRES, S.R.L., de la cual el actor era socio y Vicepresidente; y de llegar a establecerse la naturaleza laboral de la relación, determinar la procedencia de los montos reclamados por prestaciones sociales y otros conceptos laborales. (...)

En relación con la forma como se desarrollaron las condiciones de trabajo, quedó demostrado que la actividad desempeñada por el actor consistía en la distribución y venta de productos de la marca EFE, con carácter de exclusividad, en los sectores convenidos en la ciudad de El Tocuyo, estado Lara. El precio de venta era fijado por la empresa demandada, y bajo ningún concepto el actor podía alterarlos, remarcarlos en el empaque o tacharlos en la lista de precios establecida, siendo además éste notificado cuando habría aumento de los precios. (...)

En lo que respecta a la ajenidad, se constató que los medios de producción eran proporcionados por la empresa PRODUCTOS EFE, S.A., toda vez que ésta facilitó al demandante el local comercial donde se ejecutaba la prestación de servicio, el cual fue alquilado por la demandada a través de un contrato de arrendamiento que suscribió y en el cual adquirió las obligaciones propias de un arrendatario, debiendo pagar aparte del canon de arrendamiento, los servicios de agua, luz, gas y aseo urbano y todas las reparaciones menores. Asimismo, la demandada fue quien suministró todos los equipos y bienes muebles necesarios para la ejecución de la labor.

En consecuencia, se concluye que el hecho de que el actor no tuviera la propiedad de los medios de producción empleados en el funcionamiento del negocio, siendo que fue la demandada quien se los suministró, debe entenderse como que no asumía el riesgo de los mismos, lo cual lo acerca más al concepto de trabajador por cuenta ajena, independientemente, de que en los contratos celebrados por las partes, se haya establecido que era el actor quien debía asumirlos. (...)

Sobre la existencia de elementos de supervisión y control, podemos mencionar que quedó evidenciado en autos que el actor informaba a la empresa demandada,

¹¹ Castagnino, *El contrato de...*, 229.

¹² Sentencia N° 0401 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 8 de abril de 2014, N° de Expediente: 12-1345, Ponente: Carmen Elvigia Porras de Roa.

sobre las condiciones en que se encontraban los equipos y que debía reportar las ventas efectuadas, en un informe semanal. Por otra parte, la empresa demandada tenía la facultad de examinar los libros, archivos y cuentas que llevaba el demandante a través de la Distribuidora BUENOS AIRES, S.R.L.; así como también podía entrar al local por cualquier medio, incluso ocuparse de su administración y/o ceder la misma a cualquier otra persona. (...)

En razón de lo determinado supra, y tomando en consideración lo establecido en los artículos 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, esta Sala evidencia que en la relación que existió entre las partes se encuentran presentes los elementos característicos de una relación de trabajo como son la ajenidad, el salario y la subordinación, los cuales no pudieron ser desvirtuados por la parte demandada, en consecuencia, declara que entre las partes sí existió una relación laboral, y que por tanto, la empresa demandada es responsable del pago de los conceptos laborales generados durante la existencia de la misma.

1.2.- Contrato de franquicia:

El contrato de franquicia es una verdadera forma comercial, mediante el cual una empresa determinada, autoriza a otra, a explotar una marca o proceso de propiedad de la primera, bajo el cumplimiento de una serie de condiciones. La doctrina resalta que

dada la estrecha relación existente entre las partes de un contrato de franquicia y el aparente control que el franquiciante ejerce sobre el franquiciado, y, dada la naturaleza de las obligaciones que este asume, hay diversas figuras consagradas en el régimen laboral venezolano que ameritan ser analizadas en función de crear una relación franquiciante-franquiciado de naturaleza realmente comercial y no “encubierta” o “incompleta” y para definir las diversas protecciones requeridas de manera de tratar de limitar las responsabilidades laborales a cada una de las partes.¹³

Un sector de la doctrina nacional¹⁴ ha desvirtuado la utilización del contrato de franquicia para simular u ocultar la prestación personal de servicio subordinada, tomando ciertos indicios típicos de la existencia de un contrato de trabajo como punto de análisis diferenciador entre este y el contrato de franquicia, a saber:

1º Riesgos y titularidad de la actividad: en la relación franquicial no se verifica una prestación de servicios propiamente dicha, ya que, las actividades que ejecuta el franquiciado son llevadas a cabo en nombre y por cuenta propia, afrontando los riesgos inherentes al negocio emprendido. Por tanto, la ausencia de una prestación personal de servicio, antes bien, la existencia de un ánimo negocial propio en el franquiciado, desvirtúa este primer elemento de la relación laboral.

¹³ Briz, *Estudio práctico del Régimen...*, 119.

¹⁴ Deyaeva Rojas Gutiérrez, «Implicaciones laborales del contrato de franquicia», *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, (2004): 1613-1630.

2º Dependencia o subordinación: la circunstancia en que el franquiciado asuma los riesgos del negocio, goce de autonomía e independencia y tenga una estructura organizativa propia e independiente del franquiciante, enervan la pretendida subordinación. (...) el suministro de manuales de operación, la asistencia técnica y la asesoría que brinde el franquiciante al franquiciado, no podría reputarse como subordinación o dependencia por tratarse de obligaciones propias del contrato de franquicia.

3º Pago de una remuneración: en el contrato de franquicia, el pago del canon, precio o regalía lo recibe directamente el propietario de la red de franquicias, es decir, el franquiciante, en atención a los ingresos brutos percibidos por el franquiciado. (...) dichos pagos tienen una naturaleza variable e incierta e incluso podrían ser diferidos por el franquiciado, por lo que este último no recibe ninguna remuneración o pago del franquiciante, siendo evidente la inexistencia del pago de cantidad alguna que pueda ser considerada de carácter salarial.¹⁵

Por otro lado, dentro de los aspectos del contrato de franquicia que han revestido interés en la doctrina, tiene que ver con la situación laboral de los empleados y las posibles responsabilidades solidarias entre franquiciante y franquiciado:

determinar si los empleados del franquiciado pudieran tener o no acciones en materia laboral frente al franquiciante. Es decir, si la existencia de un contrato de franquicia haría extensible al franquiciante, las obligaciones en materia laboral asumidas en principio en forma autónoma e independiente por el franquiciado.¹⁶

La responsabilidad del franquiciante ha sido tratada por la jurisprudencia al analizar si existe o pudiera existir una figura del tipo de «grupo de empresas» o figura similar.

En este sentido, la sentencia de fecha 02/03/ 2010, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa, en el caso Belén Consuelo Rojas contra las sociedades de comercio TEAM ESTILIST, C.A., SALÓN DE BELLEZA CARITAS, C.A., y, SALÓN DE BELLEZA MARGARITA, C.A., conociendo del asunto con ocasión al Recurso de Control de la Legalidad ejercido por la representación judicial de la parte demandada en el juicio de cobro de prestaciones sociales seguido en contra de sus representadas, dictaminó que las franquicias no constituyen un grupo de empresas en los términos del artículo 22 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, al establecer que:

De la naturaleza del contrato de franquicia, colige esa Sala que su característica esencial reside en el hecho de que la autorización para explotar el negocio comprende el uso de la marca de la cual el franquiciante es titular y el asesoramiento

¹⁵ Rojas, «Implicaciones laborales del contrato de franquicia», 1623.

¹⁶ Rojas, «Implicaciones laborales del contrato de franquicia», 1623.

tecnológico y comercial que éste presta al franquiciado, a cambio de lo cual este último paga un derecho de entrada y regalías periódicas. También se caracteriza por la independencia jurídica y financiera de los contratantes, puesto que el franquiciado no está subordinado jurídica ni económicamente al franquiciante, sino que actúa en nombre propio, asumiendo a cuenta de su patrimonio los riesgos de la inversión necesaria para la instalación del establecimiento comercial y el desarrollo de la actividad.

Ahora bien, respecto a la asociación en el contrato de franquicia, comparte esta Sala lo asentado por la autora Elena Desdentado Daroca, en su obra “La personificación del empresario laboral: problemas sustantivos y procesales (Lex Nova, Valladolid, 2006)”, cuando señala que en el contrato de franquicia no hay materialmente una asociación, en el sentido de forma societaria interna, porque los empresarios implicados en la franquicia, no constituyen una asociación voluntaria dirigida a la consecución de un fin común mediante la contribución de todos sus miembros. En la franquicia hay dos empresarios que colaboran, pero que persiguen fines distintos, en una relación de cambio no asociativa. El fin del franquiciante es obtener el canon que debe abonarle el franquiciado por la disposición de su imagen, de sus técnicas o sus productos; mientras que el franquiciado lo que persigue es obtener un beneficio, ofreciendo en el mercado unos bienes o servicios obtenidos con la aplicación de esas técnicas y con esa imagen, para lo que tiene que pagar el canon. Hay colaboración, pero no mediante una aportación común, sino mediante un precio, que crea entre las partes, dentro de la colaboración, la oposición de intereses propia de una relación de cambio.

De forma tal, que el contrato de franquicia “normalmente” no conlleva la constitución de un grupo de sociedades, “salvo en el caso de las franquicias asociativas”, en las cuales la participación accionaria del capital del franquiciante en el franquiciado, o viceversa, refleja el ánimo asociativo y por tanto, pueden constituirse relaciones de grupo. El hecho de que el franquiciante ejerza el control indirecto sobre el cumplimiento de las condiciones del contrato de franquicia, no basta para constituir un grupo de empresas. “El contrato de franquicia no crea un grupo de sociedades porque no crea un interés común de grupo que supere la contraposición de intereses propia de un contrato cambiario, ni una completa unidad de dirección”. Lo que se produce es una dirección parcial dedicada al control de las condiciones de uso de la franquicia y a la defensa de la imagen.¹⁷

Este criterio sobre que las franquicias no en todos los casos constituyen grupo de empresas o de sociedades, ha sido ratificado en otras sentencias de más reciente data, entre las que destaca la N° 404 de la misma Sala de Casación Social de fecha 17/06/2015, Caso: Marta Inés Galvis Ramos Vs. Salón de Belleza Teen Ager, C.A.,¹⁸

En este sentido la Sala determinó que la característica que tienen los Contratos de Franquicias “...es la independencia jurídica y financiera de los contratantes, que actúan en nombre propio asumiendo a cuenta de su patrimonio los riesgos de la inversión necesaria para la instalación del establecimiento comercial y el desarrollo de la actividad, además, de la autorización para explotar el uso de la marca de

¹⁷ Extracto en: <https://www.badellgrau.com/?pag=40&ct=1191> Último acceso 01/06/2020.

¹⁸ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/178547-0404-17615-2015-14-374.HTML> Último acceso 01/06/2020.

la cual el franquiciante es titular, más el asesoramiento tecnológico y comercial que se presta al franquiciado, a cambio de un pago por derecho de entrada y regalías periódicas”. En definitiva concluye la Sala que solo por el hecho de explotar una marca en virtud de un contrato de franquicia no se puede afirmar la existencia de un Grupo de Empresas, adicionalmente consideró que se debe verificar la existencia de “...relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o si los accionistas con poder decisorio son comunes, que las juntas administradoras u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas personas, o que desarrollen en conjunto actividades que evidencien su integración...”, para así determinar la existencia de un Grupo Económico cuando se trate de Franquicias.¹⁹

La jurisprudencia ha optado por una absoluta autonomía del franquiciado y por tanto no se genera ninguna responsabilidad del franquiciante frente a los trabajadores del franquiciado. En esta interpretación jurisprudencial se descarta el grupo de empresa, pero no se omite cualquier referencia a los supuestos de conexidad e inherencia previstos en la legislación venezolana para determinar la responsabilidad compartida entre dos empresarios en la ejecución de una obra o actividad.

1.3.- Contrato de cuenta en participación:

Apunta la doctrina que

el tema de las asociaciones de cuentas en participación siempre ha sido controversial en nuestro país, debido al uso impropio que algunos han pretendido darles para perseguir fines distintos a los que son propios de la figura contractual, especialmente en lo que concierne a las relaciones laborales y al ámbito de los tributos, bien sea por desconocimiento de su naturaleza jurídica o por el propósito no confesable de evitar la recta aplicación de las legislaciones de esas materias.²⁰

En la búsqueda de una definición y caracterización, se puede anotar que

las cuentas en participación derivan ciertamente de la sencillez de la figura, ya que ella se origina en un contrato bilateral, oneroso, consensual, aleatorio, de colaboración entre las partes, con forma escrita necesaria de carácter probatorio, en el cual un sujeto llamado asociante o gestor concede participación a otro –u otros– sujeto denominado asociado o participante, en los resultados de un negocio o varios negocios de su propiedad, o en todos los de su giro comercial, con lo cual ambos hacen fin común la actividad desempeñada por el asociante y consiguientemente, comparten las utilidades o pérdidas que arroja la misma, sin que los terceros tengan información sobre la existencia de la asociación, pues ésta es

¹⁹ Extracto en: <https://www.actualidadlaboral.com.ve/seccion/detalles/14792> Último acceso 01/06/2020.

²⁰ Gabriel Ruan Santos, «Aspectos tributarios de las Cuentas en Participación», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 154, (2015): 393.

invisible para ellos, ni tengan derechos ni obligaciones frente al asociado, sino únicamente frente al asociante o dueño del negocio. Se impone aquí el carácter relativo del contrato que no daña ni aprovecha a los terceros, con excepción del supuesto de quiebra del asociante.²¹

La doctrina hasta ahora citada²² hace referencia a un conjunto de sentencias de fechas bastante antiguas, en las cuales la Corte evidenció el uso de los contratos de cuenta en participación como simulación u ocultamiento de relaciones laborales, a saber:

Sentencia del 8 de julio de 1949, la Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia, sostuvo lo siguiente: En la contestación de la demanda, Diamantes se excepcionó rechazando la condición de empleado que se atribuye el actor; negó que entre éste y él existiera una relación de contrato de trabajo y se excepcionó proclamando la existencia de la referida sociedad mercantil de cuentas en participación... No cabe pues la calificación jurídica que el demandado le imputa al actor, y menos si se toma en cuenta que en las posiciones por él absueltas se encuentran los elementos característicos de una voluntad patronal por parte de Diamantes y de un estado de dependencia respecto de Cova, lo que refuerza la tesis de que sea ésta una cuestión de trabajo.

Seguidamente el texto del fallo señalaba los indicios de la relación laboral, tales como una comisión fija sobre las ventas brutas y el porcentaje de utilidades establecido en la Ley del Trabajo; la inscripción y petición de libreta en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales; vacaciones remuneradas; y por último el hecho mismo del despido y el reconocimiento de una indemnización.

2) Sentencia del 8 de noviembre de 1955, la Sala de Casación Civil de la entonces Corte Suprema de Justicia sostuvo lo siguiente: Las sociedades en participación están incluidas entre las compañías mercantiles y la asociación para participar en sus utilidades constituye acto de comercio; en cambio la prestación de servicios por parte de obreros y empleados, es en tesis general acto netamente civil. Dicha sociedad supone un aporte que puede producir utilidad como también pérdida total o parcial y no da derecho a remuneración fija, elementos que no aparecen en el contrato de trabajo con salario señalado y además de participación en las utilidades.

En fecha más reciente, marzo 2016, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Edgar Gavidia Rodríguez, en la sentencia N° 0197, expediente N° 14-1673, procedimiento de recurso de casación, cuyas partes fueron Fadi Kallab Yunis contra Banco Bicentenario, Banco Universal, C.A.

²¹ Ruan, «Aspectos tributarios de las Cuentas en Participación», 394-395.

²² Ruan, «Aspectos tributarios de las Cuentas en Participación», 394-395.

(Bolívar Banco),²³ declaró sin lugar la utilización de un contrato de cuentas de participación como fórmula de fraude a la ley laboral, atendiendo a la naturaleza mercantil de dicho contrato, ya que de sus estipulaciones no se desprende solidaridad ni responsabilidad de las obligaciones laborales del personal que contratase uno de los participantes de la cuenta para la ejecución del contrato, en los siguientes términos:

(...) De sus cláusulas se desprende (...) que, EL APODERADO ASOCIADO debía cumplir con una serie de obligaciones, aportes y riesgos que involucraban no solo al Presidente de la sociedad mercantil sino a los demás socios, asumir los riesgos por pérdidas derivadas de las cobranzas extrajudiciales y judiciales y por la mora de los clientes, la prestación del servicio si bien en algunos aspectos se exigía la intervención directa de ambos socios por la naturaleza del contrato y el servicio contratado, no obstante, se permitía la contratación de terceros para su ejecución, y si bien la empresa “VIRTUAL H.K.C.A”, se sometió al cumplimiento de ciertos requisitos exigidos por bolívar [sic] Banco Universal C.A. ello puede estipularse por cuando el Código de Comercio así lo permite, y aún más por cuanto la actividad a desarrollar es controlada por las instituciones y autoridades competentes en materia bancaria y financiera a cuyas disposiciones deben someterse las instituciones bancarias y por ende sus contratantes, como el caso de la modificación de los estatutos de una sociedad mercantil cuando va a fungir como representante del banco lo cual fue exigido por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras y así fue estipulado.

Igualmente, del contrato de cuenta en participación se desprende que EL APODERADO ASOCIADO hace constar que es un patrono totalmente independiente y es único responsable de todo lo relacionado con las actuaciones de su personal y empleados, así como lo relacionado con el pago de salarios, sueldos, utilidades, indemnizaciones y remuneraciones de cualquier índole a su personal sin que EL BANCO ASOCIANTE esté obligado a cancelar obligaciones.

Por dicha voluntad de las partes, en los contratos aludidos, ninguna de las personas podrá ser responsable ni conjunta, ni solidaria del pasivo que pueda contraer la otra parte, especialmente laboral, con excepción de obligaciones tributarias para lo cual se prevé obligaciones solidarias de las rentas producidas, estableciendo igualmente que si EL APODERADO ASOCIADO en el cumplimiento de las funciones que se le asigne, responde de cualquier daño que le ocasionare a EL BANCO ASOCIANTE. Igualmente se hace la salvedad que tanto las condiciones generales de contratación de Bolívar Banco Universal C.A. como los manuales, códigos podrán ser modificados por el BANCO ASOCIANTE, y tablas referenciales podrán ser modificados por el BANCO ASOCIANTE, podrán incorporarse nuevos, siendo notificados, transcurrido 5 días hábiles bancarios de las modificaciones se considerará APODERADO ASOCIADO, las ha recibido y las acepta, evidenciándose con ello que EL APODERADO ASOCIADO puede estar de acuerdo o no con dichas modificaciones conforme a lo cual ambas partes estén conteste.

(...) en el contrato de cuentas en participación, actuaron libremente, inclusive el actor de profesión abogado tal como se evidencia del acta constitutiva de la empresa VIRTUAL H.K, C.A, y con años de graduado por su número de IPSA -20.150-

²³ <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/marzo/186096-0197-10316-2016-14-1673.HTML> Último acceso 01/06/2020

(...) y por derivación sobre el conocimiento de las leyes y el derecho, mal puede entonces alegar en su defensa un fraude a la ley, pues como se explica que en tanto tiempo nunca reclamo [sic] prestaciones de antigüedad, intereses, vacaciones y menos disfrute, vacaciones y utilidades, pretendiendo reclamarlos retroactivamente durante toda la relación que los unió, quedando claro [sic] la intención de las partes quienes suscribieron contratos de cuenta en participación, un contrato de índole mercantil y no de naturaleza laboral.

La sentencia descarta la relación laboral del abogado que fungía de representante del banco con argumentos alejados de los principios del derecho del trabajo, pues el aceptar la modalidad y el conocimiento jurídico no eximen al juez de desentrañar la real situación de contratación, que en el caso es la representación judicial de una empresa.

2.- Relación según el sujeto a quien se contrata:

Esta categoría se encuentra reservada para casos en los cuales la persona que presta el servicio debe o deberá estar constituido bajo una forma de derecho comercial, bien sea de tipo individual o sea del tipo societario. También se han incorporado a esta categoría las situaciones de las profesiones liberales, que tienen consideraciones particulares en nuestra legislación.

2.1.- Trabajador con Forma Mercantil:

Es importante aclarar que se trata de casos en los cuales se constriñe a la persona del trabajador a constituir una sociedad mercantil, o una firma personal, para luego contratar directamente con ésta como persona jurídica y bajo relaciones contractuales comerciantes quedando excluida la legislación laboral, es decir, a tal efecto se podrán celebrar contratos de obras, civiles o mercantiles, o contratos de servicios profesionales, entre el empleador “patrono” y las constituidas sociedades o firmas personales.

2.1.1.- Sociedades Mercantiles:

Resulta oportuno comentar que el lenguaje empleado por el legislador comercial al referirse a estas figuras jurídicas presenta las palabras “compañías” y “sociedades” de forma sinónima. Si bien esta apreciación pueda resultar obvia para las personas que transitan con regularidad por la materia de sociedades, el punto ha sido objeto de discusión en algunas sentencias, es así como en el año 2000 encontramos:

La quejosa en el folio (...) de su querrela señala falsa identificación de la parte demandada en el juicio principal al considerar que la condena al referirse a Asesores de Seguro Asegura C.A. y no con la calificación de Sociedad Anónima (S.A.), lo cual carece de fundamentación jurídica pues ambas expresiones son sinón-

nimas. No debe olvidarse que entre las cuatro reformas sufridas por el Código de Comercio vigente de 1919 (reformado el 1/7/38; 17/8/42; 1/9/45 y 23 de julio de 1955), la última de ellas realizado por el Profesor Roberto Goldschmidt, se refirió a las empresas mercantiles formadas como sociedades de capital, la identificación posible como sociedad anónima y no sólo como compañía anónima, como venía realizándose hasta esa fecha. Ambas denominaciones significan lo mismo y una identificación cambiando las siglas no pasa de ser un simple error material.²⁴

De conformidad con lo establecido en el Código de Comercio, en Venezuela las sociedades o compañías mercantiles pueden ser de cuatro (4) tipos:

- 1) **en nombre colectivo**: en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por la responsabilidad limitada y solidaria de todos los socios.
- 2) **en comandita (simple o por acciones)**: en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por la responsabilidad limitada y solidaria de uno o más socios, llamados socios solidarios o comanditantes y por la responsabilidad limitada a una suma determinada de *uno o más socios*, llamados comanditarios. El capital de los comanditarios puede estar dividido en acciones.
- 3) **anónima**: en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por un capital determinado y en la que los socios no están obligados sino por el monto de su acción.
- 4) **de responsabilidad limitada**: en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por un capital determinado, dividido en cuotas de participación, las cuales no podrán estar representadas en ningún caso por acciones o títulos negociables.

Para la existencia de cualquiera de estos tipos de sociedades deben cumplirse los requisitos establecidos en la legislación vigente²⁵ y ser tramitada su constitución por ante el Registro Mercantil a los fines de adquirir la personalidad jurídica, es decir, que sean tenidas como personas jurídicas (con deberes y derechos propios) distintas de los socios o de las personas que acudieron a su creación.

En el escenario comercial venezolano actual encontramos que de estos cuatro tipos de compañías, se están constituyendo mayormente (por no decir únicamente) las del tipo: anónimas, y detectar su utilización *a prima fase* para defraudar o simular relaciones laborales resulta ser bastante complicado o imposible, puesto que se presume que su creación responde a tanto al cumplimiento de requisitos para atender una idea emprendedora y a la consecución del *affectio societatis*,²⁶ y por tanto, se trata

²⁴ Sentencia del 26 de enero de 2000, Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área Metropolitana de Caracas. Caso Asesores de Seguros Asegure, S.A. en amparo. Ramírez y Garay, Tomo 162. Caracas, 2000.

²⁵ Código de Comercio y Ley de Registro y del Notariado G.O. Extraordinaria de 19/11/2014.

²⁶ El *affectio societatis* se identifica con la intención de las partes de formar la sociedad, en otras palabras, el espíritu de fraternidad que debe reinar entre los socios o la intención de cooperar como socios.

de relaciones comerciales contractuales entre iguales o paritarias, reguladas por la legislación comercial.

No obstante, se pueden dar ciertos indicios que se estaría utilizando la contratación de una compañía anónima cuando en verdad se trata de la contratación de servicios personales de quienes la integran. Dentro de estos indicios podemos anotar los siguientes:

- 1.- La dimensión del sustrato personal de la sociedad:** se trata de una sociedad unipersonal, o con un número mínimo de socios quienes a la vez son las personas que prestan los servicios.
- 2.- El capital social mínimo:** si bien en el Código de Comercio vigente en Venezuela no se establecen montos de constitución para la sociedad anónima, el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) estableció montos mínimos necesarios para constituir sociedades mercantiles en el país, mediante una Circular de fecha 3 de julio de 2019²⁷ que fijó montos que deben cumplir aquellos que deseen constituir personas jurídicas de derecho mercantil. En lo que nos ocupa, se podrá presumir que se trata una sociedad anónima constituida a los fines de ocultar una prestación personal o evadir pagos de tributos si tiene como capital el mínimo requerido.
- 3.- El número de contratos:** si la sociedad anónima solo tiene una única relación contractual, es decir, solo realiza su actividad presentando servicios para una sola persona sea natural o jurídica. Este supuesto refiere a la dependencia económica, criterio que ha sido utilizado el Código de Trabajo de Panamá para aplicar la protección del derecho del trabajo.

Si bien a la fecha de elaboración del presente artículo no hemos encontrado decisiones de los últimos años donde se evidencie la utilización de sociedades anónimas para ocultar o simular la contratación de servicios personales de la persona con quien se contrata, sí podemos anotar otros supuestos donde por medio de estas figuras del derecho mercantil se busca desconocer la protección derivada de la legislación laboral.

Tal es el caso de la situación de los socios (accionistas de la sociedad anónima) que prestan servicios personales para la misma, relación que puede ser denominada como “Accionista-Trabajador”, caso que fue ventilado en la sentencia de N° 414 de fecha 18/06/2015,²⁸ partes: Concettina Lo Re De Trotta Vs. Distribuidora De Quesos La Victoria, C.A y otras, de la Sala de Casación Social al establecer que:

²⁷ Circular SAREN DG-N 00463 de fecha 3/7/2019 en la cual se dirige a los Registros Mercantiles para actualizar los montos exigidos para la constitución de Sociedades Mercantiles.

²⁸ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/178769-0414-18615-2015-13-670.HTML> Último acceso 15/06/2020.

la relación jurídica que existía entre las partes, a pesar de que la demandante era accionista de las empresas, también es considerada una relación de tipo laboral. En el presente caso se evidenció que la demandante fue accionista de las empresas codemandadas, intervenía en el proceso productivo de la empresa, percibía de manera periódica y permanente un salario, vacaciones y utilidades y sus funciones cesaron por reestructuración de la junta directiva. La Sala, luego de analizar los conceptos de subordinación y dependencia, resaltó que en el presente caso "... quedó establecido que la actora aparte de ser accionista también recibía un salario, vacaciones y utilidades, así como sus respectivos descuentos, lo cual son conceptos de naturaleza netamente laboral..." y considerando la doctrina de la Sala Constitucional según la cual la condición de accionista no excluye la existencia de una relación laboral, es por lo que concluyó que "... la prestación del servicio por parte de la actora es de naturaleza laboral." y por ende, declaró procedente los conceptos reclamados con base en la legislación laboral.²⁹

En los años noventa del siglo pasado, fue famoso un caso de fraude a la ley, utilizando la figura de compañías anónimas. La empresa Servivensa, creación de Avenza, obligaba a los pilotos y aeromozas a constituirse en sociedades anónimas a fin de prestar servicios. En esa época, los aviones surcaban los cielos sin pilotos ni aeromozas.

2.1.2.- Firma Personal:

La firma personal en nuestro país y según la legislación comercial vigente, es el nombre o razón por medio de la cual el comerciante individual realiza su giro comercial, y está conformada con el apellido con o sin el nombre del comerciante, y se le puede incorporar cualquier mención acerca del tipo de acto de comercio que realiza, pero nunca se le puede añadir ninguna expresión que haga pensar la existencia de una sociedad mercantil.

A los fines de aportar una definición se anota que

la firma personal es una de esas instituciones prácticamente "desconocidas" para la legislación mercantil venezolana, pero que es utilizada por un gran número de personas que se dedican no solo a realizar actividades comerciales, sino para el ejercicio de profesiones liberales, otorgándole una sedicente personería jurídica, ya que el mito de la Firma Personal ha pretendido crear una persona jurídica de derecho mercantil, situación que no es correcta según el origen de la instituciones comerciales comprometidas y su posterior evolución.³⁰

²⁹ <http://www.actualidadlaboral.com.ve/seccion/detalles/14792> Último acceso 15/06/2020.

³⁰ Nayibe Chacón Gómez, «Mitos y realidades sobre la firma personal en el ordenamiento jurídico venezolano». *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, n°. 4. Caracas, (2014): 57-76.

De conformidad con lo establecido en el Código de Comercio vigente, la firma personal puede o no constituirse por ante el registro mercantil, aunque en ningún caso adquiere personalidad jurídica distinta del comerciante individual, es decir, de la persona natural titular del apellido y nombre con que se forma la firma personal.

Ahora bien, la doctrina laboral consultada³¹ alerta sobre la existencia de situaciones o casos en los cuales los trabajadores renuncian a la empresa y, por ende, a los beneficios laborales para luego establecer un contrato de servicios bajo la figura de firma personal, a los fines de realizar una prestación encubierta como trabajador libre o emprendedor. Dicho contrato no es más que una concesión mercantil, de esta manera se busca afirmar que existe entre ellos una relación mercantil y no una relación laboral.

La modalidad de firmas personales en manos de ex trabajadores de la empresa, obedece a que el contrato con empresas de prestación de servicios o suministro de personal son temporales. La empresa que recibía el servicio, queda sin este. Tendrá por lo tanto que contratar una nueva empresa, la cual demorará en tomar el ritmo deseado por el contratante. Lo que representa pérdida de dinero, recursos y calidad del servicio entregado a los consumidores finales. Mientras las empresas de los ex trabajadores se convierten en empresas que se dedican de manera exclusiva al servicio. Así se evaden las responsabilidades derivadas de una relación laboral tales como: el pago de prestaciones sociales en caso de despidos injustificados, beneficios como vacaciones y utilidades, indemnizaciones por accidentes laborales y otros, dedicándose a pagar exclusivamente salarios por tiempo trabajado.³²

Situación semejante ha sido denunciada en el caso ventilado en la sentencia N° 012 de fecha 18 de enero de 2017 emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Danilo Antonio Mojica Monsalvo, en el procedimiento de recurso de casación, en la cual se plantea que se pretende, por medio de la relación que deviene del contrato de comisión mercantil, entre una firma personal y una sociedad, ocultar la relación de prestación de servicios personales.

(...) el accionante fungió como comisionista producto de las ventas de los insumos proveídos por su representada y que fue vendedor por cuenta propia. Tal circunstancia encuentra su punto focal en **la presunción de la existencia de una relación laboral**, entendiéndose este Tribunal que fue el elemento distintivo albergado por el juzgador de juicio para así aplicar el test de laboralidad, con lo cual determinar la cualidad del accionante y no en los documentos impugnados. (...) el juzgador de juicio encontró justificados motivos que le condujeren a **calificar la condición del accionante como trabajador**; pues, de los dichos propios de la recurrente tanto de su escrito de contestación así como lo señalado en los

³¹ Carmen Añez Hernández, «Subcontratación y Triangulación Laboral: Relaciones Encubiertas». *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, vol. XVIII, n°. 2, (jul-dic 2012): 168.

³² Añez Hernández, «Subcontratación y Triangulación», 168.

actos orales se pudo bien constatar que las actividades realizadas por el ciudadano P.M.G.V., **se constituían bajo la figura de comisionista, figura ésta intrínsecamente ligada al elemento de ajenidad dada la contraprestación configurativa del valor del producto; que en este caso se trata de la venta de los insumos que le suministrare la sociedad mercantil Inversiones Diseños Family, C.A., de lo cual se extrae expresamente que le eran indicados los montos porcentuales que el accionante percibiría en razón del producto colocado, lo que indica indefectiblemente que las labores realizadas por el demandante comprendían el objeto mismo de la accionada, no siendo otro que la venta de los productos o insumos por ella comercializados.** En tal sentido considera quien aquí decide que el juicio vertido por el tribunal A quo, se encuentra totalmente ajustado a derecho y conforme a justicia, juicio que comparte esta Alzada, motivo por lo cual considera que el recurso de apelación interpuesto por la parte recurrente entidad de Trabajo Inversiones Diseños Family, C.A., no tienen fundamento legal alguno. Y así se decide.

(...) el demandante constituyó una firma personal, que tiene por objeto la compra-venta y distribución al mayor y detal de equipos materiales y artículos para distribuidoras de peluquerías, tintes, químicos envases y otros, o cualquier producto o mercancía seca relacionado con este ramo.³³ (Destacados nuestros)

En cuanto a nuestra investigación la precitada sentencia resulta relevante ya que versó sobre el análisis y determinación de la naturaleza de la relación que unió a las partes en conflicto, por una parte, el actor adujo haber prestado sus servicios para la empresa demandada, en forma subordinada y desempeñándose como vendedor de ésta. Sin embargo, alega haber tenido que constituir una firma personal; mientras que la otra parte, es una sociedad mercantil que admite la prestación de servicios profesionales por parte del actor; pero, niega y rechaza la existencia de la relación de trabajo, puesto que el accionante es una firma personal que fuera contratada para la venta de mercancías, por medio de un contrato de comisión.

En vista que para el juzgador existían dudas sobre el tipo de relación y dado que desde el 2005, la sala social ha considerado obligatorio aplicar a los casos en que se discuta la relación de trabajo un test denominado de laboralidad se evaluó la situación con base al indicio de ajenidad y se aplicó también el principio de primacía de la realidad. Ello le llevó a concluir de que se trataba de una relación laboral en la cual el accionante había prestado servicio personal como vendedor para la sociedad demandada. En este sentido, las actividades desempeñadas por el actor, consistían en prestar sus servicios personales como vendedor, comercializando los productos que ofrece la sociedad mercantil, percibiendo comisiones por las ventas que le reportara a la compañía realizadas, y cuyo pago se efectuaba de forma regular.

³³ <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/enero/195101-012-18117-2017-16-281.HTML> Último acceso 01/06/2020

Asimismo, no se evidenció en dicho caso que existiera autonomía, por el contrario, el actor le reportaba las ventas efectuadas y era la empresa la que cobraba directamente a los clientes, pagándole posteriormente las respectivas comisiones. Por estas razones, la Sala desconoció la existencia de forma independiente la firma personal y el tratamiento como comerciante individual por parte del actor, que en definitiva y al decir de la decisión era un trabajador, y tenía una relación de trabajo.

2.2.- Trabajador con Forma Civil: Asociaciones Cooperativas

La Ley Especial de Asociaciones Cooperativas vigente en nuestro país desde el 2001,³⁴ tiene por objetivo desarrollar los principios de la economía social, estableciendo las normas generales para la organización y el funcionamiento de las cooperativas y de los organismos de integración, “de dichos entes en los procesos comunitarios, con los sectores público, privado y con la Economía Social y Participativa, constituida por las empresas de carácter asociativo que se gestionen de forma democrática”.³⁵ En esta ley se regula la relación de las asociaciones cooperativas con el sector público, en particular la acción del Estado respecto del sector, incluida la autoridad pública de aplicación llamada Superintendencia Nacional de Cooperativas.

La ley define a las cooperativas como asociaciones abiertas y flexibles, de hecho y derecho cooperativo, expresión de la economía social y participativa, autónomas, de personas que se unen mediante un proceso y acuerdo voluntario, para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes, para generar bienestar integral, colectivo y personal, por medio de procesos y empresas de propiedad colectiva, gestionadas y controladas democráticamente, las cuales se rigen por los principios del movimiento cooperativo, a saber: 1º asociación abierta y voluntaria; 2º gestión democrática de los asociados; 3º participación económica igualitaria de los asociados; 4º autonomía e independencia; 5º educación, entrenamiento e información; 6º cooperación entre cooperativas; 7º compromiso con la comunidad.

³⁴ La Ley Especial de Asociaciones Cooperativas de Venezuela fue dictada bajo la forma de Decreto con forma de Ley por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, en ejercicio de la atribución que le confiere el numeral 8 de la Constitución, en Decreto 1.440 del 30 de agosto, publicado en la Gaceta Oficial número 37.285 del 18 de septiembre de 2.001, fecha de su entrada en vigencia. Es el producto de una Reforma Parcial (aunque sustancial: 93 modificaciones sobre 107 artículos) de la Ley publicada el 2 de julio del mismo año (dos meses y medio antes), la que derogó la Ley General de Asociaciones Cooperativas del 27 de mayo de 1.975, la cual a su vez, era una reforma parcial de la Ley General de Asociaciones Cooperativas de 1966. Se trata de una ley única y general de cooperativas que no contempla los distintos tipos de cooperativas que pudiese haber y que, de hecho, existen en el país. Por el contrario, regula a todos los tipos y clases de cooperativas como si fuesen de trabajo asociado y garantiza la seguridad social de los trabajadores asociados de las mismas.” Alberto García Müller, «Un análisis de la nueva Ley Especial de Asociaciones Cooperativas de Venezuela», *Capaya Revista Venezolana de Economía Social*, n.º. 3. (2002).

³⁵ María Eugenia Fernández S., «Las cooperativas: organizaciones de la economía social e instrumentos de participación ciudadana», *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 12, núm. 2. (2006): 237-253.

Las cooperativas se guían también por los principios y criterios de las experiencias y los procesos comunitarios solidarios que son parte de nuestra cultura y recogen la tradición solidaria ancestral que ha conformado nuestro pueblo, (artículo 4º de la ley de cooperativas vigente en Venezuela).

Y de igual forma se consagra una definición del llamado “trabajo cooperativo”, el cual se da en ellas mediante actos cooperativos, y cuenta con las siguientes características: es asociado, cualquiera que sea su objeto, y bajo cualquier modalidad, se desarrollará en equipo, con igualdad, disciplina colectiva y autogestión, de tal modo que se estimule la creatividad y el emprendimiento, la participación permanente, la creación de bienestar integral, la solidaridad y el sentido de identidad y pertenencia.

Desde la promulgación de la ley se ha posibilitado un masivo fraude a la legislación laboral, pues se excluye de su ámbito de aplicación a los asociados y se incentiva que los trabajadores subordinados de la cooperativa se conviertan en asociados. Ese proceso se ha denominado la deslaborización del trabajo cooperativo³⁶ o en términos de la Organización Internacional del Trabajo que las denomina las *falsas cooperativas*. Estos estudios hacen énfasis en que se ha desvirtuado el trabajo asociativo abriendo un gran hueco a la protección laboral.

Otros autores³⁷ han denominado esa estrategia “la cooperativización de las relaciones laborales”, cuya finalidad es la exoneración de impuestos, así como, de las obligaciones laborales.

La ley del 2001 aunado a las prerrogativas, exenciones e incentivos que el Estado venezolano le ha otorgado para su constitución y funcionamiento, ha estimulado su utilización como vehículos para la simulación o el fraude de las relaciones laborales.

El uso de las cooperativas de trabajo asociado para labores de limpieza de espacios públicos ha sido promovido por el propio Estado. En estos casos, visibles en cualquier zona de Caracas, la prestación personal de servicios se efectúa en condiciones de absoluta precariedad, violándose las más elementales normas de higiene y seguridad laboral, previstas en la Ley Orgánica de Prevención de Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

El uso fraudulento de las cooperativas ha sido develado por la sentencia Nº 1013 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 26 de septiembre de 2012, caso: Johnny Rafael Padrino y otros contra Transporte Costa Linda, C.A.

³⁶ Consuelo Iranzo y Richter Jacqueline, *La subcontratación Laboral. Bomba de tiempo a la paz social*. (UCV, Caracas, 2005).

³⁷ Rosiris C. Rodríguez G., Nuvia Pernía H., y Leticia C. Montilla R., «El contrato de trabajo y la relación de trabajo: tendencias jurisprudenciales», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 5, (2009): 217-268.

Tercero Interesado: Cooperativa New Services 642, R.L., con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, en el procedimiento de recurso de control de legalidad. En esta sentencia queda en evidencia que la relación entre las partes era laboral y que la cooperativa fue una estrategia patronal para evadir la legislación laboral.

En tal sentido, entre la información que se puede leer sobre los antecedentes de los hechos para determinar la existencia de una relación de naturaleza laboral, se desprende lo siguiente:

(...) Alegan los ciudadanos Johnny Rafael Salas Padrino, Eduardo José Carmona, Luis Oscar Ulloa, José Marchan, Antonio Granadillo, Simón Blanco, Néstor Jesús Pinto y Álvaro Peña que comenzaron a prestar servicios desde el 27-2-2005 el primero; 29-2-2005 el segundo; 27-2-2005 el tercero, cuarto y quinto; y el 5-1-2007 los tres últimos, para la empresa Transporte Costa Linda, C.A., como choferes de transporte pesado, devengando un salario estipulado por porcentaje del valor del flete, mediante un contrato de trabajo a tiempo indeterminado en el cual se establecieron condiciones especiales de trabajo en el transporte terrestre, de acuerdo con la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento.

Que el servicio era prestado en el horario comprendido de lunes a sábado, sin establecer hora de trabajo, en virtud de lo problemático que resulta definir y establecer una ruta en comparación con otra, por diversas razones, tiempo en cola de espera para cargar, hora y tiempo de cargar, distancia, hora y tiempo de descarga, etc.

Que devengaban un salario estipulado sobre la base de porcentajes del valor de cada flete, para lo cual la empresa se obligó a cancelarles Bs.F. 2.800,00 mensuales aproximadamente hasta el 14 de marzo de 2008, fecha del despido.

Que prestaban servicio como choferes conduciendo los vehículos de la empresa transportando la mercancía a diferentes ciudades del país, conforme a las hojas de rutas preestablecidas por la empresa, en la guía de fletes, para hacer la entrega de la mercancía al cliente en la fecha y hora estimada.

Que la empresa entrega antes de cada viaje al trabajador los gastos para combustible, peajes y caleta.

Que los obligaban a portar un teléfono celular propiedad de la empresa, con el fin de mantener informada a la empresa ante cualquier imprevisto que surja en el transcurso del viaje.

Que una vez concluido el viaje, estaban obligados a entregar de manera inmediata al departamento de despacho de la empresa la relación de los gastos del mismo en original y en buen estado.

Que de común acuerdo la diferencia de dinero que resulte del monto de los viáticos que la empresa entregaba al iniciar cada viaje luego de cancelar combustible, peaje y caleta, era descontado del pago semanal bajo el concepto préstamo en guía.

Que en caso de que el vehículo asignado se encontrare inoperativo por razones de reparación, mantenimiento y/o detenido por las autoridades, el chofer no estaba obligado a cumplir el horario de trabajo establecido por la empresa, sino a estar pendiente para el momento en que les era asignado otro vehículo o el mismo si fuere el caso.

Que a finales del año 2005 se les obligó a constituir una cooperativa sin haber liquidado la relación laboral que existía para ese momento.

Que la cooperativa funciona dentro de las instalaciones de la empresa, donde se lleva todo el control, gestión y administración tanto de la cooperativa como de la empresa, donde no existe participación de sus asociados en las decisiones que se toman y mucho menos en las decisiones sobre el destino de los excedentes.

(...) En consecuencia, de acuerdo con los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales y conservación de la relación laboral, previstos en el ordinal 1º del artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 9º literal c) y d) del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, así como la contestación de la demanda y el análisis del material probatorio, concluye la Sala que, en el presente caso, habiendo quedado admitida la prestación del servicio personal anterior a la constitución de la Cooperativa y dado que la demandada no logró desvirtuar la presunción de la existencia de un vínculo de trabajo a partir de la constitución de la Cooperativa, se entiende que la prestación de servicios de los actores continuó siendo de naturaleza laboral al no desvirtuarse los elementos propios de la relación de trabajo, tales como subordinación, ajenidad y salario.³⁸ (Destacados nuestros)

En este caso, el juzgador acertadamente se alejó de aplicar el famoso test de laboralidad, porque el demandado no pudo desvirtuar la presunción de laboralidad, establecida en el artículo X del DLOTTT. Creemos que esta decisión restituye el test de laboralidad a su real función en nuestro sistema jurídico: un cuestionario que puede ayudar a dilucidar las zonas grises, cuando la presunción de laboralidad sea insuficiente. Esta es la posición de Cesar Carballo quien ha reiterado que el test de laboralidad debe ser promovido por el empleador y solo utilizado como un mecanismo complementario a la presunción de laboralidad.³⁹

2.3.- Profesiones Liberales:

Tradicionalmente se ha dado por considerar que el ejercicio de las profesiones liberales no constituye acto de comercio ni relaciones sometidas a la legislación laboral, ya que quienes las ejercen de manera autónoma obtienen honorarios profesionales⁴⁰ y no beneficios ni salario. En tal sentido, nos referimos al ejercicio de la actividad profesional ejercida de manera independiente y, por tanto, la misma se encuentra fuera de las garantías y protección de la legislación laboral.

³⁸ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/septiembre/1013-26912-2012-10-166.HTML> Último acceso 01/06/2020.

³⁹ Cesar Augusto Carballo Mena, «Vestigios del trabajo dependiente a propósito del escrutinio judicial de *Uber Technologies, Inc.* Y *Dynamex Operations West, Inc.*» *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 28, (2019): 3-34.

⁴⁰ Refuerza esas consideraciones que la contraprestación por los servicios reciba el nombre de honorarios, cuyo origen en el derecho romano expresa un honor resaltando el carácter no mercantil del pago.

En nuestro país, la mayoría de las leyes que regulan actividades profesionales expresamente declaran que el ejercicio profesional de la misma no tiene carácter mercantil ni laboral (entiéndase de relación de subordinación jurídica).

Sin embargo, cada vez es más frecuente que los profesionales liberales establezcan una organización para atender a la clientela y que al lado de los servicios profesionales propiamente dichos se suministren bienes y se presten otros servicios a los clientes, con los cuales la vinculación se mantiene, a veces, a través de mecanismos de publicidad. La organización por sí sola no atribuye carácter de empresa mercantil a la prestación de un servicio. La forma de ejecutar una operación no convierte en mercantil un acto que es civil. De igual forma que la prestación del servicio *per se* no constituye una situación que deba estar sometida a la legislación laboral.

Por otra parte, para llegar a la conclusión de que una profesión liberal puede ser ejercida conjuntamente a través de una sociedad civil debe resolverse un problema de compatibilidad entre el objeto de ésta (la realización de un fin económico común) y el objeto de una profesión liberal (la prestación de un servicio exquisitamente intelectual).

Ahora bien, en la actualidad nacional la mayoría de las organizaciones empresariales públicas y privadas cuentan dentro de sus plantillas de trabajadores a estos profesionales, debiéndose ajustar su contratación a la legislación laboral. En el caso de la administración pública dichas contrataciones deben ajustarse al régimen estatutario y laboral.

La simulación suele producirse cuando la contratación de servicios profesionales bajo la figura honorarios profesionales, también conocidos como “HP”, se realiza imponiendo al profesional el cumplimiento de jornadas de trabajo completas o estando sometido a instrucciones para ejecutar su trabajo.

La sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 26 de marzo de 2016, con ponencia de la Magistrada Marjorie Calderón Guerrero, el caso María Rina Di Martino Patriarca, contra la sociedad civil Grupo de Especialidades Odontológicas Alto Centro, y solidariamente Michelle Anetta Lapadula Kolosova, y contra la sociedad mercantil CLÍNICAS RESCARVEN, C.A., permite ilustrar la situación antes descrita, en el siguiente tenor:

Alega la parte actora que la relación de trabajo se inició el 27 de marzo 2006, desempeñándose como **profesional de la odontología**, que fue despedida de manera verbal e injustificada el 21 de marzo de 2013, por parte de la ciudadana Michelle Anetta Lapadula Kolosova, en su carácter de presidenta de la sociedad civil Grupo de Especialidades Odontológicas Alto Centro, para quien venía prestando el servicio de manera dependiente y subordinada, así como para la sociedad mercantil Clínicas Rescarven, C.A.

Que el inicio de la relación de trabajo, estuvo signado por la celebración de un contrato por escrito, a tiempo indeterminado, mediante el cual se vincularon las partes, de conformidad con lo establecido en los artículos 58 y 68 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Que el encabezado de dicho contrato reza: “GRUPO DE ESPECIALIDADES ODONTOLÓGICAS ALTO CENTRO”, así como el resto de los datos que lo identifican como persona jurídica; que luego fue conminada a suscribir un nuevo contrato, en donde se desmejoraban sus condiciones laborales, excluyéndose de la relación jurídica a “Clínicas Rescarven” a pesar de que la prestación del servicio se realizó de manera idéntica a la que venía ejecutando.

Que en esa segunda contratación, **se incorporó una cláusula denominada “GESTION DE NEGOCIOS”, con la finalidad de enmascarar la relación laboral; que la demandada “Alto Centro, C.A.”, asegura que no es laboral el vínculo sobre el cual se funda la presente demanda, que pretenden otorgarle una naturaleza jurídica distinta a la laboral, haciéndola civil, lo cual resulta contradictorio frente a la ejecución de auditorías, aunado a otras prohibiciones que son incompatibles con la libertad, con que debería actuar un profesional que se desempeña bajo una contratación de derecho civil o privado.**

Que con respecto al pago de honorarios, denuncia contradicciones en su planteamiento, que se hizo con la **intención de desconocer los derechos laborales de la trabajadora**, que ello se verifica por el hecho de que la odontólogo, facturaba a la empresa Alto Centro, C.A., y no directamente a los clientes, que esto debe tomarse como una evidencia clara de subordinación, y que tales formas de contratación son contrarias al espíritu que debe imperar en toda relación de trabajo. (...)

Que se evidencia la maniobra de ambas empresas con el único objeto de desvirtuar, desconocer y obstaculizar, la aplicación de la legislación laboral; que la presente demanda sirva para el restablecimiento de la situación jurídica infringida y que se le reconozca como trabajadora, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 eiusdem. (...) corresponde a esta Sala analizar como hecho controvertido la naturaleza de la relación que unió a la ciudadana María Rina Di Martino con la co-demandada Grupo de Especialidades Odontológicas Alto Centro, a los fines de verificar si efectivamente se han materializado, en la realidad de los hechos, los elementos que deben concurrir para que una relación jurídica sea considerada de naturaleza laboral, conforme a nuestro ordenamiento jurídico y la doctrina jurisprudencial de esta Sala de Casación Social, los cuales son: la prestación de servicio por cuenta ajena, la subordinación y el salario, por lo que al verificarse estos elementos en una relación jurídica, indistintamente del sistema formal de concreción del vínculo, estaremos en presencia de una relación de trabajo. En virtud de ello, el juzgador debe aplicar los principios que rigen la materia, especialmente el de la realidad sobre las formas y apariencias; así como la normativa respectiva y la jurisprudencia.

(...) se hace imprescindible traer a colación el criterio establecido por esta Sala de Casación Social, mediante el fallo N° 489 de fecha 13 de agosto de 2002, caso: Mireya Orta contra Federación Nacional de Profesionales de la Docencia Colegio de Profesores de Venezuela (Fenaprodo-CPV), a través del cual se consagran las directrices que en materia laboral deben seguirse para determinar cuándo se está

o no, en presencia de una relación de trabajo, es decir, cuándo una prestación personal de servicio, desvirtúa la presunción legal (...).⁴¹ (Destacados nuestros)

Finalmente, la Sala determinó que la relación que unió a la ciudadana María Rina Di Martino con la co-demandada Grupo de Especialidades Odontológicas Alto Centro, no fue de naturaleza laboral, aunque en el contrato se hubiera incluido una cláusula que buscaba encubrir dicha laboralidad por medio de la prestación de servicios propios de una profesión liberal. Al aplicarle el denominado test de laboralidad o de indicios se deja al descubierto la relación laboral en los siguientes términos:

a) Forma de determinar el trabajo: De las pruebas aportadas al proceso se evidenció que las partes pactaron la prestación personal de servicio de odontología donde la ciudadana María Rina Di Martino, como profesional odontóloga, atendía a pacientes que se encontraban bajo su responsabilidad, determinando según su saber y entender científico, los tratamientos médicos correctos para la sanación de sus pacientes recayendo plenamente sobre su persona, los efectos de sus decisiones.

b) Tiempo de trabajo y otras condiciones laborales y la exclusividad: Al determinar el tiempo de trabajo y las condiciones del mismo, resultó demostrado que la prestación del servicio se llevaba a cabo desde las 8:00 a.m. hasta las 12:00 m, atendiendo al número de pacientes disponibles cada día, siendo que de la declaración de parte, la accionante manifestó que no se encontraba sometida bajo controles de asistencia, que si no podía asistir lo informaba a la co-demandada de Especialidades Odontológicas Alto Centro, sin que se evidencie que debía justificar su inasistencia, tampoco se observa que tuviera algún tipo de sanción, razón por la cual puede afirmarse que en la ejecución de su actividad imperaba el criterio de disponibilidad sin horario forzoso, no existía exclusividad para la prestación del servicio para la empresa, pues podía prestar servicios para otra empresa.

c) Forma de efectuarse el pago y quantum de la contraprestación recibida: Se desprende de las actas, que como contraprestación, la actora recibía cantidades de dinero causadas a título de honorarios profesionales, mediante la entrega de facturas que debían someterse a auditoría para que la demandada emitiera el pago, cumplidas igualmente, las formalidades tributarias que exige el SENIAT tanto en recibos como facturas propias de una relación civil, demostrándose de esta manera que la parte actora intervenía y fijaba el costo de los servicios que prestaba a la demandada, no existiendo una remuneración independiente de la ejecución o no del trabajo encomendado. En ese mismo sentido se evidenció un acuerdo de probada naturaleza civil, consensual, incontrovertible, sinalagmático perfecto, y en consecuencia generador de obligaciones bilaterales, suscrito de puño y letra entre ambos adversarios procesales de asociación en las ganancias 85/15%, y de las cuales ese 85% se apropiaba la accionante lo cual constituye el grueso de los frutos netos producidos. Cabe destacar, que conforme a la declaración de parte, quedó demostrado que la actora podía realizar observaciones a los pagos que se le realizaban si había disparidad entre lo reportado y lo auditado, característica propia de los honorarios profesionales.

⁴¹ historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/febrero/185553-092-26216-2016-14-895.HTML

d) Trabajo personal, supervisión y control disciplinario: Se evidencia de las actas que conforman el expediente, que las condiciones de la prestación del servicio se caracterizaron por un marco de autonomía, ostentando la actora amplia libertad para la organización y administración de su actividad; en virtud que era responsable de la esta desempeñar sus funciones en el área de la odontología, con sujeción a los términos y condiciones de los contratos por servicios profesionales médicos que en el particular se sujetan a lo previsto en la Ley del Ejercicio de la Odontología, motivo por el cual era sujeta a supervisión técnica, propia de la observación que se realiza en cualquier prestación de un servicio.

e) Inversiones, suministro de herramientas, materiales y maquinaria: Si bien es cierto que las sedes de las clínicas donde desplegaba sus servicios la accionante, aportaban la unidad médico dental principal, la ciudadana María Rina Di Martino, aportaba sus equipos esenciales como turbina micromotor y fresas para trabajo dental, así como, la compra de vasos y servilletas para el uso de los pacientes que salían de su propio peculio.

f) Naturaleza Jurídica del pretendido patrono: Se trata de una sociedad mercantil que tiene como objeto la prestación de servicios médicos odontológicos a través de profesionales debidamente calificados, independientes y autorizados para el ejercicio de la odontología, siendo esta última una de las aristas centrales que explican la especial relación de la demandada con la sociedad mercantil Clínicas Rescarven, C.A.

Otros: A todas luces, de lo estipulado en los contratos y de las pruebas aportadas por la parte actora, corresponde la prestación de servicios a condiciones bien determinadas bajo un contrato de naturaleza distinta a la laboral, no pudiendo estimarse como lo pretende la accionante que la misma sea una labor desempeñada por cuenta ajena, bajo dependencia y subordinación personal, y por otra parte debe atenderse a la intención de las partes al relacionarse, esto es, el *animus* de ellas, (...) lo que se confirma con el hecho, de que la accionante al haberse considerado trabajadora de la co-demandada no solicitó el pago oportuno de los diversos conceptos laborales que hoy reclama, tales como utilidades y vacaciones, tal cual lo ha señalado la jurisprudencia patria en reiteradas oportunidades.⁴²

Esta sentencia modifica criterios jurisprudenciales arraigados desde hace más de 40 años de labor judicial. A modo de ejemplo, citamos una sentencia que sirvió de referente a otras decisiones en los años ochenta del siglo XX. El caso es muy similar una odontóloga que prestaba sus servicios en la Hermandad Gallega. En ese caso se aplicó la presunción de laboralidad, descartándose por completo el *animus* o voluntad de las partes, porque justamente la desigualdad entre los contratantes ha sido una de las razones para limitar la autonomía de la voluntad e imponer a ese contrato normas heterónomas de carácter irrenunciables. Además, aportar los elementos de trabajo no descarta la relación de trabajo.

⁴² historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/febrero/185553-092-26216-2016-14-895.HTML

El uso de la modalidad de honorarios profesionales ha proliferado en la administración pública para prestaciones de servicios personales, que cumplen típicas funciones administrativas. Esos trabajadores quedan al margen de cualquier protección laboral, pues no solo se viola la Ley de Estatuto de la Función Pública, sino también se desconoce la legislación del trabajo.

A modo de reflexiones finales:

La vinculación entre el derecho mercantil y civil, con el resto de las disciplinas jurídicas cada vez resulta ser más evidente, puesto que en la sociedad moderna el conjunto de relaciones jurídicas debe ser atendido de forma transversal.

En este contexto las características propias de los contratos mercantiles y de las personas jurídicas de carácter comercial y civil, que le otorgan independencia y dinamismo, además de pretender configurar relaciones de igualdad entre las partes, han resultado ser un caldo de cultivo idóneo para que en los casos de prestación personal de servicios subordinada se desconozca la aplicación de la legislación laboral.

Se ha descrito un conjunto de situaciones que, analizadas por la doctrina y la jurisprudencia nacional, se ha demostrado el uso de contratos y figuras de derecho mercantil y civil, con la finalidad de encubrir la relación laboral.

Varias sentencias citadas en este trabajo han aplicado el test de laboralidad en cada caso concreto para determinar el carácter laboral de la prestación personal de servicios, aunque vale la pena volver a insistir que nuestro sistema jurídico desde 1936 contempla la presunción de laboralidad: por el solo hecho de prestar el servicio se presume, salvo que se pruebe lo contrario, el carácter laboral de dicha prestación personal.

La presunción de laboralidad, a diferencia del test de indicios, es propia de los sistemas codificados y ha sido siempre una herramienta potente para combatir el fraude a la ley laboral, pues sitúa el análisis de la relación en el ámbito de los criterios que favorezcan la defensa de los derechos del débil jurídico. Con la presunción se traslada la prueba hacia el empleador y no necesariamente a un test de indicios que debe aplicar el juzgador.

La jurisprudencia del alto tribunal ha mostrado criterios no cónsonos con los principios rectores de la disciplina en dos casos comentados en este trabajo. Poner de relieve la autonomía de la voluntad, la ausencia de instrucciones para ejecutar la labor, la propiedad del trabajador de los implementos de trabajo o el no sometimiento a horario es un retroceso a la prolifera labor de los jueces que durante décadas han centrado las decisiones en develar el elemento clave: estar sometido a la voluntad de otro. Ese poder del empleador puede manifestarse de diversas maneras, pero lo central es que el otro sujeto de la relación ha limitado su libertad.

Las relaciones comerciales y civiles pueden asumir múltiples formas jurídicas, siendo imposible de forma anticipada saber si el uso de estas instituciones de derecho comercial y civil se realiza con el ánimo de defraudar la regulación laboral, que prácticamente en su totalidad es de orden público y por tanto irrenunciable por las partes.

El mundo de los negocios requiere reglas claras para poder desarrollarse y muchas veces las partes de buena fe utilizan figuras jurídicas que creen que son las más adecuadas para regular sus relaciones. Por ello es importante que la legislación y la jurisprudencia clarifiquen el ámbito de aplicación de cada disciplina jurídica, incluso los jueces deben cumplir una función de información y formación a los ciudadanos. En la medida que la ley es clara, como creemos que lo es, al consagrar desde sus inicios la presunción de laboralidad y la jurisprudencia en caso de dudas o zonas grises establezca criterios precisos para determinar si se está o no en presencia de una relación de trabajo se ayuda al desarrollo de un sano ambiente de negocios ya que se permite realizar las transacciones con seguridad jurídica.

Como se observó en las decisiones extensamente citadas, estas prácticas de simulación y fraude a la ley laboral no son innovadoras, muchas de ellas han sido reportada por décadas por la doctrina jurídica. De igual manera, la jurisprudencia ha ido develando esas prácticas, sentando una robusta jurisprudencia. Tanto, el análisis de la doctrina y jurisprudencia nos ha permitido presentar una información robusta de sustento y criterio de autoridad, que no descarta que en un futuro se sigan viendo sentencias sobre estos asuntos.

BIBLIOGRAFÍA:

- Añez Hernández, Carmen, «Subcontratación y Triangulación Laboral: Relaciones Encubiertas». *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, vol. XVIII, núm. 2, (jul-dic 2012): 168.
- Borderías Mondejar, Cristina, Carrasco Bengoa, Cristina y Alemany, Carme, *Las mujeres y el trabajo: rupturas conceptuales*. Editores: Icaria Editorial (1994).
- Briz Kaltenborn, José Javier, *Estudio práctico del Régimen Legal de las Franquicias en Venezuela*. Vadell Hermanos, Editores, C.A., Caracas. 2005.
- Carballo Mena, Cesar Augusto, «Vestigios del trabajo dependiente a propósito del escrutinio judicial de *Uber Technologies, Inc. Y Dynamex Operations West, Inc.*», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 28, (2019): 3-34.
- Castagnino, Diego Tomás. *El contrato de distribución*. Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. C.A., Caracas, 2018.
- Chacón Gómez, Nayibe, «Mitos y realidades sobre la firma personal en el ordenamiento jurídico venezolano». *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, núm. 4. Caracas, (2014): 57-76.

- Extracto en: <https://www.actualidadlaboral.com.ve/seccion/detalles/14792> Último acceso 01/06/2020.
- Fernández S., María Eugenia. «Las cooperativas: organizaciones de la economía social e instrumentos de participación ciudadana», *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 12, núm. 2. (2006): 237-253.
- García Müller, Alberto, «Un análisis de la nueva Ley Especial de Asociaciones Cooperativas de Venezuela», *Capaya Revista Venezolana de Economía Social*, n°. 3. (2002).
- Hernández Álvarez, Oscar, «El Derecho Mercantil y el Derecho del trabajo: fronteras y espacios y concurrencia», Libro *Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, Coordinación y compilación Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrisbeitia*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, (2012).
- Hernández Álvarez, Oscar, «Relaciones de Trabajo encubiertas. Su tratamiento en el Derecho Laboral Venezolano», *Libro Ensayos Laborales*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, (2005).
- Iranzo, Consuelo y Richter, Jacqueline, *La subcontratación Laboral. Bomba de tiempo a la paz social*. UCV, Caracas, 2005.
- Jaime Martínez, Héctor A., «Los criterios delimitantes del Contrato de Trabajo. Especial referencia a la Jurisprudencia Venezolana» *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitatis. División de Investigaciones, Barquisimeto, Tipografía Litografía Horizonte, 7 (extraordinaria) (2009): 389-433.
- Pró-Risquez, Juan Carlos. «Estudio sobre la LOTT, la Tercerización, la subcontratación en el marco de la LOTT», *Derecho y Sociedad*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila, núm. 11, (2012): 107-134.
- Richter, Jacqueline, «El concepto ampliado de trabajo: los diversos trabajos», *Gaceta Laboral*, vol. 17, núm. 2. (2011): 169-189. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33619713002>
- Rodríguez G., Rosiris C., Pernía H., Nuvia, y Montilla R., Leticia C. «El contrato de trabajo y la relación de trabajo: tendencias jurisprudenciales», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 5, (2009): 217-268.
- Rojas Gutiérrez, Deyaeva, «Implicaciones laborales del contrato de franquicia», *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, (2004): 1613-1630.
- Ruan Santos, Gabriel, «Aspectos tributarios de las Cuentas en Participación», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 154, (2015): 391-436.
- Sentencia del 26 de enero de 2000, Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área Metropolitana de Caracas. Caso Asesores de Seguros Asegure, S.A. en amparo. Ramírez y Garay, Tomo 162. Caracas, 2000.
- Sentencia N° 0401 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 8 de abril de 2014, N° de Expediente: 12-1345, Ponente: Carmen Elvigia Porras de Roa.
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/enero/195101-012-18117-2017-16-281.HTML>
Último acceso 01/06/2020
- <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/febrero/185553-092-26216-2016-14-895.HTML>

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/178547-0404-17615-2015-14-374.HTML>
Último acceso 01/06/2020.

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/178769-0414-18615-2015-13-670.HTML>
Último acceso 15/06/2020.

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/186096-0197-10316-2016-14-1673.HTML>
Último acceso 01/06/2020

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/septiembre/1013-26912-2012-10-166.HTML> Último
acceso 01/06/2020.

<http://www.actualidadlaboral.com.ve/seccion/detalles/14792> Último acceso 15/06/2020.

<https://www.badellgrau.com/?pag=40&ct=1191> Último acceso 01/06/2020.