

Régimen legal y jurisprudencial del trabajador de dirección en Venezuela

Sergio Rodríguez*

RESUMEN:

Este artículo analiza la figura del trabajador de dirección, entendido como aquel que dirige o participa en la dirección o gestión de un proceso productivo, representando al patrono ante otros trabajadores o ante terceros.

Palabras clave:

Derecho del trabajo, trabajador de dirección, relación laboral.

Abstract:

This article considers the position of direction workers. Direction workers are understood to be those that direct and participate in the management of a production process. Hence, representing patrons with other workers and with third parties.

Key words:

Labor Law, labor relations, direction workers.

TRABAJADOR DE DIRECCIÓN. PREÁMBULO. RÉGIMEN LEGAL

En la compleja relación de trabajo, básicamente existen dos partes bien diferenciadas: por una parte tenemos al patrono, esa persona natural o jurídica que tiene a su cargo a uno o a varios trabajadores y se beneficia de sus servicios por el que paga una remuneración; y por otra parte al trabajador, esa persona natural que ejecuta una actividad por cuenta ajena, bajo subordinación o dependencia, a cambio de una remuneración que le procure una vida digna y decorosa para él y su familia.

* Abogado UCAB. Especialista en Derecho Laboral UCAB. Profesor de la Cátedra de Derecho del Trabajo II UCAB.

En la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras del 2012 (en lo sucesivo LOTT'T), se define al trabajador dependiente de la siguiente forma:

Artículo 35

Definición de trabajador o trabajadora dependiente

Se entiende por trabajador o trabajadora dependiente, toda persona natural que preste servicios personales en el proceso social de trabajo bajo dependencia de otra persona natural o jurídica. La prestación de su servicio debe ser remunerado.

Con este concepto se rompe por alguna razón “desconocida” el concepto tradicional dado al sujeto trabajador por la doctrina y otras legislaciones, definido como la persona natural que presta un servicio, *por cuenta ajena*, bajo la dependencia de otra llamado patrono, actividad esta que es remunerada, pues el artículo 35 antes citado suprime el elemento de ajenidad, elemento que denota que esa prestación de servicio por parte del trabajador no es aprovechada por él mismo, sino que los frutos obtenidos y los medios empleados le pertenecen o corresponden al patrono, así como los riesgos de esa actividad son asumidos por este último. En sintonía con la tradicional definición, la Ley del Trabajo recientemente derogada de 1997 (en lo sucesivo LOT) señalaba: **Artículo 39.** *Se entiende por trabajador la persona natural que realiza una labor de cualquier clase, por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra. La prestación de sus servicios debe ser remunerada.*

La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, de la siguiente manera:

Dicha norma enumera los caracteres que reunidos configuran la figura del trabajador. Dicho precepto legal define al trabajador, en primer lugar como una persona natural, condición ésta derivada del carácter personal que debe tener la prestación de servicios; asimismo señala que la labor debe ser prestada por cuenta ajena, es decir que, la actividad realizada debe serlo para otro, los resultados obtenidos del trabajo son cedidos al empleador de modo originario y los riesgos deben ser asumidos por éste; también puntualiza que el servicio debe ser ejecutado bajo subordinación o dependencia, lo que implica que el trabajador debe someterse a las órdenes y directrices que trace el empleador para el desenvolvimiento de su actividad laboral; por último, dispone dicho artículo que la prestación de servicios debe ser remunerada, lo que quiere decir, que ésta debe ser correspondida por

una contraprestación de contenido económico”¹.

Pero esa es una discusión que en otro análisis se profundizará.

Por lo antes expuesto, podemos señalar que toda persona que preste un servicio personal en el proceso social de trabajo, bajo dependencia de un patrono, y percibiendo por ello una remuneración, será considerado trabajador. Esta es la regla general.

Ahora bien, en toda estructura organizativa, existen quienes ejecutan una actividad y quienes dirigen, y todos son trabajadores, pero un grupo de esa masa de trabajadores son los que han sido designados por el patrono para llevar a cabo una estrategia de organización y dirección en cualquier empresa.

Los que están llamados a dirigir o participar en la dirección o gestión de un proceso productivo, representando al patrono ante otros trabajadores o ante terceros, son denominados Trabajadores de Dirección.

El Abogado José Manuel Arraiz Cabrices señaló:

Ninguna de las versiones y reformas de la Ley del Trabajo (1936, 1945, 1947, 1966, 1974, 1975 y 1983) incluyó una definición de los trabajadores de dirección y de confianza, aunque se previó la posibilidad de exceptuarlos de los beneficios de la convención colectiva y los excluyó de los límites ordinarios de duración de la jornada de trabajo.

(...)

Efectivamente, el Reglamento de 1973 requería varias condiciones para considerar que un empleado ejercía funciones de dirección: Que tuviera el carácter de representante general del empleador frente a otros trabajadores o terceros; que pudiera sustituirlo en todo o en parte de sus funciones de administración, comprometiendo la responsabilidad de aquél; y que de su actividad y alto grado de responsabilidad dependiera el buen resultado de los trabajos (Artículo 15 RLT).

(...)

Acosta (Acosta, Sabas, 1976, Ley contra Despidos Injustificados: Estudio analítico de sus más importantes disposiciones. Ediciones Magón, Venezuela, Caracas, pp. 86-88) se refirió a los trabajadores de dirección, de confianza y de inspección en forma global o conjunta, como

1 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 03/08/2006. Ponente: Alfonso Valbuena Cordero. JESÚS MACHADO MONTIEL contra ESTIRENO DEL ZULIA, C.A.200

aquellos que por ejercer las más altas funciones dentro de la empresa, están tan íntimamente ligados a los intereses de ésta, que de ellos depende, en gran medida, la buena marcha de la gestión diaria de esas organizaciones mercantiles y remite, para la definición del empleado de dirección y del trabajador de confianza a los artículos 15 y 17 del Reglamento de la Ley del trabajo².

La LOTTT los define en su artículo 37:

Artículo 37

Trabajador o trabajadora de dirección

Se entiende por trabajador o trabajadora de dirección el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la entidad de trabajo, así como el que tiene el carácter de representante del patrono o patrona frente a otros trabajadores, trabajadoras o terceros, y puede sustituirlo o sustituirlas, en todo o en parte, en sus funciones.

Respecto a la redacción del artículo 42 de la LOT ya derogada no hubo mayores cambios, mas que en los términos de Empleado por Trabajador, y el de Empresa por Entidad de Trabajo. En cuanto a los términos de Empleado así como el término de Obrero, que fueron unificados por el término Trabajador, pareciera que la razón de la sustitución es acabar definitivamente con la diferenciación entre los términos empleados y obreros, unificándose en un mismo vocablo que no apareje diferencia alguna: Trabajador. Por los momentos, lo que nos interesa es la definición legal del Trabajador de Dirección en la nueva LOTTT.

El Trabajador de Dirección es, en primer lugar, un trabajador subordinado, claro está, al dueño de la empresa o el órgano superior de la misma, pero trabajador al fin, que tiene como función, en concordancia con el artículo 37 antes citado, intervenir en la toma de decisiones u orientaciones de la entidad de trabajo, así como el que tiene el carácter de representante del patrono o patrona frente a otros trabajadores, trabajadoras o terceros, y puede sustituirlo o sustituirlas, en todo o en parte, en sus funciones. En palabras del profesor Rafael Caldera, es aquel tipo de trabajador que por la importancia de sus funciones y alta envergadura

2 Arraiz C. José M. Constitucionalidad de la Exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito de la convención colectiva. En: *Sobre el Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social*. (2009) TSJ. Colección de Estudios Jurídicos. Caracas-Venezuela. Pp. 80.

en el manejo de la empresa, que denota una gran vinculación íntima a la misma, la personifican ante el público y los demás trabajadores.³

Nos atrevemos a insistir que el Trabajador de Dirección, ante todo es un trabajador, solo que tiene facultades excepcionales de dirección de la empresa. Y destacar esto, aunque parezca de perogrullo tiene una razón de peso: identificar a ese Trabajador de Dirección en una relación tan íntima con el patrono, que en un momento de detalle estricto veamos que es el patrono mismo, podría llevarnos al territorio de aquellas personas sobre las que pesan las denominadas Altas Direcciones, donde en puridad no es evidente el elemento de la subordinación, y en casos específicos se le ha negado que exista una relación laboral:

De todo lo anteriormente señalado, se constata que ciertamente la demandada logró desvirtuar la presunción de existencia de relación de trabajo que supuestamente existía entre el demandante y la accionada; ello, en razón de que trajo a los autos elementos jurídicos y fácticos que permitieron determinar que el actor en su condición de Presidente de Inverbanco, no estaba sujeto a subordinación alguna, era él y la Junta Directiva, la cual presidía éste también, quienes dirigían la actividad del Banco; era el Presidente del Banco quien realizaba todo tipo de propuestas a la Junta Directiva para su aprobación, aceptación en la cual él también participaba en la decisión; era el Presidente del Banco quien representaba a la demandada, excepto en lo judicial y lo contencioso-administrativo, pero era él y la Junta Directiva quienes designaban a los apoderados del Banco en estos casos.

Existen una serie de elementos de hecho y de derecho que permiten determinar que el actor no estaba bajo la subordinación de un patrono o empleador, en virtud de que todo indica que estaba subordinado, pero a las leyes que rigen la materia bancaria y a los Estatutos de Inverbanco, y subordinado a sus propias decisiones, razón por la cual, al haberse desvirtuado la existencia de una relación laboral que supuestamente existía entre las partes en litigio, los Sentenciadores de la recurrida han interpretado erróneamente el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, produciendo así unas consecuencias que no se ajustan al contenido de dicha norma, puesto que al quedar comprobado que no existía vínculo laboral alguno entre el demandante y la demandada, la pretensión se ha debido declarar sin lugar.

(...)

3 Caldera, R. (1960) *Derecho del Trabajo*. Edit. El Ateneo. Pág. 228

En consecuencia, al haber quedado desvirtuado uno de los elementos de la relación de trabajo, como lo es la subordinación, la demanda por cobro de prestaciones sociales propuesta por el ciudadano Román García Machado contra el Banco Hipotecario de Inversión Turística de Venezuela Inverbanco, será declarada sin lugar. Así se decide⁴.

Sentencia ésta que ha sido ratificada en otras ocasiones, señalándose lo siguiente:

Del análisis concatenado de los hechos referidos supra, que fueron establecidos por el sentenciador de alzada, con la noción de subordinación, la cual implica la sujeción del trabajador a la potestad jurídica del patrono, es decir, a su poder de dirección, vigilancia y disciplina, debe concluirse, como se hace en la recurrida, que el actor no estaba bajo la subordinación de la empresa demandada, en virtud de que todo indica que sólo se encontraba regulado por los estatutos sociales de la misma y por la Junta Directiva de la cual formaba parte, razón por la cual no se configuró en el accionante la figura de trabajador, puesto que no reunió todos los caracteres que para ello exige el artículo 39 de la Ley Orgánica del Trabajo, destacando, en todo caso, la forma autónoma en que el demandante realizaba sus funciones en la empresa accionada, así como que éste junto con los demás integrantes de la Junta Directiva, encarnaban al patrono, motivo por el cual debía concluirse, como lo hizo el sentenciador, que no se dieron de manera concurrente los elementos que configuran la figura jurídica del trabajador, en ninguna de sus variantes; en consecuencia, debe considerarse que en la sentencia recurrida fueron aplicados cabalmente los artículos 39 y 42 de la Ley Orgánica del Trabajo, razón suficiente para declarar sin lugar la denuncia analizada, así se decide⁵.

En abundancia a lo antes expuesto, agregamos esta sentencia:

Si bien es cierto, es reconocido y así fue determinado en juicio, que el actor desplegaba funciones de Gerente General de la empresa, no es menos cierto que la Alzada, luego del análisis en conjunto de las pruebas aportadas a juicio, determinó que el actor perteneció a la junta directiva de la empresa demandada, representando las llamadas acciones clase B, que demostraban el interés propio del

4 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 12/06/2001. Ponente: Omar Alfredo Mora Díaz. ROMÁN GARCÍA MACHADO contra BANCO HIPOTECARIO DE INVERSIÓN TURÍSTICA DE VENEZUELA, C.A. "INVERBANCO".

5 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 03/08/2006. Ponente: Alfonso Valbuena Cordero. JESÚS MACHADO MONTIEL contra ESTIRENO DEL ZULIA, C.A.

actor al desempeñar su cargo. Es decir, que concluye la Alzada que el demandante, no tenía carácter de trabajador dependiente, por el contrario es considerado accionista de la empresa, por lo que, la relación discutida no reviste carácter laboral.

En este sentido, analizadas las conclusiones a la que llega la Alzada, mal puede ésta aplicar lo estipulado en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo, referente a lo que se entiende por empleado de dirección, amparado por la Ley Orgánica del Trabajo. Así se decide.

Ahora bien, considera necesario esta Sala, resaltar en esta oportunidad el efecto de uno de los principios fundamentales que rige el Proceso Laboral Venezolano, tal y como lo es, el principio de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias.

Resulta común, en la práctica, la simulación de las relaciones de trabajo enmarcadas en una relación de naturaleza mercantil o de otra índole, siendo tarea de los aplicadores del derecho, buscar la verdad y determinar la naturaleza exacta de la relación discutida, evidenciando la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias de estos.

Ahora bien, ello no sólo puede ocurrir para esclarecer que la relación que se discute no es de la naturaleza que aparenta (mercantil o de cualquier otra índole) sino por el contrario, para determinar que la relación objeto de discusión, es de una naturaleza distinta a la laboral, que es la que se pretende hacer valer, es decir, también el derecho del trabajo debe brindar seguridad jurídica a aquellos patronos a quienes se les pretende atribuir responsabilidades que en definitiva, no poseen. Por ello, en el caso objeto de estudio, tal y como se evidenció de autos y de los alegatos de las partes en la audiencia oral de casación, el accionante prestaba servicios para la empresa Pequiven, y ésta lo designó como gerente general de la empresa POLINTER (demandada), para cumplir determinadas funciones con tal carácter, por lo que independientemente de que haya sido nombrado por PEQIVEN como Gerente General de la empresa POLINTER, no por ello deben generarse obligaciones laborales para la demandada. Así se decide⁶.

ELEMENTOS QUE DEFINEN AL TRABAJADOR DE DIRECCIÓN

Los elementos que definen al Trabajador de Dirección son excepcionales y taxativos, autónomos y no concurrentes:

6 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 25/10/2007. Ponente: Omar Alfredo Mora Díaz. JORGE LUIS PIRELA LÓPEZ contra POLIOLEFINAS INTERNACIONALES, C.A. (POLINTER)

1. El que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la entidad de trabajo,
2. El que tiene el carácter de representante del patrono o patrona frente a otros trabajadores, trabajadoras o terceros,
3. Y puede sustituirlo o sustituirlas, en todo o en parte, en sus funciones.

Son elementos, como ya se señaló, excepcionales y taxativos. Ahora bien, en cuanto a su autonomía y no concurrencia, ante la duda de si tienen que considerarse todos los elementos al mismo tiempo para poder identificar al Trabajador de Dirección, o si por el contrario puede señalarse a un Trabajador como de Dirección siempre y cuando cumpla con uno de esos elementos, en sentencia del 13 de junio de 1994, el Juzgado Superior Tercero del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas se pronunció:

Se extrae de la norma transcrita (Artículo 42 de la LOT) que basta con que el trabajador esté investido de una de esas facultades, para que se le tenga como “Empleado de Dirección”. En el caso bajo estudio, el trabajador demandante está incurso en los tres supuestos, esto es, interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, representa al patrono ante trabajadores y terceros, y lo sustituye en parte sus funciones...⁷

Esta posición fue asentada por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), como podrá observarse a continuación:

En primer lugar se resolverá lo referido a si la actora es un trabajador de dirección.

El artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que se entiende por empleado de dirección el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo, en todo o en parte en sus funciones.

El artículo 47 eiusdem dispone que la calificación de un trabajador como de dirección, confianza, inspección o vigilancia, dependerá de la naturaleza real de los servicios prestados, independientemente de la denominación que haya sido convenida por las partes o de la que unilateralmente hubiese establecido el patrono.

De los artículos trascrito se observa que imperará el principio de primacía de la realidad y no la denominación del cargo; y, que hay

7 Ramírez & Garay. (1994) *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*. (Edit. Ramírez & Garay, S.A.). Tomo CXXX 1994 Segundo Trimestre. Pág. 138.

tres condiciones a examinar para establecer que un trabajador es un empleado de confianza, a saber, que intervenga en las decisiones u orientaciones de la empresa; o que tenga el carácter de representante del patrono ante otros trabajadores o terceros; o que pueda sustituir, en todo o en parte, al patrono⁸.

Esta otra sentencia ratifica esa posición, es decir, basta con que ese trabajador cumpla con uno de los tres elementos que definen al Trabajador de Dirección, para calificarlo como tal:

En relación con el carácter de la actora en cuanto a si era o no una empleada de dirección, se observa:

La Ley Orgánica del Trabajo establece que un empleado de dirección es aquel que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo, en todo o en parte en sus funciones -artículo 42-. De este modo, para que un trabajador pueda ser calificado de dirección es necesario que cumpla con una cualquiera de estas tres condiciones, a saber, que intervenga en las decisiones u orientaciones de la empresa; o que tenga el carácter de representante del patrono ante otros trabajadores o terceros; o que pueda sustituir, en todo o en parte, al patrono⁹.

Y más recientemente, el TSJ ha señalado:

Al respecto, el artículo 42 de la Ley Orgánica del trabajo estable “Se entiende por empleado de dirección el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo, en todo o en parte, en sus funciones”.

Se desprende de la norma transcrita que para que un trabajador pueda ser calificado de dirección es necesario que cumpla con una cualquiera de estas tres condiciones, a saber, que intervenga en las decisiones u orientaciones de la empresa; o que tenga el carácter de representante del patrono ante otros trabajadores o terceros; o que pueda sustituir, en todo o en parte, al patrono sin importar la denominación del cargo¹⁰.

8 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 06/11/2007. Ponente: Juan Rafael Perdomo. MARÍA TERESA RANGEL contra PUERTOS DEL LITORAL CENTRAL P.L.C., S.A.

9 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 25/11/2008. Ponente: Juan Rafael Perdomo. MIRYAN DEL CARMEN MADRIZ DE LUCENA contra CENTRO CLÍNICO LA ISABELICA C.A.

10 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social Accidental. 20/06/2012. Ponente: Bettys Luna Aguilera. ALFREDO JOSÉ MENDOZA contra SOUKI DE GUAYANA, C.A.

En este punto, podemos concluir que la regla general es que toda persona que preste un servicio de manera subordinada a un patrón, en el proceso social trabajo, a cambio de una remuneración, es un trabajador. Ahora bien, si al escudriñar en la naturaleza real de sus funciones ese trabajador está investido y ejecuta alguna de estas especiales facultades, a saber: que intervenga en las decisiones u orientaciones de la empresa; o que tenga el carácter de representante del patrono ante otros trabajadores o terceros; o que pueda sustituir, en todo o en parte, al patrono, podría ser calificado entonces como Trabajador de Dirección.

IMPORTANCIA DE LA CALIFICACION COMO TRABAJADOR DE DIRECCION

En cuanto a la importancia de identificar a un Trabajador como de Dirección, destaca primordialmente que este no goza de la estabilidad que consagra la LOTTT en su artículo 87, que señala:

Artículo 87

Trabajadores y trabajadoras amparados por la estabilidad

Estarán amparados y amparadas por la estabilidad prevista en esta Ley:

- 1.- Los trabajadores y trabajadoras a tiempo indeterminado a partir del primer mes de prestación de servicio.
- 2.- Los trabajadores y trabajadoras contratados y contratadas por tiempo determinado, mientras no haya vencido el término del contrato.
- 3.- Los trabajadores y trabajadoras contratados y contratadas para una obra determinada, hasta que haya concluido la totalidad de las tareas a ejecutarse por el trabajador o trabajadora, para las cuales fueron expresamente contratados y contratadas.

Los trabajadores y las trabajadoras de dirección, no estarán amparados por la estabilidad prevista en esta Ley.

En consecuencia, el Trabajador de Dirección al ser despedido, por no gozar de estabilidad, no tiene derecho a reclamar la indemnización por despido injustificado, consagrada en la LOTTT.

No obstante, cabe destacar que no procede la indemnización por despido injustificado ni la indemnización sustitutiva del preaviso, contempladas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, no sólo porque el actor no satisfizo la carga de la prueba que le correspondía, al haber negado la accionada que lo hubiese despedido, sino además, y fundamentalmente, porque constituye un hecho no controvertido

que el demandante ocupaba el cargo de Gerente de una sucursal de la empresa demandada, de modo que puede ser calificado como un empleado de dirección conteste con el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual dispone que “se entiende por empleado de dirección el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo, en todo o en parte, en sus funciones”; en este sentido, debe reiterar esta Sala que aquellos trabajadores a quienes se les atribuya la categoría de dirección no gozan del régimen de estabilidad laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Trabajo, y en consecuencia pueden ser despedidos sin justa causa, sin que se produzcan los efectos patrimoniales establecidos en el artículo 125 eiusdem, referido a las indemnizaciones por despido injustificado y sustitutiva del preaviso, propias de los trabajadores que sí gozan de estabilidad en el trabajo y que han sido despedidos sin causa legal que lo justifique¹¹.

Igualmente es importante resaltar que el Trabajador de Dirección no estará sometido a los límites establecidos para la jornada diaria o semanal de trabajo, de conformidad con lo establecido en el artículo 175 de la LOTT:

Artículo 175

Horarios especiales o convenidos

No estarán sometidos a los límites establecidos para la jornada diaria o semanal de trabajo:

1.- Los trabajadores o trabajadoras de dirección.

2.- Los trabajadores o trabajadoras de inspección o de vigilancia cuando su labor no requiera de un esfuerzo continuo.

3.- Los trabajadores o trabajadoras que desempeñan labores que requieran la sola presencia, o con labores discontinuas o intermitentes que implican largos períodos de inacción durante el cual el trabajador o trabajadora no despliega actividad material, ni atención sostenida pero debe permanecer en su puesto de trabajo para responder a llamadas eventuales.

4.- Los horarios establecidos por convención colectiva entre patronos o patronas y los trabajadores o trabajadoras.

En estos casos los horarios podrán excederse de los límites establecidos para la jornada diaria ó semanal, con la condición de que la jornada diaria no exceda de once horas diarias de trabajo y que el total de horas

11 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 05/12/2008. Ponente: Luis E. Franceschi. FRANCISCO GUERRERO FLORES contra ITALCAMBIO, C.A.

trabajadas en un período de ocho semanas no exceda en promedio de cuarenta horas por semana y que el trabajador disfrute de dos días de descanso continuos y remunerados cada semana.

Incluso, podemos señalar que a la fecha, tampoco están protegidos por la prórroga del Decreto del Ejecutivo Nacional N° 8.732 publicado en la Gaceta Oficial Ordinaria N° 39.828 , del lunes 26 de diciembre de 2011, mediante el cual se establece la inamovilidad laboral especial dictada a favor de las trabajadoras y los trabajadores del sector privado y del sector público regidos por la Ley Orgánica del Trabajo (vigente hasta el 31 de diciembre de 2012), que expresamente no ampara a los Trabajadores de Dirección.

Cabe destacar que el Trabajador de Dirección, a pesar de ser trabajador, por su estrecha vinculación con el patrono no podrá formar parte de un sindicato de trabajadores, tal como lo consagra el artículo 366 de la LOTTT:

Artículo 366

Principio de pureza

No podrá constituirse una organización sindical que pretenda representar, conjuntamente, los intereses de trabajadores y trabajadoras y de patronos y patronas, ni que tenga afiliados indistintamente a patronos y patronas y a trabajadores y trabajadoras. Los trabajadores y trabajadoras de dirección no podrán constituir sindicatos de trabajadores y trabajadoras o afiliarse a éstos.

Por ello, insistimos una y otra vez, que esa calificación como Trabajador de Dirección es excepcional, pues mas que la denominación que se le dé a un cargo, lo importante para identificar a un Trabajador de Dirección es la realidad de las funciones que ejerce, pues de otro modo se podría incurrir en el gravísimo error de señalar a cualquier Trabajador como de Dirección, y pretender, por ejemplo, dejar a cualquier Trabajador fuera de la protección de la legislación laboral, lo que constituiría un fraude a la ley. El artículo 39 de la LOTTT así lo refleja:

Artículo 39

Primacía de la realidad en calificación de cargos

La calificación de un trabajador o trabajadora como de dirección o de inspección, dependerá de la naturaleza real de las labores que ejecuta, independientemente de la denominación que haya sido convenida por las partes, de la que unilateralmente hubiese establecido el patrono o la

patrona o de la que señalen los recibos de pago y contratos de trabajo. En caso de controversia en la calificación de un cargo, corresponderá a la Inspectoría del Trabajo o a la Jurisdicción Laboral, según sea el caso, determinar la calificación que corresponda.

Y el punto definitivo en su interpretación lo ha establecido el TSJ así:

Las reflexiones antes expuestas, adquieren pleno asidero, conforme al principio constitucional de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, por cuanto no puede pretenderse que un trabajador decline a ciertos beneficios que son excluidos por la legislación laboral para los empleados de dirección y trabajadores de confianza, por el sólo hecho de que así se haya acordado al vincularse jurídicamente con el patrono, o por la calificación que se le diere al puesto de trabajo o cargo del trabajador, cuando en realidad dicho trabajador por las funciones que ejerce no ostenta tal condición. Así se establece¹².

Por último, el Trabajador de Dirección, por detentar la representación del patrono o empleador, puede ser sancionado penalmente, en caso de culpa en la ocurrencia de un accidente o enfermedad ocupacional como consecuencia de la violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en los artículos 129 y 131 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo

CALIFICACION DE UN TRABAJADOR COMO DE DIRECCIÓN

Esta calificación no es una cuestión de derecho, lo importante no es la formalidad de la investidura de un Trabajador como de Dirección, sino que es una situación de hecho, tal como ha señalado el TSJ: “Ha quedado suficientemente claro para esta Sala, el que la valoración para calificar a un trabajador como de dirección o confianza, **es una situación estrictamente de hecho**, orientado por el principio de la primacía de los hechos...”¹³

12 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sent. N° 294. 13/11/2001. Ponente Omar Alfredo Mora. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ contra FOSTER WHEELER CARIBE CORPORATION, C.A., y PDVSA PETRÓLEO y GAS, S.A.

13 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sent. N° 294. 13/11/2001. Ponente Omar Alfredo Mora. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ contra FOSTER WHEELER CARIBE CORPORATION, C.A., y PDVSA PETRÓLEO y GAS, S.A.

Y este es el principio orientador, la primacía de los hechos o de la realidad sobre las formas o apariencias, consagrada en clave constitucional en el artículo 89.1 y en clave legal en los artículos 18.3 y 22. El TSJ ha sido muy enfático al respecto. Una de las sentencias mas citadas cuando se ha tratado este tema, lo que la ha hecho pacífica y reiterada, es el famoso caso **JOSÉ RAFAEL FERNÁNDEZ ALFONZO** contra **I.B.M. DE VENEZUELA, S.A.**, que señaló:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo, empleado de dirección es aquel trabajador que interviene en la toma de decisiones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a terceros o frente a otros trabajadores y puede sustituirlo en todo o en parte de sus funciones.

La definición de empleado de dirección contenida en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo es de naturaleza genérica y los criterios en ella mencionados son meramente orientadores para determinar cuáles trabajadores están incluidos en dicha categoría, dependiendo siempre, la calificación de un empleado como de dirección de la naturaleza real de los servicios prestados, antes que de la denominación que acuerden las partes para el cargo ocupado o que unilateralmente imponga el empleador. Ello en aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador y de primacía del contrato realidad, contenidos en los artículos 3 y 47 de la Ley Orgánica del Trabajo, respectivamente¹⁴.

Este es el elemento importante, atendiendo al Principio de la Primacía de la Realidad, debemos descender en cada caso a escudriñar en la naturaleza real de los servicios prestados por un trabajador para calificarlo como de Dirección o no. No depende esta calificación del simple señalamiento que se haga de manera formal, sea convencional o unilateral, como en los estatutos de una compañía, o en una descripción de cargos que muestre en papel cuales son las características de un puesto, o en un contrato de trabajo individual, o en una convención colectiva, sino que es necesario atender a la actividad que lleva a cabo en la realidad la persona natural que presta el servicio, tal como lo señala el artículo 39 de la LOTTT y las sentencias del TSJ.

14 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social Accidental. Sent. N° 542. 18/12/2000. Ponente: Juan Rafael Perdomo. **JOSÉ RAFAEL FERNÁNDEZ ALFONZO** contra **I.B.M. DE VENEZUELA, S.A.**

Ha quedado suficientemente claro para esta Sala, el que la valoración para calificar a un trabajador como de dirección o confianza, es una situación estrictamente de hecho, orientado por el principio de la primacía de los hechos; por lo cual, no puede una convención colectiva de trabajo estipular, conforme al cargo que nominativamente desempeña un trabajador, su exclusión del ámbito de aplicación de la misma, bajo el amparo del artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo¹⁵.

Y más reciente, la misma Sala de Casación Social ha señalado:

Establecen los artículos 42 y 45 de la Ley Orgánica de Trabajo, la diferencia que existe entre calificar a un empleado como de dirección o de confianza, y que la denominación del cargo nada indica sobre su categorización, en virtud de que lo importante es la naturaleza de los servicios prestados. Así pues, el alegato de que el actor ostenta la cualidad de empleado de dirección, tenía que ser probado por quien lo alegue, en este caso por la demandada¹⁶.

Y tan importante es este punto, que considerar a un Trabajador como de Dirección tan solo por el hecho de que convencional o unilateralmente así se decidió sin atender a la naturaleza real de los servicios prestados, configuraría una franca vulneración del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrado en nuestra constitución nacional y en la LOTTT, toda vez que ya señalamos los aspectos negativos de calificar a un Trabajador como de Dirección.

En cuanto al punto en estudio, ya la Sala se pronunció, observando:

La definición de un empleado de dirección contenida en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo es de naturaleza genérica y los criterios en ella mencionados son meramente orientadores para determinar cuáles trabajadores están incluidos en dicha categoría, dependiendo siempre, la calificación de un empleado como de dirección de la naturaleza real de los servicios prestados, antes que de la denominación que acuerden las partes para el cargo ocupado o que unilateralmente imponga el empleador". (Sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 18 de Diciembre de 2000).

15 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sent. N° 294. 13/11/2001. Ponente Omar Alfredo Mora. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ contra FOSTER WHEELER CARIBE CORPORATION, C.A., y PDVSA PETRÓLEO y GAS, S.A.

16 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. 28/10/2010. Ponente: Omar Alfredo Mora. ADOLFO COSME MÉNDEZ BERMÚDEZ contra LAGO INDUSTRIES, C.A.

Las reflexiones antes expuestas, adquieren pleno asidero, conforme al principio constitucional de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, por cuanto no puede pretenderse que un trabajador decline a ciertos beneficios que son excluidos por la legislación laboral para los empleados de dirección y trabajadores de confianza, por el sólo hecho de que así se haya acordado al vincularse jurídicamente con el patrono, o por la calificación que se le diere al puesto de trabajo o cargo del trabajador, cuando en realidad dicho trabajador por las funciones que ejerce no ostenta tal condición. Así se establece¹⁷.

Lo antes expuesto, hace más evidente su carácter excepcional:

Expuesto el carácter excepcional de la condición de empleado de dirección respecto del resto de los trabajadores de una empresa, así como las características propias de este tipo de relación laboral, debe concluirse que existe una presunción iuris tantum que todo trabajador está vinculado con su patrono mediante una relación de trabajo ordinaria, y ante el alegato de que se trata de un empleado de dirección, resulta indispensable probar que de conformidad con la naturaleza de las funciones ejercidas, se dan los caracteres de la excepción.¹⁸

Al momento de identificar a un Trabajador de Dirección, y analizar cada uno de los elementos que lo caracterizan, igualmente no podemos ser tan amplios en este ejercicio. Al respecto, acota Arraiz Cabrices:

Según Mille, para identificar si un cargo es de dirección o de confianza, “no son determinantes la cuantía del sueldo o salario, ni la flexibilidad en el horario o importancia derivada del nombre del cargo”; y agrega que “parecen tener más peso, de acuerdo con la jurisprudencia nacional, aspectos como la firma de correspondencia aceptando compromisos; la facultad de ordenar o aprobar ingresos y despidos, aumentos salariales, cotizaciones y órdenes de compra; vacaciones, permisos remunerados, horas extras, etc.”; así lo había expresado el Juzgado de Primera Instancia del Trabajo del Estado Táchira, en sentencia de fecha 15 de octubre de 1961.

El análisis de estas disposiciones obliga a comparar factores como la jerarquía (nivel o grado del cargo en la organización), la autoridad (nivel de mando y decisión) y la autonomía o independencia en el ejercicio o cumplimiento de las funciones propias del cargo.

17 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sent. N° 294. 13/11/2001. Ponente Omar Alfredo Mora. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ contra FOSTER WHEELER CARIBE CORPORATION, C.A., y PDVSA PETRÓLEO y GAS, S.A.

18 Idem

La Comisión Tripartita Laboral Segunda de Segunda Instancia del Distrito Federal y Estado Miranda, en la Resolución N° 81, de fecha 3 de agosto de 1982 estableció que “facultades como las de: seleccionar, contratar o ingresar personal a la empresa, asignandoles cargos y remuneración, hacer nombramientos de gerente de grupos, autorizar transferencias de personal, autorizar bonificaciones económicas fuera del salario básico de un trabajador, conceder aumentos de salarios [...] ordenar la reducción de un gasto de la empresa, autorizar la concesión de prestamos, autorizar la concesión de vacaciones al personal de la empresa, decidir sobre el monto de un premio, poder decidir sobre el número de ventas que podían realizarse en una determinada localidad [...] manejar el dinero de la empresa y autorizar a otra persona para que proceda a su manejo, poder revocar una decisión tomada por otra persona [...] y otras señaladas en el escrito de la reclamada, constituyen entre otras facultades que caracterizan a un empleado de dirección...”¹⁹

No toda actividad que lleve a cabo este Trabajador puede subsumirse en cualquiera de los tres elementos que lo definen como de Dirección, es decir, no es definitorio cualquier decisión que tome el trabajador; o cualquier actividad que apunte a que tenga el carácter de representante del patrono ante otros trabajadores o terceros; o cualquier sustitución, en todo o en parte que en algún momento pueda hacer el trabajador del patrono. Estos elementos deben ser interpretados de manera más estricta, y en este sentido han sido tratados por el TSJ de la siguiente manera:

Así, pues, los empleados de dirección conforman una categoría que no disfruta de algunos beneficios que si son percibidos por la mayor parte de los trabajadores, y visto que uno de los principios que informa la Ley Orgánica del Trabajo vigente es el de proporcionar estabilidad al mayor número de trabajadores, debe considerarse que la condición de empleado de dirección es de carácter excepcional y por tanto restringida; en este sentido, la noción de empleado de dirección es aplicable únicamente a los altos ejecutivos o gerentes de las empresas, que participan en lo que se conoce como “las grandes decisiones”, es decir, en la planificación de la estrategia de producción, en la selección, contratación, remuneración o movimiento de personal, en la representación de la empresa y en la realización de actos de disposición de su patrimonio.

19 Arraiz C. José M. Constitucionalidad de la Exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito de la convención colectiva. En: *Sobre el Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social*. (2009) TSJ. Colección de Estudios Jurídicos. Caracas-Venezuela. Pp. 82-83.

Cuando el legislador se refiere a esta categoría de empleados, indicando que son aquellos que intervienen en la dirección de la empresa, no pretende que sea considerado como empleado de dirección cualquier trabajador que de alguna manera tome o transmita decisiones, pues en el proceso productivo de una empresa gran número de personas intervienen diariamente en la toma de decisiones, muchas de ellas rutinarias y considerar a todo el que tome una resolución o transmite una orden previamente determinada como empleado de dirección llevaría al absurdo de calificar a la gran mayoría de los trabajadores como empleados de dirección, obviando el carácter restringido de tal categoría de trabajadores. Son empleados de dirección sólo quienes intervienen directamente en la toma de decisiones, que determinan el rumbo de la empresa y que pueden representarla u obligarla frente a los demás trabajadores.

Es evidente que por la intervención decisiva en el resultado económico de la empresa o en el cumplimiento de su fines de producción, los empleados de dirección se encuentran de tal manera ligados a la figura del empleador, que llegan a confundirse con él o a sustituirlo en la expresión de voluntad.

Para que un trabajador pueda ser calificado como empleado de dirección, debe quedar claro que éste participa en la toma de decisiones y no sólo ejecuta y realiza los actos administrativos necesarios para cumplir con las órdenes, objetivos y políticas que han sido determinadas previamente por el patrono y los verdaderos empleados de dirección.

Cuando el empleado de dirección representa al patrono frente a terceros o frente a los demás trabajadores, debe entenderse que tal acto de representación es resultado de las apreciaciones y decisiones que él ha tomado o en cuya toma participó, y no que actúa como un mero mandatario; pues, si bien la condición de empleado de dirección implica un mandato del patrono, aún tácito, no necesariamente todo mandato implica que detrás del mismo subyace la condición de empleado de dirección.

Toda vez que el empleado de dirección ejerce poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, estos poderes deben ser ejercitados con autonomía y responsabilidad, sólo estando limitados por las instrucciones y criterios emanados directamente del dueño de la empresa o de su supremo órgano de gobierno; por tal razón es que, aún no siendo muy precisa su

redacción, no resulta errada la apreciación del juez de la recurrida cuando expresa que de haber sido el accionante empleado de dirección “habría sometido a la empresa a normas procedimientos y controles disciplinarios y no viceversa como efectivamente ocurrió”²⁰.

No cabe mayor interpretación, ya el TSJ a través de la Sala especializada, la de Casación Social, se ha encargado de hacerlo. Recientemente, el TSJ ratificando la sentencia IBM y lo que ya hemos señalado, acotó que mas allá de la simple denominación de un cargo, lo importante para calificar a un Trabajador como de Dirección es la naturaleza real de las funciones que ejerce, por tanto debe demostrarse ese carácter excepcional que lo inviste como de Dirección:

“De la jurisprudencia transcrita supra, se colige que, para la calificación de un trabajador como empleado de dirección deben adminicularse las funciones, actividades y atribuciones que legalmente definen al mismo, con las que efectivamente el trabajador desarrolla, independientemente de la denominación del cargo o puesto de trabajo, toda vez, que será en definitiva la naturaleza real del servicio prestado, lo que determine la condición de dichos trabajadores y no la calificación que convencional o unilateralmente se le confiera; ello, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, contenido en el artículo 89 constitucional.

De lo expuesto, se colige que para calificar a un trabajador como empleado de dirección es necesario alegar y demostrar oportunamente que cumple una serie de actividades, en nombre y representación del patrono, que derivan en que se confunda con éste, sustituyéndolo en todo o en parte ante terceros y subalternos, no bastando para concluir en tal calificación que la denominación del cargo sea gerencial”²¹.

20 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sent. N° 294. 13/11/2001. Ponente Omar Alfredo Mora. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ contra FOSTER WHEELER CARIBE CORPORATION, C.A., y PDVSA PETRÓLEO y GAS, S.A.

21 Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. 14/05/2012. Ponente: Carmen Zuleta de Merchan. Solicitud de Revisión. MARÍA SAN JUAN BAPTISTA BETANCOURT contra Mercados de Alimentos, C.A. (MERCAL)

TOMA DE DECISIONES U ORIENTACIONES DE LA ENTIDAD DE TRABAJO - LAS "GRANDES DECISIONES"

En primer lugar, debemos iniciar el análisis para definir al Trabajador de Dirección señalando cuales son los designados para tomar las "grandes decisiones", es decir, aquellos que, como bien lo ha definido el TSJ, se encargan de *"la planificación de la estrategia de producción, en la selección, contratación, remuneración o movimiento de personal, en la representación de la empresa y en la realización de actos de disposición de su patrimonio"*²². Este término de "grandes decisiones" que ha impuesto el TSJ en la definición no es cualquier decisión, sino que es de tal magnitud que se puede decir que esas decisiones son directrices que dictan estos trabajadores o participan en la misma, que determinan la vida y desarrollo de la empresa, y son tan fundamentales que no están sometidas a otras direcciones o lineamientos de instancias superiores. En este sentido, la misma sentencia ya mencionada del caso IBM ha establecido:

Quando el legislador se refiere a esta categoría de empleados, indicando que son aquellos que intervienen en la dirección de la empresa, no pretende que sea considerado como empleado de dirección cualquier trabajador que de alguna manera tome o transmita decisiones, pues en el proceso productivo de una empresa gran número de personas intervienen diariamente en la toma de decisiones, muchas de ellas rutinarias y considerar a todo el que tome una resolución o transmite una orden previamente determinada como empleado de dirección llevaría al absurdo de calificar a la gran mayoría de los trabajadores como empleados de dirección, obviando el carácter restringido de tal categoría de trabajadores. Son empleados de dirección sólo quienes intervienen directamente en la toma de decisiones, que determinan el rumbo de la empresa y que pueden representarla u obligarla frente a los demás trabajadores²³.

En este mismo sentido, el TSJ ha indicado posteriormente:

22 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social Accidental. Sent. N° 542. 18/12/2000. Ponente: Juan Rafael Perdomo. JOSÉ RAFAEL FERNÁNDEZ ALFONZO contra I.B.M. DE VENEZUELA, S.A.

23 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social Accidental. Sent. N° 542. 18/12/2000. Ponente: Juan Rafael Perdomo. JOSÉ RAFAEL FERNÁNDEZ ALFONZO contra I.B.M. DE VENEZUELA, S.A.

Pues bien, la doctrina ha establecido que para que un empleado sea considerado dentro de la categoría de “trabajador de dirección”, no sólo basta que ostente tal cargo, sino que las funciones no se encuentren sujetas a la dirección de instancias superiores, lo cual se observa de las funciones de la Vicepresidencia Ejecutiva establecidas en el Documento Constitutivo de la demandada, por lo que debe establecerse, que la accionante es una trabajadora de dirección. Así se decide.

Así las cosas, determinado el hecho de que la actora es un trabajador de dirección y por tanto no goza de estabilidad, considera la Sala que no le son aplicables los artículos 125 y 673 de la Ley Orgánica del Trabajo.²⁴

Si quisiésemos redactar un test que nos ayude a identificar a un Trabajador de Dirección, analizando el primero de los elementos: *toma de decisiones u orientaciones de la entidad de trabajo*, queda así entonces consagrado un aspecto importante: el trabajador debe estar facultado para tomar las “grandes decisiones” y no cualquier decisión. Es sabido que en todo proceso productivo y más aún en cada situación de nuestras vidas, toda persona debe tomar todo tipo de decisiones, pero lo relevante es saber señalar cuales son aquellas decisiones “*que determinan el rumbo de la empresa*” para no incurrir en el error de que por un trabajador tomar una decisión quizás de trámite o rutinaria, sea considerado como de Dirección, cuando lo que quizás esconda esa actividad sea el mero cumplimiento de directrices o lineamientos impartidos por sus superiores jerárquicos.

Por otra parte, esa decisión que toma ese trabajador debe ser tan determinante en el rumbo de la empresa, que al tomar la misma ésta se considere como si la hubiese tomado el dueño de la empresa, o que pueda evidenciarse que ha llegado a sustituirlo en su voluntad, de tal manera que así queda desligada cualquier simple decisión que tome el trabajador, de las “grandes decisiones” a las que ya hemos hecho referencia.

Luego, esa decisión no debe ser el resultado del cumplimiento de un mandato o directriz, sino que debe atender a esas decisiones tomadas de manera autónoma, propia de quien la toma por estar facultado a ello, “*debe quedar claro que éste participa en la toma de decisiones y no sólo ejecuta y realiza los actos administrativos necesarios para cumplir con las órdenes, objetivos y políticas que han sido determinadas previamente por*

24 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social Accidental. 06/03/2008. Ponente: Juan Rafael Perdomo. NORKA CECILIA ARELLANO DE ANGELICO contra COMPAÑÍA ANÓNIMA DE ADMINISTRACIÓN Y FOMENTO ELÉCTRICO (CADAFE)

*el patrono y los verdaderos empleados de dirección*²⁵, es decir, su influencia debe ser tal que actuando con responsabilidad, sus decisiones deben estar únicamente limitadas por lo que ya previamente ha establecido el dueño de la empresa o su supremo órgano de gobierno:

Toda vez que el empleado de dirección ejerce poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, estos poderes deben ser ejercitados con autonomía y responsabilidad, sólo estando limitados por las instrucciones y criterios emanados directamente del dueño de la empresa o de su supremo órgano de gobierno; por tal razón es que, aún no siendo muy precisa su redacción, no resulta errada la apreciación del juez de la recurrida cuando expresa que de haber sido el accionante empleado de dirección “habría sometido a la empresa a normas procedimientos y controles disciplinarios y no viceversa como efectivamente ocurrió²⁶.”

En refuerzo de lo antes señalado, el TSJ ha establecido:

Así las cosas, advierte esta Sala que resultó un hecho no controvertido por las partes que a lo largo del vínculo laboral la trabajadora Ana de Dios Carreño Salcedo, se desempeñó en los cargos de Coordinadora de Sistemas, Gerente de Operaciones y Gerente de Importaciones de la empresa mercantil Paragón, C.A., por lo que ejecutó las decisiones de la empresa; empero, no observa la Sala de las documentales valoradas ut supra que la trabajadora haya participado en la toma de “las grandes decisiones” que comprometían la administración y patrimonio de la demandada, puesto que la selección, contratación, remuneración o movimiento de personal, la aprobación o revocatoria de beneficios socioeconómicos para los trabajadores y la representación de la empresa ante terceros, recaía en la Junta Directiva de la sociedad mercantil Paragon, C.A., de la cual no formó parte la ciudadana Ana de Dios Carreño Salcedo, por tanto, colige esta Sala que de conformidad con el artículo 45 de la Ley Orgánica del Trabajo, la naturaleza del cargo de la trabajadora es de confianza. Así se establece²⁷.

25 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sent. N° 294. 13/11/2001. Ponente Omar Alfredo Mora. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ contra FOSTER WHEELER CARIBE CORPORATION, C.A., y PDVSA PETRÓLEO y GAS, S.A.

26 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social Accidental. Sent. N° 542. 18/12/2000. Ponente: Juan Rafael Perdomo. JOSÉ RAFAEL FERNÁNDEZ ALFONZO contra I.B.M. DE VENEZUELA, S.A.

27 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 05/08/2011. Ponente: Carmen Elvigia Porras. ANA DE DIOS CARREÑO SALCEDO contra PARAGON, C.A.

Tan es importante que las decisiones que tome el Trabajador de Dirección sean determinantes, relevantes, para el proceso productivo o administrativo de la empresa, que el TSJ ha insistido en ello al analizar caso por caso:

En el caso concreto, respecto a la intervención en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, quedó demostrado que la actora desempeñaba el cargo de Consultora Jurídica, que su función era coordinar la actividad de asesoría jurídica de la empresa y la relacionada con la representación en procedimientos administrativos y jurisdiccionales en los que sea parte la empresa; y, que las decisiones eran tomadas por el Presidente y la Junta Directiva; por lo cual considera la Sala que aunque se probó que la actora era firma autorizada tipo “B” en la cuenta del patrono en el Banco Exterior, esto no desvirtúa que las decisiones sobre el rumbo de la empresa eran tomadas por el Presidente y la Junta Directiva; y, que la Consultora Jurídica cumplía funciones de asesoría en materia legal, razón por la cual, no está cumplido este requisito.

(omissis)

(...) no quedó demostrado que las actividades de la actora intervinieran en forma decisiva en el resultado económico de la empresa o en el cumplimiento de su fines de producción, que por su profunda vinculación con la figura del empleador, pudiera llegar a confundirse con él o a sustituirlo en la expresión de su voluntad, razón por la cual, tampoco se cumple con este requisito²⁸.

Concluimos con la opinión del autor Arraiz Cabrices señalando al respecto, que “...el empleado de dirección interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la organización con suprema relevancia o importancia; sus opiniones son determinantes en el giro del negocio. Sus atribuciones van más allá de la simple administración, hasta actos de disposición para el desarrollo de la actividad a la que se dedica la organización laboral²⁹”.

28 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 06/11/2007. Ponente: Juan Rafael Perdomo. MARÍA TERESA RANGEL contra PUERTOS DEL LITORAL CENTRAL P.L.C., S.A.

29 Arraiz C. José M. Constitucionalidad de la Exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito de la convención colectiva. En: *Sobre el Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social*. (2009) TSJ. Colección de Estudios Jurídicos. Caracas-Venezuela. Pp. 86

CARÁCTER DE REPRESENTANTE DEL PATRONO O PATRONA FRENTE A OTROS TRABAJADORES, TRABAJADORAS O TERCEROS

En la definición dada por la LOTTT en el artículo 37 sobre el Trabajador de Dirección, señala, entre otras cosas, que este Trabajador es aquel que *“tiene el carácter de representante del patrono o patrona frente a otros trabajadores, trabajadoras o terceros”*

La mención que este artículo hace sobre que el Trabajador de Dirección tiene el carácter de Representante del Patrono ha llevado a que se le confunda con la definición que en la misma LOTTT consagra el artículo 41 sobre el Representante del Patrono:

Artículo 41

Representante del patrono o de la patrona

A los efectos de esta Ley, se considera representante del patrono o de la patrona toda persona natural que en nombre y por cuenta de éste ejerza funciones jerárquicas de dirección o administración o que lo represente ante terceros o terceras.

Los directores, directoras, gerentes, administradores, administradoras, jefes o jefas de relaciones industriales, jefes o jefas de personal, capitanes o capitanas de buques o aeronaves, liquidadores, liquidadoras, depositarios, depositarias y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración se considerarán representantes del patrono o de la patrona aunque no tengan poder de representación, y obligarán a su representado o representada para todos los fines derivados de la relación de trabajo.

¿Se refiere al mismo Representante del Patrono el que menciona el artículo 37 y el que define el artículo 41?

Debemos precisar lo siguiente: la mención que hace el artículo 37 al definir al Trabajador de Dirección es a la representación que hace ese trabajador del propio dueño de la empresa, es la personificación del patrono. En la tan citada sentencia IBM, se estableció lo siguiente:

Cuando el empleado de dirección representa al patrono frente a terceros o frente a los demás trabajadores, debe entenderse que tal acto de representación es resultado de las apreciaciones y decisiones que él ha tomado o en cuya toma participó, y no que actúa como un mero mandatario; pues, si bien la condición de empleado de dirección implica un mandato del patrono, aún tácito, no necesariamente todo mandato implica que detrás del mismo subyace la condición de empleado de dirección.

En cambio, la definición del representante del patrono del artículo 41 LOTTT y este mismo extracto de la sentencia IBM nos permite distinguir dos características de este, para diferenciarlo de la mención de representante del patrono del artículo 37:

1. Este representante del patrono del artículo 41 es aquel que ha sido designado así, objeto de una organización jerárquica y la correspondiente asignación de ciertas funciones delegadas de dirección o administración en un centro de trabajo, y que comúnmente se le da el nombre de: directores, gerentes, administradores, jefes de relaciones industriales, jefes de personal, capitanes de buques o aeronaves, liquidadores, depositarios; o que sin habérsele conferido esos cargos, tienen un poder de representación para tales fines. En definitiva, son representantes del patrono porque jerárquicamente sus funciones vienen a ser el resultado de las ejecuciones de directrices o mandatos de dirección o administración dados por los verdaderos Trabajadores de Dirección. Estos por ejemplo, en una organización, viene a ser la gerencia media o mandatarios en una empresa.
2. Que el artículo 41 señale que el Representante del Patrono será toda persona a quien se le designe como directores, gerentes, administradores, jefes de relaciones industriales, jefes de personal, capitanes de buques o aeronaves, liquidadores y depositarios, es contrario a lo que hasta el momento hemos dejado establecido, que lo importante es la realidad de las funciones que lleve a cabo el trabajador y no la forma como se le denomine.
3. Un tercer aspecto, de lógica elemental, es lo que podríamos catalogar como de interpretación del espíritu del legislador, que de haber pensado en señalar que ambas figuras son una misma, no parece racional entonces que los hubiese puesto en artículos diferentes.
4. Pretendiendo hacer una especie de regla para diferenciar las 2 figuras, podemos señalar que todo Trabajador de Dirección debidamente así calificado es un representante del patrono, pero no todo Representante del Patrono de los que señala el artículo 41 LOTTT es un Trabajador de Dirección.

Por tanto, consideramos salvo mejor opinión que no debe confundirse el Representante del Patrono que menciona el artículo 37 de la LOTTT con el que define el artículo 41 de la misma ley. Si bien las

facultades de dirección van unidas indisolublemente a la representación, no todo representante del patrono es trabajador de dirección, pues uno se refiere al trabajador que detenta la personificación del mismo patrono o a quien lo sustituye en todo o en parte, en cambio el otro responde a la forma de organización que ha adoptado un patrono y las funciones y distribución jerárquica que el patrono ha conferido a algunos trabajadores para la administración de un centro de trabajo. No todo Gerente, Director, Administrador o Jefe, es Trabajador de Dirección, debemos verificar antes de otorgarse esa calificación a un Trabajador la naturaleza real de sus funciones, atribuciones, alcance.

Señala por otra parte el autor Arraiz Cabrices en cuanto a este elemento:

Bajo la definición del Reglamento de 1973, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 21 de enero de 1988, bajo la ponencia de la magistrado Cecilia Sosa, expreso que “[...] es evidente que para el caso del trabajador de dirección la relación de supremacía del trabajador frente a otros trabajadores debe ser de tal magnitud que éste debe erigirse en representante general del patrono [y] poderes frente a otros trabajadores que lo coloquen a un nivel de responsabilidad en los asuntos propios de la empresa. Se observa pues, como respecto a este requisito [...] el previsto para la calificación como trabajador de dirección resulta ser más riguroso; mas, sin embargo, en lo que atañe al trabajador de confianza, si bien no se exige tal rigurosidad, ha establecido la norma como condición para ello, que dicho trabajador ejerza funciones de supervisión frente a los demás trabajadores.³⁰

El TSJ al desarrollar este elemento, ha establecido el alcance de esa representación del patrono ante otros trabajadores o ante terceros, por supuesto concordándola con esas grandes decisiones que debe tomar un empleado de dirección:

En tal sentido, se aprecia que el ad quem hizo un análisis y estudio del concepto de empleado de dirección establecido en la doctrina y la jurisprudencia y estableció en cuanto al carácter de empleado

30 Arraiz C. José M. Constitucionalidad de la Exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito de la convención colectiva. En: *Sobre el Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. (2009)* TSJ. Colección de Estudios Jurídicos. Caracas-Venezuela. Pp. 86-87.

o no de dirección de la parte actora, que le correspondía a la parte demandada probar ese hecho, por lo que al examinar la controversia expresó que la parte actora “fungía como presidenta, que participaba en las decisiones de la empresa por cuanto pertenecía a la junta directiva, y comprometía a la empresa demandada por cuanto podía suscribir contratos en nombre de la demandada”; por tanto, era una empleada de dirección, excluida de la protección especial del régimen de estabilidad relativa y de los beneficios contractuales, previstos en los artículos 112 y 510 de la Ley Orgánica del Trabajo, por lo que declaró improcedente el pago de la indemnización por despido injustificado establecida en el artículo 125 *eiusdem*.

De lo anterior, se colige que es acertado el criterio de la sentencia impugnada, de calificar a la accionante como “empleada de dirección”, ya que ésta ejercía las más amplias potestades de dirección dentro de la empresa, por ser miembro principal de la Junta Directiva, aunado al hecho de que suscribía contratos en nombre de la accionada con otras sociedades mercantiles, de lo que se deriva que asumía la representación del patrono frente a terceros, lo que quedó demostrado con las pruebas evacuadas en el proceso, en especial de las documentales cursantes en los folios 176 al 216, -Actas de reuniones de la Junta Directiva de Radio Mundial, C.A.-, promovidas por la parte actora, a las que se les dio pleno valor probatorio por haber sido reconocidas por la demandada, de las que se desprende que la demandante pertenecía a la junta directiva de la empresa accionada. Asimismo, se observa que la empresa accionada promovió Contratos de Publicidad cursante a los folios 163 al 166, celebrados por la parte actora en representación de la empresa demandada, a los cuales se les dio valor probatorio y de los que se evidencia que la accionante celebraba contratos con otras empresas y representaba al patrono frente a tercero.

Pues bien, visto que quedó comprobado que la ciudadana Gloria Araujo Pisani intervenía en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, asimismo tenía el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros, sustituyéndolo en sus funciones en algunas ocasiones, por consiguiente las labores que desempeñaba dentro de la empresa se encuentran perfectamente subsumidas en los supuestos contenidos en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo³¹.

31 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 22/05/2007. Ponente: Carmen Elvigia Porras de Roa. GLORIA ARAUJO PISANI contra RADIO MUNDIAL, C.A. Ratifica la sentencia 542 del 18/12/2000, ponente: Juan Rafael Perdomo: JOSÉ RAFAEL FERNÁNDEZ ALFONZO contra I.B.M. DE VENEZUELA, S.A.

El TSJ, definiendo los márgenes de este elemento, analizando las funciones de una trabajadora a quien se le pretendía calificar como de Dirección, estableció:

Respecto a la representación del patrono frente a otros trabajadores o terceros, quedó demostrado que la actora tenía un poder especial para otorgar finiquitos de fianzas en representación de la empresa y que tenía firma autorizada tipo "B" en la cuenta del patrono en el Banco Exterior, pero ello no es suficiente para establecer que los trabajadores o terceros la consideraban una representante del patrono, razón por la cual tampoco se cumple con este requisito³².

Se insiste sin ánimo de agotar en el propósito, de que no importa el nombre que tenga el cargo que detente el Trabajador, lo importante es la función que ejerza, y aún más, no importa que el Trabajador pertenezca a la Junta Directiva de una empresa y menos importa que en un documento constitutivo estatutario aparezca señalado un cargo como de Dirección, todo ello nos conduce a hurgar en la realidad de la naturaleza de sus funciones, para poder calificar a ese Trabajador como de Dirección:

El artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo dispone que se entiende por trabajador de dirección el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo total o parcialmente en sus funciones.

El artículo 45 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que se entiende por trabajador de confianza aquel cuya labor implica el conocimiento personal de secretos industriales o comerciales del patrono, o su participación en la administración del negocio, o en la supervisión de otros trabajadores.

Dependiendo de la organización de cada empresa, pueden existir distintos niveles de dirección, por lo que no se debe apreciar sólo el documento constitutivo y los estatutos de la sociedad para determinar si un empleado es de dirección sino que, de conformidad con el principio laboral de darle prioridad a la realidad de los hechos (artículos 2° y 9° de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo), se deben analizar las funciones que verdaderamente realizó el trabajador.

En el caso concreto, de la apreciación de las pruebas la recurrida estableció que la actora en el desempeño de su cargo representaba

32 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 06/11/2007. Ponente: Juan Rafael Perdomo. MARÍA TERESA RANGEL contra PUERTOS DEL LITORAL CENTRAL P.L.C., S.A.

a la empresa ante terceros y tenía autorización para el manejo de las cuentas, concluyendo que por esos motivos la misma era una empleada de dirección, aunque no perteneciera a la Junta Directiva.

La recurrida consideró que las decisiones de la actora afectan la dirección de la empresa en materia de administración y finanzas; y, que la misma estaba autorizada para representar y comprometer a la empresa ante terceros, lo cual es coherente con la aplicación y correcta interpretación del artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la cual no incurrió en falsa aplicación y error de interpretación de este artículo³³.

Abundando en el tema, incluso el TSJ llegó a determinar en un caso específico, que una Consultora Jurídica de una empresa no era Trabajador de Dirección:

En el caso concreto, respecto a la intervención en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, quedó demostrado que la actora desempeñaba el cargo de Consultora Jurídica, que su función era coordinar la actividad de asesoría jurídica de la empresa y la relacionada con la representación en procedimientos administrativos y jurisdiccionales en los que sea parte la empresa; y, que las decisiones eran tomadas por el Presidente y la Junta Directiva; por lo cual considera la Sala que aunque se probó que la actora era firma autorizada tipo "B" en la cuenta del patrono en el Banco Exterior, esto no desvirtúa que las decisiones sobre el rumbo de la empresa eran tomadas por el Presidente y la Junta Directiva; y, que la Consultora Jurídica cumplía funciones de asesoría en materia legal, razón por la cual, no está cumplido este requisito.

Respecto a la representación del patrono frente a otros trabajadores o terceros, quedó demostrado que la actora tenía un poder especial para otorgar finiquitos de fianzas en representación de la empresa y que tenía firma autorizada tipo "B" en la cuenta del patrono en el Banco Exterior, pero ello no es suficiente para establecer que los trabajadores o terceros la consideraban una representante del patrono, razón por la cual tampoco se cumple con este requisito.

En relación con la sustitución total o parcial del patrono en sus funciones, no quedó demostrado que las actividades de la actora intervinieran en forma decisiva en el resultado económico de la empresa o en el cumplimiento de su fines de producción, que por

33 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 18/09/2007. Ponente: Juan Rafael Perdomo. IVONNE SONSIRE PARGAS contra HYDRO AGRI VENEZUELA, C.A.

su profunda vinculación con la figura del empleador, pudiera llegar a confundirse con él o a sustituirlo en la expresión de su voluntad, razón por la cual, tampoco se cumple con este requisito.

*Por las razones anteriores, concluye la Sala que la actora no puede ser considerada como un empleado de dirección, pues su actuación es principalmente de asesoría en materia legal, por lo cual no toma decisiones de administración ni de disposición; no representa ni sustituye al patrono; pero no cabe duda de que se trata de un trabajador de confianza que conoce todos los secretos industriales y comerciales de la empresa*³⁴.

Es determinante la definición que ha moldeado el TSJ sobre el Trabajador de Dirección, sobre todo viniendo tal opinión de la Sala Constitucional que también ha considerado y ratificado la sentencia IBM de la Sala de Casación Social como sentencia guía o líder, insistiendo en la Primacía de la Realidad sobre las Formas o Apariencias:

En efecto, de la jurisprudencia transcrita supra, se colige que, para la calificación de un trabajador como empleado de dirección deben adminicularse las funciones, actividades y atribuciones que legalmente definen al mismo, con las que efectivamente el trabajador desarrolla, independientemente de la denominación del cargo o puesto de trabajo, toda vez, que será en definitiva la naturaleza real del servicio prestado, lo que determine la condición de dichos trabajadores y no la calificación que convencional o unilateralmente se le confiera; ello, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, contenido en el artículo 89 Constitucional.

De lo expuesto, se colige que para calificar a un trabajador como empleado de dirección es necesario alegar y demostrar oportunamente que cumple una serie de actividades, en nombre y representación del patrono, que derivan en que se confunda con éste, sustituyéndolo en todo o en parte ante terceros y subalternos, no bastando para concluir en tal calificación que la denominación del cargo sea gerencial.

Siendo ello así, estima esta Sala que el fallo impugnado, ciertamente, se apartó sin motivación alguna de la propia jurisprudencia de la Sala de Casación Social al declarar al hoy solicitante de revisión excluido del régimen de estabilidad laboral por el solo hecho de ser gerente, sin trascender a la labor desempeñada por el trabajador y al análisis de las condiciones establecidas en su propia doctrina sobre la

34 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 06/11/2007. Ponente: Juan Rafael Perdomo. MARÍA TERESA RANGEL contra PUERTOS DEL LITORAL CENTRAL P.L.C., S.A.

materia, trasgrediendo con tal actuación el principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias establecido en el artículo 89 Constitucional³⁵.

En refuerzo de lo antes señalado, dejando claro una vez más el TSJ que no importa el nombre que se le asigna a un cargo ocupado por un trabajador para calificarlo de Dirección, sino que lo relevante es la naturaleza real de sus actividades, se ha establecido:

“Así las cosas, advierte esta Sala que resultó un hecho no controvertido por las partes que a lo largo del vínculo laboral la trabajadora Ana de Dios Carreño Salcedo, se desempeñó en los cargos de Coordinadora de Sistemas, Gerente de Operaciones y Gerente de Importaciones de la empresa mercantil Paragón, C.A., por lo que ejecutó las decisiones de la empresa; empero, no observa la Sala de las documentales valoradas ut supra que la trabajadora haya participado en la toma de “las grandes decisiones” que comprometían la administración y patrimonio de la demandada, puesto que la selección, contratación, remuneración o movimiento de personal, la aprobación o revocatoria de beneficios socioeconómicos para los trabajadores y la representación de la empresa ante terceros, recaía en la Junta Directiva de la sociedad mercantil Paragon, C.A., de la cual no formó parte la ciudadana Ana de Dios Carreño Salcedo, por tanto, colige esta Sala que de conformidad con el artículo 45 de la Ley Orgánica del Trabajo, la naturaleza del cargo de la trabajadora es de confianza. Así se establece”³⁶.

SUSTITUCIÓN DEL PATRONO, EN TODO O EN PARTE, EN SUS FUNCIONES

Cuando la LOTT se refiere en su artículo 37 que el Trabajador de Dirección es aquel que puede sustituir al patrono en todo o en parte en sus funciones, podemos señalar que esa sustitución es de gran relevancia, a tal punto que llega a confundirse ese trabajador con el patrono mismo.

Indica Arraiz Cabrices citando una sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia:

35 Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. 17/05/2010. Ponente: Carmen Zuleta de Merchan. Control de Legalidad. HOEGL ANULFO PÉREZ contra ACUMULADORES FULGOR C.A.

36 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 05/08/2011. Ponente: Carmen Elvigia Porras. ANA DE DIOS CARREÑO SALCEDO contra PARAGON, C.A.

Según la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia, la sustitución que hace el trabajador de dirección en las actividades inherentes al empleador no tiene que ser total, “sino únicamente en algunas funciones atinentes al cargo que le ha sido confiado” (Sentencia de fecha 5 de diciembre de 1962, GF 38, 2E, p.164)³⁷

La tantas veces mencionada sentencia IBM señala:

Toda vez que el empleado de dirección ejerce poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, estos poderes deben ser ejercitados con autonomía y responsabilidad, sólo estando limitados por las instrucciones y criterios emanados directamente del dueño de la empresa o de su supremo órgano de gobierno; por tal razón es que, aún no siendo muy precisa su redacción, no resulta errada la apreciación del juez de la recurrida cuando expresa que de haber sido el accionante empleado de dirección “habría sometido a la empresa a normas procedimientos y controles disciplinarios y no viceversa como efectivamente ocurrió.

Esa sustitución en todo o en parte deben ser de tal relevancia, que aunque una determinada actividad que desempeñe el trabajador parezca determinante para la empresa, no debe ser de simple administración, sino que, más que apariencia, sea realmente de aquellas actividades de envergadura que sin llevarlas a cabo este Trabajador no podría cumplirse con el objeto social de la empresa, más aún, que sin el protagonismo de este trabajador calificado como de Dirección, la empresa pareciese acéfala y sin rumbo.

Ahora, del análisis de la transcripción de la recurrida se infiere como un hecho no controvertido que los servicios prestados por el demandante consistían en el control de toda la flota del grupo Clover, gandolas, camiones, cavas, supervisión y control de cada área de despacho de automóviles bien sea dentro del país como en la frontera, funciones estas que son trámites de administración ordinaria y operativos. Asimismo, se observa que la Alzada estableció que no se demostró que el demandante participara en la toma de decisiones de administración ni de disposición ni que representara o sustituyera al patrono, por lo que determinó que el demandante no era un empleado de dirección³⁸.

37 Arraiz C. José M. Constitucionalidad de la Exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito de la convención colectiva. En: *Sobre el Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social*. (2009) TSJ. Colección de Estudios Jurídicos. Caracas-Venezuela. Pp. 86-87.

38 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 11/07/2012. Ponente: Juan

ASPECTOS PROCESALES O ADJETIVOS

Un patrono que invoque en un proceso la calificación de Trabajador de Dirección a uno de sus subordinados, podríamos atribuírselo a varias razones, entre otras: en primer lugar y creemos que la principal razón es por salvarse de un trabajador con estabilidad, y que por tanto pueda prescindir de sus servicios en cualquier momento; en segundo lugar por la posibilidad del establecimiento de una jornada que exceda del límite legal establecido.

La calificación de un Trabajador como de Dirección, como ya hemos señalado, es una cuestión de hecho, y allí radica su carácter excepcional.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que la carga de la prueba es del patrono o empleador, cuando éste alegue que un trabajador es de dirección, por supuesto en sintonía con lo establecido en el artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo:

Ahora bien, conteste con lo previsto en el artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el régimen de distribución de la carga probatoria en materia laboral, se fijará de acuerdo con la forma en la que el accionando dé contestación a la demanda.

La carga de la prueba en lo relativo a si el actor era un trabajador de dirección; que la relación laboral terminó por renuncia; que el vehículo y el chofer eran para funciones de trabajo; la forma de pago de las comisiones por la preventa y las ventas adicionales; y, que los conceptos laborales fueron debidamente pagados, corresponde a la parte demandada, pues afirmó estos hechos en la contestación de la demanda³⁹.

Luego, si se pretende la calificación de un trabajador como de dirección, no basta alegarlo, debe probarse los elementos que lo caracterizan:

Dado el carácter excepcional de la condición de empleado de dirección respecto del resto de los trabajadores de una empresa, así como las características propias de este tipo de relación laboral, debe concluirse que existe una presunción iuris tantum que todo trabajador está vinculado con su patrono mediante una relación de trabajo ordinaria,

Rafael Perdomo. JORGE FÉLIX NAVAS BATS contra CLOVER INTERNACIONAL, C.A.
 39 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 26/03/2007 Ponente: Juan Rafael Perdomo. CARLOS EDUARDO OCHOA TERÁN contra CONTINENTAL TV, C.A., CANAL TV E.A.S.A., S.A. y DISTRIBUIDORA CONTINENTAL, C.A.

y ante el alegato de que se trata de un empleado de dirección, resulta indispensable probar que de conformidad con la naturaleza de las funciones ejercidas, se dan los caracteres de la excepción⁴⁰.

Señalar a un Trabajador como de Dirección implica no solo alegar la calificación y demostrar los caracteres que lo identifican, sino que debe hacerse oportunamente:

De lo expuesto, se colige que para calificar a un trabajador como empleado de dirección es necesario alegar y demostrar oportunamente que cumple una serie de actividades, en nombre y representación del patrono, que derivan en que se confunda con éste, sustituyéndolo en todo o en parte ante terceros y subalternos, no bastando para concluir en tal calificación que la denominación del cargo sea gerencial⁴¹.

Siendo así, el patrono tendría como oportunidad para ello el primer momento procesal establecido. Si despidió al trabajador calificado como de Dirección, y este trabajador pretende seguir el procedimiento previsto en la legislación laboral por considerar que no es trabajador de Dirección (Arts. 85 al 93 de la LOTTT), el patrono deberá alegar la calificación del trabajador como defensa en la primera oportunidad que tenga (audiencia preliminar), so pena de no poder hacerlo en etapa posterior.

Ahora bien, respecto a la segunda denuncia, el peticionario de revisión señaló que la Sala de Casación Social "...al decidir la sentencia recurrida, que es de ultima (sic) instancia que quedaba 'excluido de la aplicación del proceso de estabilidad' y decidir así sobre un asunto que no fue planteado en la litis, [lo] privó de defender[se] contra ese hecho nuevo y de ser oído oportunamente respecto a las razones que [pudo] haber tenido para considerar[se] objeto de la protección de la estabilidad laborar (sic).

Así las cosas, de la revisión de las copias certificadas que fueron agregadas al expediente, en atención a lo ordenado en la sentencia de esta Sala N° 1000 del 28 de mayo de 2007, se advierte que, tal como lo señaló el peticionario de revisión, en el fallo impugnado se suplieron defensas y argumentos no esgrimidos por la parte demandada, toda

40 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1975. Ponente: Carmen Elvigia Porras de Roa. FREDERICK PIERRU contra SCHLUMBERGER VENEZUELA, S.A.

41 Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. 17/05/2010. Ponente: Carmen Zuleta de Merchan. **Control de Legalidad.** HOEGL ANULFO PÉREZ contra ACUMULADORES FULGOR C.A.

vez, que Acumuladores Fulgor, C.A., no alegó en el juicio de calificación de despido, ni en el escrito de formalización del control de la legalidad, que el hoy solicitante, ciudadano Hoegl Anulfo Pérez, era un trabajador de dirección, razón por la cual mal podía el fallo impugnado decidir la causa con base en tal argumento, si el mismo no formó parte del contradictorio.

Sobre este aspecto, la Sala observa que, ciertamente, al no formar parte del *thema decidendum* la calificación del trabajador como empleado de dirección, no se le permitió al hoy solicitante desvirtuar tal alegación con argumentos o pruebas que permitieran demostrar lo contrario, vulnerando con ello su derecho a la defensa.

Dentro de este orden de ideas, la Sala advierte que, la calificación de un trabajador como empleado de dirección constituye una defensa que debe ser opuesta por la parte demandada y al no hacerlo en la oportunidad correspondiente, no puede ser suplida de oficio por el juez de la causa, so pena de vulnerar el derecho a la defensa, el debido proceso y el principio de igualdad de las partes, como ocurrió en el presente caso⁴².

Y tal como lo deja asentado esta misma sentencia, ni siquiera puede ser suplida por el Juez Laboral la defensa no alegada por la parte demandada de que el trabajador a que se refiere el juicio es un Trabajador de Dirección, pues incurriría en incongruencia en la sentencia, ya que lo decidido no pertenece al *thema decidendum*, lo que es un vicio de orden constitucional, opinión que consagró la supra citada sentencia, a continuación del extracto antes transcrito:

En sintonía con lo anterior, estima la Sala que el fallo impugnado rompió con la armonía que debe contener la decisión proferida en la sentencia, al conocer algo distinto a lo alegado y probado en autos, circunstancia lesiva al derecho a la tutela judicial efectiva del ciudadano Hoegl Anulfo Pérez, lo cual, en criterio de esta Sala, conlleva al vicio que en doctrina se conoce como incongruencia; supuesto que ha sido desarrollado como un vicio de orden constitucional, por esta Sala Constitucional en decisión núm. 429/2009 (Caso: “Mireya Cortel y otro”), en los siguiente términos:

[l]a jurisprudencia ha entendido por incongruencia omisiva como el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosas distintas de lo pedido, (que) puede entrañar una vulneración del

42 Idem.

principio de contradicción, lesivo al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia (sentencia del Tribunal Constitucional Español 187/2000 del 10 de julio).

(...)

Pero no toda omisión debe entenderse como violatoria del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que se refiere a la pretensión de la parte en el juicio y no sobre meros alegatos en defensa de esas mismas pretensiones, puesto que estas últimas no requieren un pronunciamiento tan minucioso como las primeras y no imponen los límites de la controversia, ello en consonancia con lo preceptuado en el numeral 8 del artículo 49 de la vigente Constitución que exige una incongruencia omisiva.

Asimismo, esta Sala Constitucional, en sentencia n.º 38 que emitió, el 20 de enero de 2006 (Caso: Salvatore Vitagliano Sarno y otro), señaló:

...el agravio o lesión al derecho a la defensa y a la garantía del debido proceso lo causa la evasión en cuanto al pronunciamiento correcto u omisión de pronunciamiento o ausencia de decisión conforme al recurso ejercido por la parte, lo que da lugar a una incongruencia entre –lo petitionado– la actuación requerida del órgano jurisdiccional y la producida por éste, que originó una conducta lesiva en el sentenciador, quien estando obligado a decidir de acuerdo con lo solicitado, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia (artículo 243, numeral 5, del Código de Procedimiento Civil), procedió a declarar algo distinto a lo reglado en la ley...43.